

UNIVERSIDADE ESTADUAL DO OESTE DO PARANÁ – UNIOESTE
CAMPUS DE TOLEDO
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO *STRICTO SENSU* EM CIÊNCIAS SOCIAIS –
NÍVEL DE MESTRADO
LINHA DE PESQUISA: DEMOCRACIA E POLÍTICAS PÚBLICAS

JOSÉ ROBERTO MOREIRA

**A PARTICIPAÇÃO POPULAR NO *HARD CASE* FICHA LIMPA: ESTUDO DE SETE
ACÓRDÃOS DO TSE E DO STF**

TOLEDO-PR

2012

JOSÉ ROBERTO MOREIRA

**A PARTICIPAÇÃO POPULAR NO *HARD CASE* FICHA LIMPA: ESTUDO DE SETE
ACÓRDÃOS DO TSE E DO STF**

Dissertação apresentada como requisito parcial para a obtenção do título de Mestre, ao Programa de Pós-Graduação *stricto sensu* em Ciências Sociais, da Universidade Estadual do Oeste do Paraná. Área de concentração: Democracia e Políticas Públicas.

Orientador: Prof^o. Dr. Gustavo Biasoli Alves

TOLEDO-PR

2012

JOSÉ ROBERTO MOREIRA

**A PARTICIPAÇÃO POPULAR NO *HARD CASE* FICHA LIMPA: ESTUDO DE SETE
ACÓRDÃOS DO TSE E DO STF**

Dissertação apresentada como requisito parcial para a obtenção do título de Mestre, ao Programa de Pós-Graduação *stricto sensu* em Ciências Sociais, da Universidade Estadual do Oeste do Paraná. Área de concentração: Democracia e Políticas Públicas.

Aprovada em 12 de setembro de 2012.

Banca Examinadora:

Prof. Dr. Gustavo Biasoli Alves (Orientador)
Universidade Estadual do Oeste do Paraná – UNIOESTE

Prof. Dr. Edmundo Alves de Oliveira
Centro Universitário de Araraquara - UNIARA

Osmir Dombrowsky
Universidade Estadual do Oeste do Paraná - UNIOESTE

Toledo-Pr

2012

AGRADECIMENTOS

Consigno aqui o agradecimento que tenho feito à minha família, aos meus amigos, aos meus professores. O esforço de cada um, embora não ordenado, sem planejamento, motivou-me e não me deixou ficar pelo caminho. Chego nessa banca de defesa com os olhos calmos, tranquilos, que retratam o amor que recebi de cada um. A minha família em especial, pois no seio dela tenho vivido os meus dias e sem o seu apoio sequer nem a primeira linha, do primeiro livro, seria lida. O conforto do lar, dos parentes, consanguíneos ou por afinidade, a amor da esposa, a alegria dos filhos, o olhar piedoso dos pais, avós, tio, sogros, cunhados, tudo contribuiu. Cada esforço, cada gesto, cada palavra, cada sentimento foi decisivo e nenhum será esquecido. Os poucos amigos que fiz, da mesma forma, não mediram esforços para me ajudar sempre que solicitados. Os professores foram os grandes guias, que insistiram para que eu deixasse os olhos abertos e enfrentasse a dúvida a fim de que a cegueira fosse menor. Não me livrei dela, mas quem disse que os esforços cessaram? O professor, amigo e orientador dessa pesquisa, dentre os mestres, foi aquele que mais incisivamente colaborou, mostrando o caminho do meio acadêmico, sempre atento para eventuais quedas. Esteve ao meu lado nessa jornada. A todos um abraço fraternal e muito obrigado.

RESUMO

A judicialização da política inspirou várias pesquisas científicas pela sua novidade e consequências, tendo composto a agenda da Ciência Política contemporânea. Nesse contexto, esta pesquisa buscou investigar a influência da participação popular em sete julgamentos do STF e TSE no caso “ficha limpa”: RO 1.069-RJ, do TSE (julgado em 2006); ADPF 144-DF, do STF (julgado em 2008); CC 1120-26.2010-DF, do TSE (julgado em 2010); RE’s 630.147-DF, 631.102-PA e 633.703-MG, do STF (julgados em 2010 e 2011); e julgamento conjunto das ADC’s 29 e 30 e da ADI 4578, do STF (julgado em 2012). O conceito de *hard case* de Ronald Dworkin e de Robert Alexy, como aquele cuja solução não está expressa no código de leis, foi adotado e se argumentou que nele comumente o julgador está diante de mais de uma decisão racionalmente justificável. Os sete julgados foram tipificados como *hard cases*. Um conceito de participação popular foi construído para os fins da pesquisa, que aglutinou as contribuições normativas das correntes teóricas da democracia participativa, deliberativa e radical. Para a investigação, os votos publicados nos julgados foram classificados em quatro categorias, segundo estava presente ou ausente a referência à participação popular, se faziam referência a ela como argumento e para qual fim: fazer a defesa da “ficha limpa” ou da independência da corte em relação a ela. Apesar da participação popular vista nesses processos, principalmente no ano de 2008 e seguintes, o STF e o TSE nos julgamentos analisados não protagonizaram decisões políticas, tendo ratificado decisões políticas já tomadas pelo Legislativo. Por outro lado, a análise dos julgados revelou votos em cujo discurso de fundamentação há referência à participação popular nos julgamentos consumados em 2010, 2011 e 2012. A maior influência foi vista no último julgamento, das ADC’s 29 e 30 e da ADI 4578, pelo STF, onde o número de votos em favor da tese “ficha limpa” com argumentos com referência à participação popular foi maior. Nesse julgado, Ministros que antes vinham defendendo a independência da corte em relação a essa influência passaram a justificar seus votos em defesa da “ficha limpa” na participação popular. Outros simplesmente abandonaram o discurso que pregava que a corte deveria ficar livre dessa interferência. Assim, concluiu-se que a participação popular influenciou no desfecho do *hard case* “ficha limpa”.

Palavras-chave: *hard case*; ficha limpa; participação popular.

ABSTRACT

The judicialization of politics has inspired several scientific researches due to its novelty and consequences, and formed the agenda of contemporary political science. In this context, this study sought to investigate the influence of popular participation in seven trials judged by the STF and TSE in the case "ficha limpa" ("clean slate"): RO 1.069-RJ, by TSE (decided in 2006); ADPF 144-DF, by STF (decided in 2008); CC 1120-26.2010-DF, TSE (decided in 2010); RE's 630.147-DF, 631.102-PA e 633.703-MG, by STF (decided in 2010 and 2011); and joint trial of ADC's 29 and 30, and finally ADI 4578, tried by STF (decided in 2012). The concept of hard case developed by Ronald Dworkin and Robert Alexy, as the one whose solution is not expressed in the code of laws, was adopted and argued that in cases like that the judge commonly stands before more than one decision rationally justifiable. The seven trials were typified as hard cases. A concept of popular participation was built for the research purposes, which brought together normative contributions of theoretical approaches of participatory democracy, deliberative and radical. To perform such investigation, the votes published in the trials were rated into four categories, according to the presence or absence of the citizen participation reference, if they referred to it as an argument and for what purpose: to defend "ficha limpa" ("clean slate") or the independence that the court expressed in relation to it. In spite of the public participation seen in these processes, especially in the year 2008 and the following, the Supreme Court and the TSE did not stage political decisions in the analyzed trials, since they had ratified policy decisions that have been already taken by the Legislature. On the other hand, reviews of the trials revealed some votes in whose speech grounds contain a reference to popular participation in the judgments accomplished in 2010, 2011 and 2012. The main influence has been seen in the last trial, the ADC's 29 and 30 and ADI 4578, decided by the Supreme Court, where the number of votes in favor of the thesis of "ficha limpa" ("clean slate") filled with arguments containing references to popular participation, was higher. In this trial, ministers who used to defend the independence of the court in relation to this influence began to justify their votes in favor of "clean slate" in popular participation. Others simply left out the speech which preached that the court should be free of such interference. Therefore, remains concluded that popular participation has affected the outcome of the hard case "ficha limpa" ("clean slate").

Keywords: hard case; "ficha limpa" ("clean slate"); popular participation.

LISTA DE GRÁFICOS

Gráfico 01 - Percentagem de incidência de cada categoria de voto nos julgamentos analisados	145
Gráfico 02 - Percentagem de incidência da cada categoria de voto “com referência e em defesa da ficha lima” nos julgamentos analisados.....	146
Gráfico 03 - Percentagem de incidência da cada categoria de voto “com referência, mas em defesa da independência da corte”	147
Gráfico 04 - Percentagem de incidência das categorias de voto “com referência e em defesa da ficha lima” e “com referência e em defesa da ficha lima” nos julgamentos analisados.....	148
Gráfico 05 - Percentagem de incidência das categorias de voto “sem referência” e “com referência, mas sem uso” nos julgamentos analisados.....	149

LISTA DE QUADROS

QUADRO 1: Categorias de votos	104
QUADRO 2: julgamento do RO 1.069-RJ pelo TSE	107
QUADRO 3: julgamento da ADPF 144-DF pelo STF	111
QUADRO 4: julgamento da CC 1120.26.2010-DF pelo TSE	116
QUADRO 5: julgamento do RE 633.703-MG pelo STF	122
QUADRO 6: julgamento dos RE'ns 630.147-DF e 631.192-PA pelo STF	125
QUADRO 7: julgamento das ADC's 29 e 30 e da ADI 4578 pelo STF.....	138

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

ABRACCI: Articulação Brasileira contra a Corrupção e a Impunidade

ADI: Ação Declaratória de Inconstitucionalidade

ADC: Ação Declaratória de Constitucionalidade

ADC's: Ações Declaratórias de Inconstitucionalidade

CC: Consulta

LC: Lei Complementar

MCCE: Movimento de Combate à Corrupção Eleitoral

RE: Recurso Extraordinário

RE's: Recursos Extraordinários

RO: Recurso Ordinário

STF: Supremo Tribunal Federal

TRE: Tribunal Regional Eleitoral

TRE's: Tribunais Regionais Eleitorais

TSE: Tribunal Superior Eleitoral

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	12
CAPÍTULO 1 - <i>HARD CASES</i>: CASOS QUE ALIMENTARÃO A PESQUISA DIANTE DA MARGEM CRIATIVA DO JULGADOR NELES PRESENTE	21
1.1. As opções de decisão nos <i>hard cases</i>	21
1.2. O positivismo e o pragmatismo em confronto com Ronald Dworkin	25
1.3. Robert Alexy e o princípio da proporcionalidade	39
1.4. Reforçando o argumento	48
CAPÍTULO 2 - ENTENDENDO A DEMOCRACIA PARA SE COMPREENDER AS DECISÕES DO JUDICIÁRIO NOS <i>HARD CASES</i>.....	50
2.1. Democracia liberal	50
2.2. Democracia participativa.....	55
2.3. Democracia deliberativa.....	62
2.4. Democracia radical.....	70
CAPÍTULO 3 – UMA TIPOLOGIA DE PARTICIPAÇÃO POPULAR.....	77
CAPÍTULO 4 - ANÁLISE DO JULGAMENTO DO <i>HARD CASE</i> CONHECIDO COMO “FICHA LIMPA”	87
4.1. A “ficha limpa” como um <i>hard case</i>	87
4.2. A participação popular no <i>hard case</i> “ficha limpa” nos anos de 2008 a 2011.....	92
4.3. Categorias classificatórias dos votos.....	102
4.4. Análise das decisões do <i>hard case</i> “ficha limpa”.....	104
4.4.1. Análise do julgamento do recurso ordinário nº 1.069-RJ pelo TSE.....	104
4.4.2. Análise do julgamento da ADPF 144-DF pelo STF.....	107
4.4.3. Análise do julgamento da consulta 1120-26.2010-DF pelo TSE.....	111
4.4.4. Análise do julgamento dos recursos extraordinários 630.147-DF, 631.102-PA e 633.703-MG pelo STF	116
4.4.5. Análise do julgamento das ADC’s 29 e 30 e da ADI 4578 pelo STF	125

4.5. As decisões do <i>hard case</i> “ficha limpa” tiveram a influência da participação popular?.....	138
CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	151
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	159

INTRODUÇÃO

Os trabalhos publicados, os estudos realizados, as teses e dissertações defendidas que tiveram o Judiciário como fonte de estudos focaram diversas variáveis. Ora se pesquisou o corpo e a alma da magistratura, buscando conhecer o perfil daqueles que a compõe, sua identidade em última instância, tanto institucional como dos seus membros¹; ora o foco foi buscar compreender como se forma a elite Jurídica². Registram-se, ainda, estudos que analisaram decisões judiciais buscando compreender sua dinâmica, se política ou não, ou seja, se extrapolou os limites traçados a esse poder consoante a teoria da tripartição dos poderes, conforme agasalhada na Constituição Federal³. Há estudos vindos da seara jurídica, buscando desenvolver um modelo normativo, segundo o qual seria legítima a intromissão do Judiciário no suposto campo de atuação do Legislativo ou Executivo, destacando-se aqueles que versam sobre qual deve ser a decisão do Judiciário diante de uma omissão legislativa, bem como aqueles que tratam das decisões do Judiciário em políticas públicas⁴.

Encontram-se estudos publicados tendo o Judiciário como objeto principalmente na Sociologia, na Ciência Política, no Direito e na Economia. A razão maior do interesse no estudo sem dúvida é a crescente dimensão que o Judiciário vem tomando em todo o mundo ocidental, tanto nos países com sistema jurídico de tradição romano-germânico, com nos países do *common law*.

O Judiciário foi pensado pelos “Federalistas”, nas teses de Hamilton, Madison e Jay, como o órgão de aplicação da lei, fazendo o controle de constitucionalidade e do sistema jurídico, limitando-se a aplicar normas publicadas pelo legislativo ou executivo, estes sim eleitos pelo voto popular, devendo no máximo fazer o controle de constitucionalidade de tais leis frente à Constituição⁵ (MADISON, 1993). O cerne do modelo Federalista é, nesse sentido, a atuação dos tribunais pautada na Constituição, visando garantir, sempre que

¹ Vide, a título de exemplo: VIANNA, Luiz Werneck *et al.* *Corpo e alma da magistratura brasileira*. 3ª ed. Rio de Janeiro : Editora Revan, 1997.

² Vide, a título de exemplo: ALMEIDA, Frederico Normanha Ribeiro de. *A nobreza togada. As elites jurídicas e a política da Justiça no Brasil*. 2010. 329 f. Tese (Doutorado em Ciência Política) – Departamento de Ciência Política, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2010.

³ Vide, a título de exemplo: FERRAZ JÚNIOR, Vitor Emanuel Marchetti. *Poder Judiciário e Competição Política no Brasil: uma análise das decisões do TSE e do STF sobre as regras eleitorais*. 2008. 234 f. Tese (Doutorado em Ciências Sociais) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2008.

⁴ Vide, a título de exemplo: TAVARES, Marco Aurélio Romagnoli. *Ativismo judicial e políticas públicas*. Porto Alegre : Sérgio Antônio Fabris Editor, 2011.

⁵ Ver os artigos Federalistas de números 10 e 78, escritos, respectivamente, por Madison e Hamilton.

necessário, os direitos individuais frente à invasão de leis promulgadas sob influência das paixões humanas e dos interesses facciosos que podem imperar no curso do processo legislativo. Ao Judiciário, nesse desenho, não era dado invadir a discricionariedade dos demais poderes, devendo limitar-se ao controle de legalidade e de constitucionalidade. Dizia-se que, por ser composto por pessoas não eleitas, o Judiciário não poderia fazer escolhas, mas apenas observar as escolhas feitas pelos eleitos, devendo proceder à declaração de inconstitucionalidade de qualquer lei promulgada pela maioria que se afastasse dos preceitos firmados na Constituição. Ocorre que o Judiciário vem extrapolando sua função original, conforme pensada neste modelo, sendo cada vez mais uma arena para a disputa de direitos, passando a exercer controle sobre outros aspectos dos demais poderes, não se restringindo ao mero controle de constitucionalidade ou a um juízo de subsunção de leis à Constituição. Tem realizado juízos de valor em várias decisões, avançando sua competência para a esfera de atribuições que antes era dos poderes que passaram pelo sufrágio. Fala-se aqui da judicialização da política, num modelo que já superou a célebre caracterização de Montesquieu do juiz enquanto mera “boca inanimada da lei”.

É o chamado protagonismo judiciário que, muito mais do que provocado pelos juízes é “mais um efeito inesperado da transição para a democracia, sob a circunstância geral (...) de uma reestruturação das relações entre o Estado e a sociedade, em consequência das grandes transformações produzidas por mais um surto de modernização do capitalismo” (sic) (VIANNA, 1997, p. 12). Na verdade, conforme salientam C. Neal Tate e Torbjörn Valinder, observa-se um processo mundial de expansão do Judiciário, tendo como ponto mais dramático a judicialização da política, o que ocorre de dois modos: através da transferência para esse poder de algumas esferas de decisão do legislativo e executivo ou quando esses poderes assimilam seus métodos na formulação de suas próprias decisões (TATE e VALLINDER, 1995). Destaca-se, assim, a preocupação quanto ao montante de decisões políticas tomadas pelo Judiciário, no desenvolvimento prático de uma nova tarefa, não prevista originalmente pelos idealizadores da teoria da tripartição dos poderes, daí o interesse em estudá-lo com mais afinco.

O novo comportamento do Judiciário tem muitas variáveis, podendo-se destacar sua origem na configuração do modelo de Estado de Bem-Estar europeu. Nesse modelo formou-se uma vasta rede de proteção estatal, que incluía serviços gratuitos e universais, de educação, previdência social, assistência social, saúde, etc. É o *Welfare State*, que buscou superar o paradigma liberal clássico, todo construído conforme a ideia de liberdade como não

interferência. O modelo de Bem-Estar, ao contrário, pressupõe a autonomia do indivíduo de modo mais concreto, na situação material em que vive. Aqui um cidadão somente poderia ser considerado livre e autônomo na medida em que lhe fossem asseguradas condições mínimas de subsistência. Daí a necessidade da intervenção estatal nas relações sociais e econômicas. O Estado passou a ser assim um importante ator social, pois laborava para garantir a igualdade e preservar os direitos sociais básicos. Novas responsabilidades políticas foram assumidas e infinitas obrigações foram instituídas para com os seus cidadãos.

Configurando-se o Estado de Bem-Estar, mudanças significativas na estrutura e na função do direito na sociedade ocorreram. Certamente o aumento da intervenção estatal exigiu um correspondente aumento da regulamentação jurídica sobre a realidade social. Com isso, a nova realidade passou a exigir respostas rápidas do Estado para as novas demandas sociais, as quais ganhavam complexidade e exigiam cada vez mais uma apurada análise técnica. A burocracia estatal cresceu e com ela o aumento da publicação de normas e regulamentos pelo próprio Executivo, no mais das vezes consubstanciadas por portarias e decretos. O que se verificou é que as novas demandas somente poderiam ser acolhidas pelo Estado de Bem-Estar se houvessem respostas rápidas, mas também técnicas, as quais somente a burocracia estatal encarregada de sua prestação poderia dar. O Legislativo não era capaz de dar cabo da nova exigência, com o que a lei perdia a centralidade enquanto instrumento onipotente de imposição de obrigações e de direção da sociedade.

No Estado de Bem-Estar o Legislativo acaba cedendo espaço para o Executivo por ser o único com condições técnicas e administrativas para exercer a nova tarefa e dar conta da crescente demanda social, além do que era o que controlava as burocracias estatais. Além de tudo, as atividades de planejamento, formulação e execução de políticas públicas, além da responsabilidade por apresentar propostas mais elaboradas e céleres, estavam centralizadas no Executivo.

Para contribuir, outro fator se agregou, qual seja, a crise do sistema representativo tradicional, dos partidos políticos e dos sindicatos. Essa crise foi fruto também do deslocamento da esfera pública, que não mais se restringia ao âmbito do legislativo ou ao âmbito das relações de trabalho, graças à crescente burocracia estatal encarregada pela prestação de serviços públicos e por realizar a intervenção estatal. Aqui novos atores sociais surgiram agregando para si as demandas e os interesses não privilegiados pela representação política tradicional, pois o pleito agora era dirigido para a burocracia do Estado.

Nesse cenário político-jurídico ocidental da segunda metade do século XX outro fator veio a somar-se, uma espécie de “contramovimento” de revalorização do direito, uma aposta no direito enquanto mecanismo capaz de imprimir uma efetiva transformação da realidade, a fim de que o tecnicismo das burocracias e a lógica desagregadora do mercado fossem submetidos ao controle de uma esfera pública atuante, regida por valores solidários e comprometida com a garantia de direitos fundamentais. Esse foi o espírito que regeu as chamadas constituições dirigentes, típicas do Estado Social. Essas constituições incorporavam verdadeiros programas de governo, um amplo rol de objetivos e finalidades que vinculavam a atuação do Estado. Essas constituições dirigentes iam muito além das do modelo liberal, que se resumiam a estruturar o Estado e prever alguns poucos direitos individuais. Vieram para impor a todas as instituições estatais o compromisso com normas-tarefa, que apontavam para o futuro. Aliado a tudo isso, como ponto de revalorização do direito, foram criados os tribunais constitucionais, com o que o judiciário foi elevado a uma instância estratégica para o controle do Legislativo e Executivo e para a afirmação concreta das promessas constitucionais presentes nas constituições dirigentes.

Essas variáveis mesclaram-se com a superação do positivismo, que também contribuiu e muito no protagonismo judiciário. No positivismo, no melhor estilo de Hans Kelsen e Herbert Hart, pregava-se que o Juiz, quando da decisão, deveria fazer um mero juízo de subsunção: fazer uma leitura do fato e das provas do processo e aplicar a lei regente da matéria. Deveria aplicar a lei ao caso concreto. Se a lei previa que aos 70 anos o servidor público deveria se aposentar compulsoriamente, identificado pelo Juiz essa base fática, a lei seria aplicada, em fenômeno jurídico conhecido como subsunção. Mas, havendo uma lacuna na lei, o juiz deveria exercer uma atividade criativa do direito, conforme defendeu Hans Kelsen, procurando encontrar opções que igualmente seriam legítimas para solucionar o caso e, assim, num juízo de discricionariedade, fazer a opção por uma delas⁶. Com a superação desse modelo ganharam força as teorias do direito de Robert Alexy e de Ronald Dworkin, ditas pós-positivistas, as quais, apesar de distintas, trouxeram uma grande novidade, segundo

⁶ No Direito Brasileiro, a técnica para resolver os casos de lacuna estava prevista no artigo 4º de um Decreto-lei de 1942, recepcionado pela Constituição de 1988, que dizia: “Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito”. A busca de soluções que igualmente satisfizessem a demanda, para posterior escolha de uma delas, deveria vir de técnicas como a aplicação da analogia, pesquisando-se uma lei análoga, regente de situação comparável, e a partir daí construir a decisão, aplicando-se a lei análoga. Outra técnica de suprimento de lacunas era a aplicação dos costumes. Se eventualmente uma norma costumeira propagada na cultura do lugar expressasse qual deveria ser a solução, ela seria aplicada. Ou ainda, poderia o Juiz aplicar os princípios gerais de direito, extraindo da lógica interna do sistema jurídico, ou de qualquer dos seus subsistemas, a solução mais adequada.

a qual os princípios passaram a ser vistos como normas jurídicas, mandados de otimização, na linguagem de Alexy. Com isso, deveriam ser aplicados pelo Juiz. Enquanto no positivismo os princípios no máximo representavam uma técnica de supressão de lacunas, no pós-positivismo, foram erigidos a fontes primeiras do Direito, ganhando o status de norma jurídica.

No pós-positivismo, admitindo-se a aplicação de princípios para a solução de casos, o Judiciário não mais dependia de uma decisão expressa, particularista, sobre a hipótese de incidência de sua decisão, vinda do Legislativo ou do Executivo. Nesse modelo, tendo os princípios carga normativa, ainda que não houvesse norma que tratasse especificamente do caso, o Judiciário estaria apto a decidir, sem necessidade de socorro a métodos ou técnicas de supressão de lacunas legais. Mais ainda, as próprias leis passaram a ser confrontadas com os princípios, admitindo-se, inclusive, a recusa de aplicação de determinada lei, se contrária aos princípios, ou mesmo a leitura delas conforme tais princípios. Nesse aparato todo, princípios previstos na Constituição Federal ganharam grande força, dando razão a várias intervenções do Judiciário, em várias esferas. Só para citar um exemplo: com o positivismo, um princípio que dizia que toda criança tem direito a educação, embora escrito no Texto Constitucional, não passava de letra morta, servindo no máximo como matriz interpretativa de textos legais, ou ainda, como técnica de supressão de lacunas da lei. Era interpretado como norma programática, a orientar o Legislativo ou o Executivo na formulação de futuras políticas públicas. No pós-positivismo esse mesmo princípio passou a justificar a intervenção do Judiciário em searas que seriam dos outros poderes numa concepção tradicional de divisão de poderes, servindo de fundamento para ordenação pelo juiz para que o Executivo construa creches, reforme escolas em péssimo estado, enfim, promova a política pública necessária para implementá-lo.

A superação do positivismo, sem dúvida, alargou o campo de atuação do Judiciário. Ao pós-positivismo aliou-se a outra variável: o acolhimento de direitos fundamentais, notadamente os sociais, e as normas constitucionais programáticas, tendo também grande peso na explicação do fenômeno. Fala-se aqui do acolhimento pelas Cartas Constitucionais dos direitos fundamentais, eleitos a normas com status constitucional e ditos como indispensáveis à democracia. Dentre estes, os direitos sociais, de terceira geração, equiparados por várias cartas Constitucionais com os fundamentais de liberdade, ditos civis, bem como com os políticos, locais onde passaram a gozar do mesmo status. Neste ponto a Constituição brasileira serve de exemplo, com a previsão de grande número de direitos sociais, espalhados

por todo o seu corpo, equiparados aos direitos fundamentais de primeira geração (ditos individuais, as chamadas liberdades civis) e com os de segunda geração (os direitos políticos). Com tais direitos levados ao corpo da Constituição, várias atuações do Judiciário passaram a ser justificadas em processos que reclamavam pela aplicação de um desses direitos. Ocorre que os direitos sociais tem uma característica muito forte, qual seja, a sua observação exige um comportamento ativo, uma ação, uma prestação pelo Estado, deles principal responsável e fomentador. Como exige um comportamento positivo, o respeito aos direitos sociais não virá sem políticas públicas especialmente desenhadas visando implantá-los. Daí que qualquer decisão judicial, que manda o Legislativo ou o Executivo a observar determinado direito social é uma decisão que reflete, em última instância, uma política pública mandada, na ausência de uma espontaneamente idealizada e posta em prática pelos demais poderes. Obviamente que o Judiciário apenas agirá quando os demais se mostrarem resistentes na observância de determinado direito social e à vista da recalcitrância do indivíduo ou coletividade afetados. Com isso, numa interpretação pós-positivista da constituição, o caminho fica aberto para que o Judiciário se intrometa em searas que antes eram privativas do Legislativo ou do Executivo.

Outra grande explicação é a existência de Cartas Constitucionais e de leis infraconstitucionais com textura aberta, com normas programáticas, com cláusulas indeterminadas e com conceitos jurídicos indeterminados (fatores de indeterminação do direito), em detrimento das categorias e definições precisas e unívocas cultivadas, tradicionalmente, pela dogmática jurídica. Categorias, definições precisas, sentidos unívocos, sempre facilitaram o trabalho dos positivistas, acostumados com uma dogmática que pregava a simples e pura aplicação da lei. Para tanto, esse grau de precisão era exigência para a boa realização do ofício. Entretanto, textos constitucionais abertos, normas programáticas, com cláusulas gerais, conceitos jurídicos indeterminados, exigiram do Judiciário uma postura mais ativa, sendo já insuficiente aquele seu trabalho de mera subsunção de um caso à lei. Essa nova técnica se utiliza de generalidades, expressões genéricas, conceitos indeterminados, alguns altamente contestados, cláusulas gerais, para cuja aplicação o intérprete deverá preencher o conteúdo normativo, dando sentido a cada um deles para a solução de determinado caso concreto. Normas programáticas indicam o caminho a seguir, quase sempre carregadas de princípios, com conteúdo normativo, dando a razão técnico-jurídica para o Judiciário interferir em políticas públicas.

Outra variável para explicação desse fenômeno, já dita aqui, foi a criação das cortes constitucionais, que trouxe consigo a previsão do próprio controle de constitucionalidade, tanto o direto como o difuso, que dá azo constitucional para que o Judiciário possa fazer um juízo de conformação de determinado ato do Legislativo ou do Executivo com a Constituição Federal. Esse controle de constitucionalidade, notadamente o direto⁷, dá ferramentas para que o Judiciário possa interferir na decisão dos outros poderes, servindo como instituição contramajoritária, servindo de abrigo a minorias, que buscam neste instrumento a defesa dos seus direitos. Essa tarefa, para além de possibilitar o respeito à Constituição, em defesa da democracia, acaba abrindo uma arena facilitadora de conflitos políticos, para os quais uma solução deverá ser dada.

Há muitas outras variáveis, mas uma última digna de destaque para os fins deste estudo é o papel desempenhado pelo Ministério Público, reformulado pela Constituição Federal de 1988, ao ponto de Maria Tereza Sadek ter dito que não são apenas jabuticabas que somente existem no Brasil, pois o Ministério Público brasileiro também é único (SADEK, 2009). Dentre os vários atores sociais que surgiram com a crise do sistema representativo tradicional, o Ministério Público, mais especificamente no cenário brasileiro, ganha grande destaque, tanto que é um dos maiores autores de Ações Declaratórias de Inconstitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal – STF –, embora sua maior atuação seja na defesa da burocracia estatal e no combate a normas corporativas voltadas ao próprio Ministério Público e Judiciário (WERNECK VIANNA, 1999). Mas esse mesmo Ministério Público é protagonista de várias ações civis públicas, na defesa de direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos, provocando diuturnamente o Judiciário a se manifestar sobre políticas públicas. É o “voluntarismo político” referido por Rogério Bastos Arantes (ARANTES, 2002). Até mais longe age, juridicalizando pretensões sociais, fazendo várias intervenções na seara extrajudicial, através de recomendações administrativas, termos de ajustamento de condutas, audiências públicas, requisições, etc. Graças ao trabalho do Ministério Público foram aumentadas sobremaneira as oportunidades para que o Judiciário fizesse uma intervenção em políticas públicas, já que esse poder somente pode agir se e quando provocado. O Ministério Público exerce assim a chamada representação funcional, agindo em nome do soberano, representando seus interesses, apesar de um órgão do Estado.

⁷ Estudado dentre outros por Luiz Werneck Vianna, Maria Alice Resende de Carvalho, Manuel Palacios Cunha Melo e Marcelo Baumann Burgos (*in* A Judicialização da Política e das Relações Sociais no Brasil. Rio de Janeiro: Revan, 1999).

Os estudos que buscam saber se o Judiciário de fato interfere na esfera reservada *ab initio* aos demais poderes, se e quando e em que medida, além daqueles que buscam compreender os motivos pelos quais tal ação é realizada, são muitos e resumi-los não é o propósito do presente trabalho. Sem nenhuma pretensão de ditar uma lei geral, o fato é que o Judiciário vem assumindo um novo papel, tomando decisões que, numa visão clássica, seria de atribuição do Legislativo ou do Executivo. E as principais explicações foram postas aqui. Ocorre que, no caminho para a compreensão desse fenômeno outra dúvida foi levantada: as decisões tomadas pelo Judiciário, nesse ativismo, refletem a vontade do soberano?

A hipótese é que a Corte tende a acolher a tese defendida pelo corpo social, manifestada de diversos modos, quando está diante de processos de grande repercussão, o que pode ser visto não somente pelo resultado de um julgamento, mas também pela estrutura argumentativa dos votos dos julgadores, muitas vezes amparando sua decisão numa vontade popular.

Para testar a hipótese, optou-se por pesquisar sete decisões do caso “ficha limpa”, do Tribunal Superior Eleitoral – TSE – e do Supremo Tribunal Federal – STF, processos que podem ser classificados como *hard case*⁸, casos difíceis, onde a solução da controvérsia não está pronta, acabada, escrita no livro de leis. São eles: Recurso Ordinário 1.069-RJ, do TSE; Arguição de Descumprimento de Preceito Federal (ADPF) 144-DF, do STF; Consulta (CC) 1120-26.2010-DF, do TSE; Recursos Extraordinários (RE) nº 630.147-DF, 631.102-PA e 633.703-MG, do STF; e julgamento conjunto das Ações Declaratórias de Constitucionalidade (ADC’s) nº 29 e 30 e da Ação Declaratória de Constitucionalidade (ADI) nº 4578, do STF. Nesse *hard case* o Judiciário foi levado a decidir se candidatos “fichados”, com antecedentes judiciais condenatórios em determinados tipos de processos, ainda que não transitados em julgado, ou em outras situações previstas na Lei Complementar n. 135/2010, estavam ou não aptos a tomar posse em determinado cargo eletivo. Elegeu-se esse caso pela presença da participação popular em sua base, porque nas decisões publicadas se vê a tensão entre a jurisdição constitucional e democracia e porque se tratou de um caso histórico, cujo desfecho só foi possível diante de considerável participação popular. Investigou-se na decisão desse *hard case* lastros argumentativos que indicasse a influência dessa participação popular na decisão judicial, buscando-se verificar, nesses julgamentos, se a hipótese se confirmava.

⁸ O conceito de *hard case* é dado no capítulo 1.

Para dar cabo da apresentação da pesquisa, optou-se por dividir o trabalho em quatro capítulos, cada qual tratando de um tema, de modo a se fazer entender a metodologia aplicada, para ao final passar-se a aplicar o método exposto na análise do caso.

No capítulo inicial é apresentado o conceito de *hard case* e é feita uma revisão das principais correntes teóricas do Direito, tendo por fim demonstrar que, quando do julgamento de um caso difícil, o julgador geralmente está diante de mais de uma possibilidade de decisão, todas capazes de encontrar argumentos racionais para a fundamentação. Procura-se, nesse primeiro capítulo, desmistificar a ideia de que, para cada caso, há uma única resposta correta e se demonstra que, muitas vezes, várias são apresentadas ao julgador, o qual deverá optar por uma delas.

Alicerçado nessa premissa, o caminho fica aberto para o pesquisador encontrar variáveis que possam explicar o que leva a corte escolher por uma ou outra dessas opções de julgamento. Como a variável pesquisada é a participação popular, nos capítulos dois e três o trabalho é dedicado em construir uma tipologia de participação popular válido para a presente pesquisa. No capítulo dois é feita uma revisão da teoria democrática, com suas principais linhas, trabalho sem o qual não é possível se chegar a uma tipologia de participação popular. No capítulo três, à vista da teoria percorrida, para os fins exclusivos do presente trabalho, uma tipologia de participação popular é construída, o qual delimitará a pesquisa e servirá como norte para se afirmar se houve ou não participação popular na base da pretensão nos julgamentos analisados.

No capítulo quatro o *hard case* “ficha limpa” é analisado. Nos sete julgamentos mais relevantes envolvendo esse caso, do STF e do TSE, as variáveis sugeridas são pesquisadas. Com isso se pretende verificar a interferência da participação popular na base de uma pretensão judicial, num *hard case*, especificamente os conhecidos como caso “ficha limpa”. Trata-se de um estudo de casos, onde ao cabo a hipótese é confirmada, conforme se verá nas páginas seguintes e na conclusão deste trabalho.

CAPÍTULO 1

HARD CASES: CASOS QUE ALIMENTARÃO A PESQUISA DIANTE DA MARGEM CRIATIVA DO JULGADOR NELES PRESENTE

1.1. As opções de decisão nos *hard cases*

Para se compreender o método da pesquisa e o seu relatório é necessário expor que tipo de decisões foi selecionado. Obviamente que não seriam todas as decisões que deveriam ser lidas e investigadas em busca de indícios de participação popular na base da pretensão. Uma corte decide questões burocráticas, como também controvérsias de fácil resolução, onde apenas um trabalho de subsunção é suficiente. Uma decisão envolvendo casos de fácil solução, onde se opera a simples aplicação de uma lei a um caso concreto é explicada conforme a lógica da democracia representativa de cunho liberal. A Corte simplesmente estará aplicando o que foi decidido pelos representantes do povo reunidos no Legislativo. Mas há outros tipos de casos, onde uma simples operação de subsunção é insuficiente para se chegar a uma resposta; onde há ausência de lei a tratar da matéria; onde há conflitos entre princípios jurídicos; onde a redação da lei favorece uma considerável margem interpretativa; ou mesmo à vista de uma lei, mas com discussão sobre sua conformidade com princípios constitucionais; ou seja, os chamados “*hard cases*”⁹, casos em que não há uma solução pronta e consensual no código de leis. Os casos selecionados tem esta característica, pois neles será possível ver a eventual influência da participação popular na base. A decisão judicial ainda poderá ser explicada conforme a lógica da democracia liberal, mas talvez seja visto certo *tempero popular*.

Para melhor compreender essa dinâmica e que fique justificado o motivo pelo qual alguns casos foram selecionados para análise e outros não, é oferecida uma noção de duas categorias de casos levados à apreciação do Judiciário, como decide a corte e como neles se interpreta as leis: os casos fáceis e os difíceis. Obviamente que esse trabalho não pretende ir a fundo na questão, algo que por si só justificaria outra pesquisa. Uma noção já será suficiente para os fins aqui propostos. Somente se almeja fazer compreender o motivo pelo qual os casos difíceis foram selecionados dentro de um universo de decisões.

A explicação é necessária a fim de superar a tese da única resposta correta para cada controvérsia judicial, pois, se assim fosse, todos os casos seriam fáceis. O senso comum pode

⁹ Casos difíceis.

induzir alguém a pensar que na aplicação do Direito não há conflito, que as soluções são fáceis, bastando aplicar uma lei a um caso concreto. Toma-se um caso concreto, como por exemplo um cheque sem fundos, e aplica-se para ele o que está escrito na lei. No exemplo, promove-se a execução do cheque, podendo-se penhorar bens do devedor para angariar fundos para pagamento da dívida. Nem todos os casos são simples assim.

Na verdade, é comum entre os aplicadores do Direito a existência de sérias divergências. Em muitos casos essa divergência é levada para o seio do Judiciário para lá ser resolvida. Tudo se explica, pois o Judiciário, em verdade, existe para coibir abusos no exercício dos Direitos, sua violação, seu vilipêndio, ou mesmo ações estratégicas (da economia ou da polícia, na maior parte das vezes) movidas por pessoas que buscam os maiores rendimentos, mesmo com sacrifício do direito alheio. E solucionar tais litígios é tarefa do Judiciário, pois numa Democracia esse poder desempenha esse papel necessário, já que sem ele simplesmente não há Estado Democrático de Direito. Sem ele, a quem se deve buscar tutela diante de uma violação de direitos? Ou diante de uma controvérsia? Ou quando a minoria é esmagada pela maioria, com violação de preceitos constitucionais? Sem um poder estatal com essa tarefa a autotutela seria o caminho, além do que o trânsito estaria livre para o fim da própria democracia.

Parece simples, pois o Judiciário resolve tudo e bastará cumprir sua decisão. Ocorre que a divergência também é encontrada no seio dos Tribunais, desde a mais alta corte até uma simples Vara Judicial interiorana. Para ficar no caso brasileiro, um Ministro do STF defende um ponto de vista, e sua defesa lá representa um voto; outro Ministro defende outro, com outro voto. A Corte às vezes decide por maioria, com diferença de um voto. Muitas vezes a Corte Suprema reforma por maioria decisões dos tribunais inferiores. Nem seria preciso avançar muito para se perceber a rotina judiciária onde mais de uma decisão aceitável pode se apresentar para um mesmo caso. E uma enormidade de variáveis poderia ser citada aqui para explicar como se forma uma decisão judicial, como cada possibilidade de decisão aceitável pode ser construída, entretanto, esse não é o objetivo deste trabalho, que aqui busca investigar apenas uma dessas variáveis: a participação popular na base da pretensão.

Mas por qual motivo comumente se vislumbra mais de uma decisão possível e igualmente justificável para cada caso difícil? A resposta a essa pergunta já justificaria um esforço de pesquisa, entretanto, para os fins aqui propostos, basta dizer que a divergência reside na interpretação do Direito. Os esforços são centrados na interpretação do Direito nos casos difíceis, onde os limites para a atividade criativa do jurista são mais largos, em

comparação com os casos fáceis. Considere que na atividade de aplicação do Direito o operador encontra casos fáceis e casos difíceis. É fácil aplicar uma norma que determina que todo servidor público deve se aposentar compulsoriamente aos 70 (setenta) anos. Basta ver a data de nascimento e fazer a subsunção. Mas não é fácil tomar uma decisão quando princípios estão em choque, quando a lei contém expressões genéricas, cláusulas gerais, ou se vale de conceitos indeterminados, ou até altamente contestados. Igualmente não é simples quando há divergência sobre o significado e o alcance de textos legais, ou mesmo se uma ou outra lei está conforme o texto constitucional, pois as inconstitucionalidades nem sempre são aparentes. Um caso pode se tornar complexo se o aplicador do Direito voltar seus olhos para os reflexos futuros da sua decisão, as implicações na economia, na política, nos orçamentos, etc. Aqui a atividade de subsunção não basta, motivo pelo qual se abre uma margem criadora elástica ao Juiz, pois o exercício interpretativo do Direito abre mais de uma possibilidade de decisão.

Neste ponto reside um ponto fundamental para a demonstração da relevância da pesquisa. É preciso argumentar que o Juiz quando da resolução de casos difíceis comumente se vê diante de mais de uma possibilidade de decisão racionalmente justificável. Se não tivesse tal possibilidade, se apenas aplicasse o que fora criado pelo Legislativo, sem qualquer contribuição, apenas exercitando a atividade de subsunção, não seria possível falar em variáveis interferindo na atividade decisória do Juiz. Todos os casos seriam qualificados como fáceis. Uma única solução haveria e ela já estaria contemplada no Código de Leis. Sequer a pesquisa aqui relatada seria viável, pois por qual motivo alguém se aventuraria a compreender a dinâmica de uma decisão judicial, como os juízes decidem e para quem estão decidindo, a quem estão servindo, se a cada caso estivessem eles limitados de tal modo que apenas uma decisão seria possível de acordo com o código de leis posto pelo Legislador? Mais útil seria investigar o Legislador? Ao contrário, a pesquisa passa a interessar se houver um espaço interpretativo na decisão de casos pelo Juiz. Somente nesse cenário surge o interesse em compreender as variáveis que conduzem a decisão judicial a um ou a outro sentido.

Aqui se defende que o Juiz tem um espectro criativo, mais limitado em comparação com o Legislativo. Mais limitado, mas ainda assim conserva certa margem decisória quando resolve casos. Concentram-se os esforços para demonstrar que essa margem de criação manifesta-se com mais força nos casos difíceis, onde o limite para a sua atividade é menor, em comparação com os casos fáceis, que mais limitam a atividade criadora do jurista.

Para melhor compreender essa problemática, faz-se uma rápida contextualização da questão. O tempo aqui cumpre papel fundamental, qual seja, o ontem, o hoje e o amanhã. Ao tempo soma-se o fim do Direito, que é legitimar o uso da coerção estatal, o uso legítimo da força contra aquele que violou os preceitos da comunidade. O trabalho do jurista está situado nessa relação. O uso da força estatal será legítimo somente se forem aplicadas as regras publicadas no passado? Ou uma decisão preocupada com as consequências futuras também serve para justificar tal uso da força? Ou ainda, a decisão legítima é aquela que vislumbra as peculiaridades do presente? Ou a resposta seria uma relação possível entre passado, presente e futuro? Qual?

Uma tese que defenda que o Juiz deve decidir conforme as regras publicadas no passado, ou seja, faz operar as decisões políticas que foram tomadas no passado para os casos presentes, sustentaria o argumento segundo o qual o direito reconhecido já existia, pois a decisão política foi tomada no ontem. A decisão judicial seria calcada na convenção da comunidade publicada no passado, a qual é declarada para a resolução dos casos presentes. Somente desse modo legítimo seria o uso da força estatal. A teoria jurídica inspirada por essa concepção recebeu o nome de positivismo, precisamente sua vertente conhecida como convencionalismo.

Outra forma de lidar com essa relação é dizer que os juízes, quando julgam, devam vislumbrar o amanhã. Nessa concepção, a decisão a ser encontrada é aquela que melhor cumpre a finalidade quando o foco é o futuro. As decisões políticas do passado tem reduzidíssimo valor, já que, nas decisões de hoje, o objetivo é encontrar aquela que melhor cumpre um determinado objetivo no futuro. Poder-se-ia argumentar que numa concepção como essa a data de nascimento do direito é o da tomada da decisão, pois até aquele momento o direito da parte não existia, tendo passado a existir no momento mesmo da decisão judicial. A margem para a criação do direito, sob essa perspectiva, é grande, já que o julgador passa a ser o responsável por tomar a decisão política, que valerá para o futuro, não se limitando a aplicar uma decisão política tomada no passado. Esse modo de decidir, na teoria do Direito, ganhou o nome de pragmatismo.

Ainda é possível tratar essa relação sob outra vertente. Pode-se orientar as decisões judiciais no passado, mas sem ignorar a realidade presente, de modo a fazer os ajustes necessários, cujo produto servirá novamente para orientar as decisões futuras, sem ignorar que novas peculiaridades podem justificar nova revisão. Aqui o foco não é somente o passado, pois se alimenta a decisão com o perfil do presente, a fim de encontrar a melhor resposta para

a controvérsia, inclusive sob a perspectiva de vigência para o futuro. A decisão não foca exclusivamente o futuro, sobre o que é melhor no futuro no caso em análise, mas procura extrair do ordenamento jurídico a decisão correta, buscando nas decisões políticas do passado a bússola para a resolução do caso. Tudo é feito sem ignorar a história, ao mesmo tempo em que se investiga se na atualidade circunstâncias outras, não conhecidas, ignoradas ou inexistentes ao tempo da decisão do passado, justificam uma revisão da decisão então tomada. O passado não serve tão somente para melhorar a decisão presente, mas nele se busca a coerência, uma decisão presente que esteja em coerência com as decisões políticas passadas, de modo a dele extrair a melhor resposta. Esse é o pensamento pós-positivista de Ronald Dworkin.

Nos casos difíceis, o curioso é que, em qualquer dessas concepções, mais de uma decisão possível é aberta à criatividade do julgador: seja no positivismo, no pragmatismo, seja no pós-positivismo. Passa-se a se ocupar dessa questão, fazendo-se uma análise de cada teoria, primeiramente em confronto com a teoria pós-positivista de Ronald Dworkin. Depois as ideias de Robert Alexy, outro autor pós-positivista, serão expostas para se argumentar que também em sua teoria tais possibilidades de decisão são abertas.

1.2. O positivismo e o pragmatismo em confronto com Ronald Dworkin

O ponto nodal a separar a teoria positivista da pós-positivista do Direito é o reconhecimento pela segunda da força normativa dos princípios. Os positivistas não reconhecem tal categoria como norma e no máximo a admite como modo de supressão de lacunas legais. Para os positivistas a fonte genuína do Direito são as regras.

“Regras são normas que ordenam, proíbem ou permitem algo definitivamente ou autorizam a algo definitivamente. Elas contêm um dever definitivo” (ALEXY, 2011, p. 37). As regras são publicadas e aplicadas através da subsunção. Há casos em que as regras assumem uma forma categórica, mas em sua maioria impõe certas condições para a sua aplicação. O importante é que, verificando-se no mundo dos fatos as condições para a sua aplicação, ou fato que enseja sua aplicação categórica, a regras exigem rigorosamente que se cumpra o seu mandamento. Se isso é feito, a regra é cumprida, caso contrário, não. Não há meio termo, pois as regras apresentam mandamentos de “tudo” ou “nada”. Um exemplo de regra é a previsão constitucional da aposentadoria compulsória aos 70 (setenta) anos para o servidor público. Verificada essa condição no mundo da vida, a regra impõe uma única

solução: o servidor deverá se aposentar compulsoriamente. A atividade do operador do Direito, quando está diante de uma regra, é fácil, basta fazer a subsunção (casos fáceis).

O positivismo clássico prega que as normas jurídicas são identificadas por alguma regra de reconhecimento amoral. Essa regra permite verificar o pertencimento, ou não, de tal norma ao conjunto denominado como ordenamento jurídico. Uma regra superior, assim, possibilita verificar o reconhecimento da inferior como pertencente ou não ao ordenamento jurídico. Chega-se assim ao conceito de teste de reconhecimento, através do qual uma regra é testada com uma superior, a fim de se saber se pertence ou não ao ordenamento jurídico. E o positivismo defende que o reconhecimento é empiricamente verificável.

Essas regras são reconhecidas como juridicamente válidas por meio de um teste de *pedigree*, ou seja, por referência a outra regra superior que lhe dá origem e validade. Encontrado tal regra, o processo novamente é feito, buscando numa outra superior a ela, que lhe dá origem e validade, sendo o procedimento repetido retroativamente até uma “regra” inicial presumida que, em vez de juridicamente válida, precisa ser aceita de antemão e que fundamenta o sistema como um todo. Essa é a norma fundamental, fundante de todo o ordenamento jurídico, através da qual é possível verificar, em sucessivos testes de reconhecimento, o pertencimento de uma regra ao ordenamento.

Nesses termos, quando os juristas discordam sobre se uma parte de uma disputa judicial tem ou não determinado direito, a controvérsia pode ser solucionada pela seguinte verificação empírica: averiguar se esse direito está contido no conjunto das regras jurídicas do ordenamento jurídico. Com isso é possível surgir um tipo de controvérsia, exatamente sobre a previsão ou não do direito alegado no sistema jurídico, uns defendendo que está previsto e outro dizendo o contrário. A divergência, no caso, é empírica.

Outra forma de controvérsia, nos termos positivistas, é a semântica, na confusão entre os termos da regra: uma das partes em conflito pode alegar possuir determinado direito e outra negar tal fato, por não estar sendo compartilhado, no caso, um mesmo conceito de direito. Sobre o significado de determinado termo jurídico as partes podem se digladiar, uns vendo nele significado que contempla sua alegação, ao contrário da outra. Nessa situação, uma forma de resolver a divergência é levar a cabo um processo de depuração semântica da norma, através do qual fixa-se um conceito comum capaz de evitar a discórdia.

Os tipos de controvérsias empírico e semântico, segundo os próprios positivistas, favorecem o surgimento de mais de uma solução para determinados casos, fenômeno decorrente da própria interpretação do Direito. Como se, nesses casos, um leque de

possibilidades interpretativas surgisse, cabendo ao interprete decidir qual possibilidade defenderá para aplicação ao caso concreto.

Hans Kelsen, um positivista, deixa claro a possibilidade criativa do aplicador do Direito, algo que pode ser visto na seguinte passagem:

O Direito a aplicar forma, em todas estas hipóteses, uma moldura dentro da qual existem várias possibilidades de aplicação, pelo que é conforme ao Direito todo ato que se mantenha dentro deste quadro ou moldura, que preencha esta moldura em qualquer sentido possível. [...] a interpretação feita pelo órgão aplicador do Direito é sempre autêntica. Ela cria o Direito. [...] A propósito importa notar que, pela via da interpretação autêntica, quer dizer, da interpretação de uma norma pelo órgão jurídico que a tem de aplicar, não somente se realiza uma das possibilidades reveladas pela interpretação cognoscitiva da mesma norma, como também se pode produzir uma norma que se situe completamente fora da moldura que a norma a aplicar representa. [...] Da interpretação através de um órgão aplicador do Direito distingue-se toda e qualquer outra interpretação pelo fato de não criar o direito (KELSEN, 2006, p. 390, 394 e 395).

Outro positivista, Herbert Lionel Adolphus Hart, afirma que o Direito está longe de ser mera aplicabilidade de legislação ou de casos precedentes a casos concretos, ou, em suas palavras, “subsumir factos particulares em epígrafes classificatórias gerais e retirar uma conclusão silogística simples” (HART, 2007, p. 139). O cerne da questão é fornecido pelo próprio Hart, algo que está sendo debatido há muito tempo pelos juristas:

Aqui surge um fenômeno que se reveste da natureza de uma classe na comunicação: há razões, quer a favor, quer contra o nosso uso de um termo geral e nenhuma convenção firme ou acordo geral dita o seu uso, ou, por outro lado, estabelece a sua rejeição pela pessoa ocupada na classificação. Se em tais casos as dúvidas não de ser resolvidas, algo que apresenta a natureza de uma escolha entre alternativas abertas tem de ser feito por aquele que tem de as resolver (HART, 2007, p. 140).

Assim, conforme se percebe, o positivismo possibilita ao aplicador do Direito um poder de discricionariedade, de escolha, que não envolve necessariamente a simplicidade da mera aplicação de conceitos já amplamente aceitos, mas a complexidade gerada por fatores vários que fogem da esfera tão somente jurídica para avançarem sobre outros terrenos, como o linguístico, por exemplo. A “textura aberta” das regras, como observa Hart, atinge tanto o processo interpretativo baseado em precedentes jurisprudenciais, quanto os sistemas baseados em regras emanadas do legislativo. A consequência é que a aplicabilidade legal em determinadas situações difere da grande parte dos casos em que a mera aplicação da lei não requer maiores problematizações ou ajustes ao caso concreto.

Mas ainda outra peculiaridade deve ser ressaltada. Essas regras, consubstanciadas em decisões políticas do passado, nunca são capazes de dar conta da totalidade das práticas sociais, pois haverá casos em que nenhuma lei ou jurisprudência existirá para a pronta solução do caso. E o Judiciário, ainda assim, deverá dar uma resposta. Numa visão positivista, esses casos difíceis são resolvidos pelo juiz com o exercício de um poder discricionário, no sentido forte do termo, a fim de criar um direito novo. Os juízes, não encontrando regras no sistema jurídico para resolver certo caso, são obrigados a buscar a decisão fora do Direito. Não lhes restaria alternativa senão fazer uso de um poder discricionário em sentido forte para criar direito novo, ou seja, direito que não existia até então e, portanto, não pertencia a qualquer uma das partes (DWORKIN, 2002, p. 27-34). Implica dizer que a decisão a ser tomada não será controlada pela autoridade superior.

Em resumo, “o positivismo jurídico fornece uma teoria dos casos difíceis. Quando uma ação judicial específica não pode ser submetida a uma regra de direito clara, estabelecida de antemão por alguma instituição, o juiz tem, segundo tal teoria, o ‘poder discricionário’ para decidir o caso de uma maneira ou de outra” (DWORKIN, 2011, 127). Isso sem falar da interpretação autêntica de que fala Kelsen, quando o Juiz se vê diante de uma controvérsia empírica ou semântica, com mais de uma possibilidade de resposta, devendo eleger qual delas aplicará para o caso concreto.

É apenas aparente a ideia de que no positivismo as decisões políticas do passado tem maior peso na decisão, pois nos casos difíceis o juiz deve criar direito novo: direito consubstanciado em decisões que não foram publicadas no passado. E esse modo de se relacionar o tempo, passado, presente e futuro, com a força que legitima a coerção estatal pelo Direito, sofreu severas críticas de Ronald Dworkin, as quais serão expostas no decorrer deste texto. Por enquanto, basta assentar o argumento de que, também no positivismo, o juiz tem margem criativa do Direito, quando o interpreta e quando o aplica.

Contra o positivismo jurídico, Ronald Dworkin desenvolveu várias críticas, mas uma se destaca para os fins do presente trabalho. A primeira delas foi dirigida contra a tese da existência de apenas regras como fontes do Direito. Negou que as regras que compõem o sistema jurídico possam ser deduzidas de uma regra superior de reconhecimento que o delimita enquanto conjunto normativo fechado. Defendeu o autor que, além das regras, qualquer sistema jurídico contém também outros enunciados indóceis a qualquer teste de reconhecimento do tipo proposto pelo positivismo, quais sejam, os princípios.

Esses enunciados abarcam conceitos morais amplos, que atravessam a totalidade do sistema e lhe dão um nível de coerência mais profundo do que a mera sobreposição de regras. Daí diz que, pelo fato do Direito ter em seu corpo, além das regras, princípios, termina por ser impossível a verificação empírica do pertencimento, de modo que apenas a interpretação mesma desse ordenamento jurídico seria capaz de estipular tal inclusão.

Os princípios “são normas que ordenam que algo seja realizado em uma medida tão alta quanto possível relativamente às possibilidades fáticas e jurídicas. Princípios são, por conseguinte, mandamentos de otimização” (ALEXY, 2011, 64). Os princípios caracterizam-se por permitirem o cumprimento em graus diferentes, a depender das condições fáticas e jurídicas. Quando se fala em princípios, já não é mais possível a fórmula “tudo” ou “nada”, como nas regras, pois admitem graus diversos de cumprimento, entre um extremo e outro. Mas o objetivo será sempre buscar a aplicação do princípio na maior medida possível, pois são “mandamentos de otimização”.

Os princípios, como o da igualdade, a impossibilidade de beneficiar-se com a própria torpeza, da presunção de inocência, etc., podem inclusive negar a validade de regras a eles contrapostas, mesmo que sejam regras explicitadas através de procedimentos formais reconhecidos de produção do direito. Igualmente também poderiam exigir o reconhecimento de regras não explicitadas em tais procedimentos, mas responsáveis por uma mais justa concretização desses mesmos enunciados morais abstratos. O princípio, portanto, pode orientar a negação de uma regra, como suprir uma lacuna no sistema de regras. E ser for considerado o princípio como norma, a conclusão é que tem aplicabilidade para a resolução de controvérsias, sendo aplicado para superar regras ou para dispor onde elas são omissas.

Para Dworkin os casos difíceis seriam aqueles “em que nenhuma regra estabelecida dita uma decisão em qualquer direção” (DWORKIN, 2011, p. 131). Nesses casos, em que não há uma solução pronta, posta e acabada, explícita, no arcabouço legislativo, consubstanciada em decisões políticas pretéritas, o jurista deve procurar a solução no próprio ordenamento jurídico, interpretando-o de modo a nele encontrar o princípio capaz de solucionar o caso. As decisões políticas do passado não são desprezadas para fundamentar a decisão, ou seja, para legitimar o uso da coerção estatal. Por isso a aplicação dessa teoria leva a um resultado prático interessante para a democracia, já que conduz ao respeito às decisões políticas do passado e, por consequência, em maior possibilidade de controle ao julgador.

E o argumento utilizado por Dworkin é justamente a coerência, no sentido de que o Estado deve tratar seus cidadãos de forma igual, a fim de que iguais casos tenham a mesma

solução. As decisões do presente devem guardar coerência com as decisões políticas anteriores, ainda que se trate de um novo caso (mas com iguais questões a serem decididas), pois agir desse modo é agir com coerência. E os princípios fazem esse papel na teoria do Direito de Dworkin, de modo a inspirar decisões coerentes com o sistema de princípios nos casos difíceis.

Esse jurista monta o arcabouço de sua teoria imaginando um sistema jurídico como um romance, escrito por muitos e em tempos diferentes. Cada novo escritor deverá seguir com a obra de onde ela parou, sem perder de vista sua estrutura, a história já contada, esforçando-se para manter a coerência, dando mais um passo na história, para que outro possa seguir dali em diante. A cada caso a decisão deve ser construída de modo a manter a integridade do Direito, sua coerência, daí sua teoria ser conhecida como “teoria do Direito como integridade”. Casos fundados nos mesmos pressupostos fáticos, mesmas provas, mesmas questões pendentes de apreciação, demandam igual solução, pois o contrário seria quebrar a estrutura lógica do Direito (DWORKIN, 2011).

Argumenta Dworkin que em cada caso homenageia-se um princípio. É tarefa do aplicador encontrar o princípio regente daquela controvérsia, a orientar a tomada da decisão. Tome-se o exemplo de uma decisão quanto à obrigatoriedade dos pais indenizarem um terceiro, vítima do filho, que dirigia com 10 anos de idade em pleno trânsito urbano e passava por um semáforo com a luz vermelha acesa, causando um atropelamento. A solução desse caso implicará na revelação de um princípio, se acaso não houvesse no sistema jurídico regra expressa que estivesse em conformidade com o sistema de princípios. No caso: decide-se que os pais são responsáveis pela indenização de danos causados por seus filhos menores. A decisão que condena os pais será inspirada nesse princípio, ainda que a ele não faça referência expressa. Casos futuros deverão ser orientados por esse princípio, cuja recusa de aplicação somente se justificaria diante de situações particulares, a demonstrar que o novo caso é diferente do antigo. No novo caso outro princípio será eleito, que novamente guiará casos análogos. Voltando ao exemplo, sendo esse o princípio, os pais devem ser condenados a indenizarem vítimas dos seus filhos, ainda que o dano seja causado de outro modo, se os filhos jogarem ácido nos colegas, se atirarem por acidente com uma arma e machucarem seus amigos, se praticarem *bullying*, etc. Mas situações diferentes demandam outras decisões, pois os pais não devem ser condenados criminalmente, cumprirem pena de prisão por crimes praticados por seus filhos menores. Aqui outra solução deverá ser encontrada, resultante da aplicação de outro princípio.

E o que chama a atenção na teoria de Dworkin é a relação que estabelece entre passado, presente e futuro, à vista da coerção do Direito. As decisões políticas do passado são homenageadas de modo a manter íntegra a democracia. Admite a tomada de decisões diversas das do passado, em casos iguais, se a novel interpretação do ordenamento jurídico orientar o aplicador do Direito para uma nova solução, que mais se adequa ao sistema de princípios. Vale dizer que, à vista de circunstâncias outras, novas, ignoradas ou inexistentes ao tempo da decisão anterior, ou mesmo diante de melhor interpretação do sistema de princípios, a decisão poderá ser mudada, desde que se argumente que a nova decisão guarda mais coerência com o ordenamento jurídico. Com isso também admite a ligação do presente com o futuro, pois na novel decisão o jurista não despreza que sua decisão produzirá efeitos para ao futuro e com isso se preocupa.

Ocorre que o olho para o presente e para o futuro não é feito de forma a desprezar o passado, mas, ao contrário, analisando-se as decisões do passado, buscando nele sua coerência, focando o presente, o aplicador do Direito deve encontrar a melhor resposta para os casos difíceis. Escrever o próximo passo do romance, de modo a manter sua coerência. Não se olha apenas para o presente e para o futuro, como no pragmatismo, onde o foco é a utilidade da decisão para o amanhã. No pragmatismo a referência ao passado é feita de forma apenas estratégica, havendo preponderância total da orientação para o futuro. Nas palavras de Eisenberg e Pogrebinschi (2002, p.114):

A postulação de que se mantenha a consistência com a história é justamente o ponto de maior embate entre o pensamento de Dworkin e o dos pragmatistas. Com efeito, estes rejeitam a consistência – e com ela a integridade – como uma restrição ou constrangimento à atividade judicativa, já que o juiz pragmatista decide de acordo com as consequências que o seu julgamento pode acarretar. Ele não tem o dever de olhar para o passado, para a história, e só o faria estrategicamente: ao tomar uma decisão tendo em vista as necessidades sociais presentes e futuras, busca certa consistência com o passado não como um fim em si, mas como um meio de atingir os melhores resultados, de formar a melhor decisão.

Nas palavras de Posner (1998, p. 237): “um juiz pragmatista sempre tenta fazer o melhor possível para o presente e futuro, sem sentir qualquer obrigação de assegurar uma consistência em princípio com o que outros funcionários do governo fizeram no passado”. Os juízes pragmatistas detêm prioridades outras: o que eles têm em mente quando decidem são as necessidades do presente e do futuro. Sob essa ótica, as decisões políticas do passado podem ser encaradas como depositárias de sabedoria que os auxiliam em tal decisão, mas não pode representar um obstáculo a essa decisão melhor para o futuro pelo simples motivo de manter a

coerência com o passado como um fim em si mesmo (POSNER, 1998, p. 238). Para o pragmatismo, mas do que olhar as leis ou precedentes judiciais, o juiz deve decidir com base na justiça e na eficiência. O uso da coerção, nessa teoria, não pode ser justificado pelo passado ou pela simples coerência, pois, segundo dizem seus defensores, independentemente de qualquer lei ou precedente judicial, ninguém pode ter direito àquilo que seria pior para a comunidade (MACHADO, 2008). Segundo a crítica de Dworkin o

pragmatismo não exclui nenhuma teoria sobre o que torna uma comunidade melhor. Mas também não leva a sério as pretensões juridicamente tuteladas. Rejeita aquilo que outras concepções do direito aceitam: que as pessoas podem claramente ter direitos, que prevalecem sobre aquilo que, de outra forma, asseguraria o melhor futuro à sociedade. Segundo o pragmatismo, aquilo que chamamos de direitos atribuídos a uma pessoa são apenas os auxiliares do melhor futuro: são instrumentos que construímos para esse fim, e não possuem força ou fundamento independentes (2003, p. 195).

Além disso, Dworkin (2003) opõe ao pragmatismo o fato de que, neste, o direito de alguém nasce no momento mesmo da decisão judicial, o que aumenta sobremaneira o leque de possibilidades quando da decisão judicial. Assim, os seus adeptos deverão concordar que a aplicação de sua teoria acarreta o aumento da discricionariedade judicial, uma discricionariedade em sentido forte, argumenta. Certamente que, na busca da melhor decisão para o futuro, sem vínculos efetivos com as decisões políticas tomadas no passado, um leque de possibilidades se abrirá ao julgador, todas igualmente justificáveis consoante o fim que se deseja privilegiar com a decisão.

Até agora o argumento aqui defendido, segundo o qual o juiz mantém certa margem criativa quando decide um caso difícil continua válido. No positivismo jurídico e no pragmatismo tal aspecto restou claro, ainda mais evidente para os seguidores do pragmatismo. Ocorre que Ronald Dworkin, com sua teoria do “Direito como integridade”, inicialmente defendeu a existência de uma única resposta correta para os casos difíceis, tese que, se sustentada, derruba as pretensões da presente pesquisa. Ressalva-se que ao final Dworkin culminou por reconhecer que a formação moral e política dos juízes interferem na decisão judicial, de modo que mais de uma decisão seria admitida para um caso difícil, eventualmente.

A teoria do direito como integridade de Ronald Dworkin é desenhada de modo a dar instrumentos para os julgadores tomarem decisões, segundo diz, usando sempre argumentos de princípios e não políticos. Defende esse teórico que o julgador deverá sempre encontrar qual princípio melhor se adequa para a solução de um caso difícil, evitando tomar decisões

políticas. A decisão deverá ser aquela que o sistema de Direito informa como a melhor para aquele caso, sem se cogitar qual é a melhor decisão para a coletividade. Argumentos políticos, por outro lado, fundam-se num espectro de opções maior, com menor limitação, sendo próprios dos demais poderes. Com isso, a decisão política pode ser explicada por outras infinitas variáveis. O argumento político vale-se de um discurso que busca alcançar um determinado fim. O argumento de princípio, de Dworkin, não, quer manter a integridade do direito, tomando a decisão que o sistema de princípios dita para aquele caso em particular, à vista das leis, dos casos decididos anteriormente, mantendo-se a coerência. O argumento do julgador deve ser de princípio, não político, sustenta. E vai além, chegou a sustentar de início que em cada caso difícil há apenas uma resposta correta, capaz de manter a integridade do Direito.

Para se chegar a essa única resposta correta Dworkin sustenta que a tarefa de resolver casos difíceis envolve duas dimensões. A primeira dimensão é chamada de adequação ou de encaixe, oportunidade em que o intérprete pode encontrar várias continuações possíveis para o romance, todas igualmente adequadas ao texto desenvolvido até então. Aqui é necessário que a interpretação do romance faça o texto fluir do conjunto anterior para o conjunto posterior que virá a se formar sob o acréscimo do texto fruto dessa interpretação. Segundo diz, nessa dimensão não se exige o ajuste a cada linha do texto interpretado. Permite, ao contrário, que se interprete algumas partes do romance como meramente incidentais ou até mesmo como equívocos, quando tomadas perante seu conjunto. Entretanto, exigirá da interpretação um poder explicativo geral, pois, caso contrário constituir-se-á numa interpretação mal sucedida, ao deixar sem explicação algum aspecto estrutural importante do texto (DWORKIN, 2003, p. 276-277).

Já a segunda dimensão exige do intérprete que julgue qual dessas leituras possíveis melhor se ajusta à obra em desenvolvimento, depois de considerados todos os aspectos da questão. Essa é a dimensão da justificação ou da melhor luz, onde entrarão em jugo os juízos estéticos mais profundos do intérprete, sobre a importância, o discernimento, o realismo ou a beleza das diferentes ideias que se poderia esperar que o romance expressasse (DWORKIN, 2003, p. 278).

Analisando-se a teoria do “Direito como integridade” de Dworkin, é possível dizer que o operador do Direito, em comparação com o romancista, não tem a liberdade de quem escreve o texto desde o início, mas não está preso como aquele que simplesmente faz uma tradução de um texto de uma língua para outra. Nem total liberdade, nem coação absoluta.

Com isso, o juiz que escreve o romance não conhece a distinção entre criar o direito e simplesmente aplicá-lo. Sua tarefa é ao mesmo tempo as duas coisas e nenhuma delas.

Visto desse modo, nos casos difíceis a solução não viria de um poder discricionário do juiz, como no positivismo e no pragmatismo, mas sim da análise pormenorizada da legislação e dos precedentes judiciais. Neles deve encontrar os princípios que servem de fundamento para a decisão. Dá-se continuidade à obra política e jurídica iniciada e em curso. A atividade criativa do juiz não estaria vinculada à eficiência ou à justiça, tomadas de forma abstrata, mas sim à adequação de regras a princípios, em busca de um aperfeiçoamento normativo, em busca dos objetivos da comunidade. O uso da coerção encontra justificativa, assim, na própria comunidade, pois a decisão deverá refletir aquilo que ela valoriza, não no seu passado ou futuro, mas no que dá sentido à sua existência.

Para avançar na sua argumentação da única resposta correta para os casos difíceis Dworkin lança mão de outra metáfora. Desta feita idealiza o juiz Hércules, capaz de ilustrar a atividade judicial tal como a caracterizou até então (DWORKIN, 2002, p. 165). Esse juiz seria dotado efetivamente de poderes hercúleos e agraciado com todo o tempo que requisitar para tomar decisões. Hércules é capaz de analisar em totalidade o conjunto de leis e os precedentes judiciais do ordenamento jurídico em que opera e, com isso, capaz de dele extrair os princípios que lhe são subjacentes e, com base nesses dados, faz o seus julgamentos em direção à melhor concretização possível dos princípios que a comunidade escolheu como sua substância moral básica, utilizando-se, para tanto, das dimensões do encaixe ou da adequação e da justificação.

Obviamente que Dworkin não está sustentando que os juízes são seres sobrenaturais. Recorre à metáfora para informar didaticamente como é a labuta ordinária dos juízes, mas com suas limitações de tempo e capacidades. O empreendimento coletivo, consubstanciado no julgamento de milhões de juízes de milhares de casos, aproxima-se da magnitude do personagem mítico Hércules. Nesse ponto, esclareceu Dworkin, Hércules conhece a estrutura completa da rede, as decisões políticas do passado. É capaz de dela extrair todos os seus princípios subjacentes. Enfim, conhece o sistema jurídico da comunidade. Tendo esse material em mãos, ele é capaz de localizar, dentro dele, o exato local em que se encaixa o caso concreto que esteja sob seu julgamento. Como consequência, é capaz de explorar todas as possíveis respostas e respectivas justificações para o caso. Os juízes de fato, pelo contrário, fazem o caminho inverso, ou seja, partem dos casos concretos e encontra o ponto onde está

localizado no sistema jurídico. A partir daí reconstrói o caminho até o ponto que julga mais adequada e compõe a resposta (DWORKIN, 2006b, p. 54).

E Dworkin acrescenta (2002, p.549):

Disse que Hércules, que tem habilidades sobre-humanas e, por isso, trabalha rapidamente, poderia preparar de antemão toda uma teoria política, ricamente detalhada, com a qual poderia então enfrentar casos específicos difíceis. Não foi minha intenção sugerir que os juízes mais comuns de fato fazem a mesma coisa, embora desempenhem suas funções até onde o uso completo de suas habilidades e de seu tempo mais limitados lhe permitem. Foi minha intenção, no entanto, dizer que fazem parcelas bem pequenas do mesmo trabalho, como e quando a ocasião assim requer, de modo que não produzem uma teoria geral, mas, na melhor das hipóteses, pequenos trechos de uma teoria geral ou, como sem dúvida freqüentemente ocorre, trechos de teorias diferentes. Mesma fazendo isso, baseiam-se não em um estudo filosófico formal, mas em idéias intuitivas do que um sistema mais geral justificaria, feitas mais articuladas pela experiência de defender suas intuições diante de casos reais e hipotéticos proporcionados pela prática. (sic)

E com base nesses argumentos Dworkin insiste que sempre há, para os casos jurídicos, fáceis ou difíceis, uma única resposta correta. O juiz Hércules acaba servindo para ilustrar sua ideia de que a atividade judicial é um procedimento de busca dessa resposta correta, mesmo nos casos difíceis. E argumentou que a tese da única resposta correta é em sentido forte, ou seja, a única resposta possível de ser encontrada após a análise dos princípios da comunidade. Não seria uma tese em sentido fraco, aquela que determinada pessoa pensa ser a correta. Enfim, Dworkin não se limita à tese subjetiva da resposta correta, isto é, da ideia de que os operadores do Direito atuam considerando a solução que parcialmente defendem como a correta, argumentando que ela se coaduna com o ordenamento jurídico, em detrimento de alegações adversárias (DWORKIN, 2002, p. 430-446).

Defende o autor que num ordenamento jurídico complexo, como o inglês e o norte-americano, seria muito difícil um caso de “empate” entre duas pretensões jurídicas. Se de fato o jurista encontrasse apenas uma resposta correta após a análise do ordenamento jurídico, seguindo-se as dimensões de adequação ou de encaixe e da justificação, insofismável concluir que o poder criativo do juiz seria menor. Se assim fosse, a pesquisa deveria ser dirigida para outro rumo: saber se os juízes têm encontrado ou não tal única resposta correta. O esforço de pesquisa deveria ser direcionado para outro rumo: analisar se os juízes tem cumprido bem seu papel de encontrar a única resposta correta para os casos submetidos à sua apreciação e procurar encontrar quais seriam as variáveis que os levam ao desvio. Entretanto, não se concorda com a tese da única resposta de Dworkin, não com aquela em sentido forte. Pensa-se que a tese da única resposta correta de Dworkin pode no máximo ser aceita como em sentido

fraco, ou seja, aquela que determinado operador do Direito pensa ser a solução para o caso, podendo-se vislumbrar mais de uma solução para cada caso, cada uma defendida por um intérprete ou por um conjunto de intérpretes.

Em primeiro plano, conforme defendeu Igor Suzano Machado (2007), acredita-se que quanto mais complexo for o ordenamento jurídico, mais difícil é encontrar uma única resposta correta para os casos difíceis. Um sistema jurídico simples, com poucas leis, sem que cada enunciado tenha exceções, ou mesmo que tenha, apresente poucas, mais fácil será encontrar a única resposta correta, até porque tal ordenamento jurídico terá poucas respostas a oferecer. Um sistema jurídico simples, que prevê a pena de morte para quem pratica um homicídio, que entrega à família da vítima o direito de matar o assassino, baseado na Lei de Talião, olho por olho, dente por dente, terá poucas respostas possíveis para cada caso. Fácil será encontrar a resposta correta. Já num sistema complexo encontrar a única resposta correta é mais difícil. Veja o exemplo de um sistema que prevê a pena de morte, mas admite a legítima defesa, o estado de necessidade, o exercício regular de direito; que distingue situações de morte causada por acidente ou culpa daquelas em que a morte era desejada pelo homicida; um sistema que conheça o dolo eventual, ou seja, quando somente se assumiu o risco de matar, sem querer diretamente tal morte, um sistema que disciplina o aborto e o proíbe, etc. Nesse sistema já não será fácil encontrar uma única resposta possível para o caso de aborto anencefálico, ou para o caso em que um caminhão do Corpo de Bombeiros atropela acidentalmente uma pessoa quando saia para o socorro de alguém, com as cautelas próprias para a ocorrência resguardadas pelo seu condutor. O argumento de Dworkin, no sentido de que sistemas complexos dificilmente admitiriam casos de “empate”, pois sempre ofereceriam uma única resposta correta, em sentido forte, para os casos difíceis, é falho (MACHADO, 2007).

Em segundo plano, conforme Igor Suzano Machado (2007), pode-se dizer que mesmo seguindo-se a técnica proposta por Dworkin, da adequação e da justificação, nos casos difíceis a escolha entre uma das opções possíveis para seguir o romance em cadeia, a ser proposta pelo juiz Hércules, não passa de mais uma das possíveis respostas. Para concretizar esse argumento, informa-se que o próprio Dworkin analisou várias decisões da Corte Americana. Uma chama a atenção. O caso *Snail Darter*, um peixe ameaçado de extinção caso fosse autorizada judicialmente a construção de uma usina hidroelétrica. O caso chegou à Corte Suprema, que deveria decidir se barrava a continuidade da construção da barragem para salvar o peixe, ou se permitia sua extinção, já que estudos davam conta de que a extinção do peixe

não causaria qualquer impacto ambiental. A Corte Americana decidiu impedir a construção da barragem, mas o juiz Hércules, na análise de Dworkin, chegaria a outra resposta, no sentido de que a decisão da corte foi equivocada. Isso, por si só, demonstra a falha da única resposta correta, em sentido forte, de Dworkin, pois intérpretes diversos do Direito chegaram a respostas diversas¹⁰.

É claro que o paradigma de análise, da Corte analisada e do analista, pode alterar. E altera conforme as circunstâncias de tempo e local, mas também altera dentro de um mesmo tempo e local, conforme o próprio Dworkin veio a reconhecer, já que as convicções morais e políticas dos juízes desempenham um papel importante na decisão, dentre outras variáveis. Se o paradigma para uma decisão pode variar, num mesmo contexto de tempo e lugar, então é crível dizer que a tese da única resposta correta admissível seja mesmo aquela em sentido fraco.

Dworkin, em seus escritos mais recentes, deixou de fazer referência à tese da quase impossibilidade de empate entre duas pretensões jurídicas antagônicas. Tem chamado cada vez mais atenção para como juízes diferentes chegarão a respostas diferentes para um mesmo caso jurídico. Assim, a tese da resposta correta que parece perdurar na teoria dworkiniana é a versão mais fraca dessa tese (MACHADO, 2007).

Nesse sentido, cita-se a obra “O direito da liberdade: a leitura moral da Constituição norte-americana”, onde Dworkin escreveu:

Afirma-se que os resultados que derivo da leitura moral nos casos constitucionais particulares coincidem magicamente com minhas preferências políticas pessoais. Como disse um comentador, meus argumentos sempre parecem ter um final feliz. Ou pelo menos um final liberal – meus argumentos tendem a ratificar as decisões da Suprema Corte que são geralmente consideradas decisões liberais e a rejeitar como errôneas aquelas que são geralmente vistas como conservadoras. Isso pode parecer suspeito, pois costumo insistir na idéia de que direito e moral são duas coisas diferentes e que a integridade jurídica muitas vezes impede um jurista de encontrar o direito onde ele gostaria de encontrá-lo. Nesse caso, por que a Constituição norte-americana, segundo meu suposto entendimento, é um triunfo tão uniforme do pensamento liberal contemporâneo? (sic) (DWORKIN, 2006a, p. 55).

Percebe-se da leitura desse livro que Dworkin quedou reconhecendo que suas opiniões constitucionais eram sim influenciadas por suas convicções políticas. Do mesmo modo ocorreria com as opiniões dos juristas mais conservadores e mais radicais. Veja:

¹⁰ A análise do caso feita por Dworkin pode ser encontrada na seguinte obra: DWORKIN, Ronald. O Império do Direito. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

Não só admito como afirmo categoricamente que as opiniões constitucionais são sensíveis às convicções políticas. Se não fossem, como eu já disse, não poderíamos classificar os juristas como conservadores, moderados, liberais ou radicais, nem mesmo aproximadamente como fazemos hoje. O que queremos saber, antes, é se essa influência é indevida. A política constitucional tem sido atrapalhada e corrompida pela idéia falsa de que os juízes (se não fossem tão sedentos de poder) poderiam usar estratégias de interpretação constitucional politicamente neutras. Os juízes que fazem eco dessa idéia falsa procuram ocultar até de si próprios a inevitável influência de suas próprias convicções, e o que resulta daí é uma suntuosa mendacidade. Os motivos reais das decisões ficam ocultos tanto de uma legítima inspeção pública quanto de um utilíssimo debate público. Já a leitura moral [que Dworkin sugere como conseqüência da aplicação de sua metodologia interpretativa de aplicação do direito, quando estão em jogo princípios morais abstratos, como a liberdade e a igualdade] prega coisa diferente. Ela explica por que a fidelidade à Constituição e ao direito exige que os juízes façam juízos atuais de moralidade política e encoraja assim a franca demonstração das verdadeiras bases desses juízos, na esperança de que os juízes elaborem argumentos mais sinceros, fundamentados em princípios, que permitam ao público participar da discussão. (sic)

Em outra passagem:

Por isso, é claro que a leitura moral encoraja juristas e juízes a interpretar uma constituição abstrata à luz de sua concepção de justiça. De que outro modo poderiam responder às perguntas morais que essa constituição abstrata lhes dirige? Se uma teoria constitucional reflete determinada postura moral, isso não é motivo nem de surpresa, nem de ridículo, nem de suspeita. Seria uma surpresa – e seria ridículo – se não refletisse (DWORKIN, 2006a, p. 57).

Chama a atenção o seguinte trecho da obra, onde Dworkin reconheceu que:

É claro que juízes diferentes vão chegar a conclusões muito diferentes acerca de quais são os princípios que proporcionam a melhor interpretação da Constituição, e, como simplesmente não existe um ponto de vista neutro a partir do qual se possa provar qual é o lado que tem razão, cada juiz deve, no fim, apoiar-se em suas próprias convicções a respeito de qual é o melhor argumento. Mas essa é uma característica inevitável de um sistema político como o nosso, que concebe a sua Constituição como uma carta de princípios e não como uma coletânea de afirmações políticas distintas e particulares (DWORKIN, 2006a, p.85).

Outro trecho da obra mostra a mudança de posição de Dworkin, agora no sentido de que a tese da única resposta correta é aquela em sentido fraco. Veja:

Como todos os demais juízes, os juízes que estão na Suprema Corte sempre têm de curvar-se perante a integridade do direito, o que significa que, por mais que sejam pessoalmente comprometidos com certos princípios morais, não podem fazer uso de princípios que não possam ser apresentados como coerentes com a história geral das decisões passadas da Suprema Corte e a estrutura geral da prática política norte-americana. Porém, não é incomum que princípios políticos radicalmente diferentes, dos quais se deduzem, numa determinada causa, resultados também muito diferentes, possam ser apresentados como coerentes com as decisões do passado; nesse caso, os juízes não têm escolha: têm de simplesmente decidir por si mesmos o que preferem, baseando-se em sua moralidade política geral (DWORKIN, 2006a, p.510).

Desse modo, conclui-se que, a exemplo do positivismo e do pragmatismo, a teoria do Direito como integridade de Ronald Dworkin não desmente o argumento deste texto, no sentido de que os juízes, quando decidem, tem uma margem criativa, mas forte ou mais fraca conforme o paradigma que segue. Variáveis importantes, como o tempo, o lugar, as convicções pessoais, morais e políticas, podem interferir na decisão judicial. Sendo assim, tendo desmitificado a teoria da única resposta correta para cada caso difícil, no sentido forte do termo, o que se extrai de tudo isso é que a pesquisa pode ser realizada. Mais ainda, a teoria de Dworkin serve como referencial teórico para pesquisas que buscam compreender para quem e como os juízes tem decidido, ou seja, que investigam o conteúdo da decisão judicial, mesma conclusão a que chegou Igor Suzano Machado (2007).

Mas antes de começar a relatar os achados da pesquisa, pertinente é explorar a teoria de outro autor pós-positivista, muito citado por juristas brasileiros, responsável pela idealização de um princípio chamado “princípio da proporcionalidade”, que adentrou em mais de uma oportunidade na justificação de uma decisão do STF e do TSE. Conforme se verá, também sob a aplicação desse paradigma não se pode falar de uma única resposta correta para cada caso difícil, permanecendo íntegro o argumento até agora sustentado, no sentido de que inúmeras variáveis podem interferir na constituição de uma decisão judicial.

1.3. Robert Alexy e o princípio da proporcionalidade¹¹

Dworkin defende a aplicação de princípios, mas outra problemática jurídica é a sua aplicação, já que elevados à condição de normas jurídicas pela corrente teórica pós-positivista. Ocorre que há situações em que estão em colisão, cabendo ao aplicador do Direito resolver o confronto, quando então possibilidades de solução são abertas. É o caso, por exemplo, da liberdade em choque com a segurança pública; a defesa do meio ambiente em choque com a propriedade; a coisa julgada em confronto com os direitos políticos. Robert Alexy, outro expoente pós-positivista, desenvolveu engenhosa teoria visando encontrar uma racionalidade nesse embate.

¹¹ As ideias aqui desenvolvidas já foram publicadas pelo autor. Vide as seguintes referências: a) MOREIRA, José Roberto. **Alexy e sua fórmula para resolver o conflito na aplicação do Direito**. Em: <<http://www.casadenoticias.com.br/noticias/3044>>. Acesso em: 24 de dezembro 2011a; e b) MOREIRA, José Roberto. **Na aplicação do Direito há conflito?** Em: < <http://www.casadenoticias.com.br/noticias/2943>>. Acesso em: 24 de dezembro 2011b.

Encontrar o grau adequado do cumprimento de um princípio motivou a pesquisa de Robert Alexy. Tendo em conta que chegar ao julgamento adequado no conflito entre princípios não é tarefa fácil, casos desse naipe são qualificados como *hard cases*. Esse jurista tinha consciência de que nem sempre é possível aplicar um princípio na maior medida, já que pode estar limitado faticamente ou também por regras e/ou princípios em sentido contrário (limitado juridicamente). A técnica decisória não representa mais o exercício da subsunção, mas o da ponderação. A aplicação de um princípio mais amplo, chamado por Alexy como “princípio da proporcionalidade”, norteia essa ponderação, que representa uma técnica para a solução de casos difíceis quando a problemática envolve a colisão de princípios.

Passa-se a expor essa problemática sob a ótica da teoria pós-positivista de Robert Alexy. Para melhor entendimento dessa questão, cita-se um exemplo: o § 9º do artigo 14 da Constituição Brasileira, com a redação da emenda de revisão nº 4, que assim determina:

Lei Complementar estabelecerá outros casos de inelegibilidade e os prazos de sua cessação, a fim de proteger a probidade administrativa, a moralidade para o exercício do mandato, considerada a vida pregressa do candidato, e a normalidade e legitimidade das eleições contra a influência do poder econômico ou o abuso do exercício de função, cargo ou emprego na administração direta ou indireta (BRASIL, 1994).

Nesse dispositivo fica clara a existência de um valor constitucional, que é entregar um cargo elegível a uma pessoa que não venha a pôr em risco a probidade administrativa e a moralidade para o exercício do mandato, considerada a sua vida pregressa. A mesma Constituição Federal de 1988, entretanto, em seu artigo 5º, inciso LVII, prevê como direito fundamental a presunção de inocência de uma pessoa até o trânsito em julgado de uma condenação, quando determina que “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória” (BRASIL, 1988). O mesmo texto constitucional manda proteger a probidade administrativa e a moralidade para o exercício do mandato através da análise da vida pregressa de uma pessoa. Porém, noutro momento afirma que ninguém deve ser considerado culpado até o trânsito em julgado de uma decisão. A linguagem jurídica informa que os dois mandamentos devem ser observados. O que fazer? Recusar a candidatura a cargos eletivos a quem foi condenado, mas cuja condenação ainda caiba recurso? (MOREIRA, 2011b).

Impedir alguém condenado definitivamente¹² de candidatar-se a um cargo eletivo é fácil, basta aplicar a própria Constituição Federal, que, em seu artigo 15, II, diz que aqueles

¹² Significa condenação com trânsito em julgado.

com condenação criminal transitada em julgado, enquanto durarem seus efeitos, não gozam dos direitos políticos e portanto não podem se candidatar (BRASIL, 1988). Há uma regra publicada para resolver o caso, sendo bastante fazer a subsunção. Por outro lado, proibir um condenado com sentença ainda não transitada em julgado já é difícil, pois há choques de princípios (MOREIRA, 2011b). Aqui se está diante de casos difíceis. Casos difíceis, portanto, para os fins deste trabalho, são também aqueles onde há choques entre princípios e onde não há uma regra já publicada pelo Legislativo para resolvê-lo, regra esta eventualmente já declarada constitucional pela Corte. Mesmo à vista de uma regra o caso eventualmente pode ser considerado difícil se sua análise voltar-se para a questão da constitucionalidade, para que seja analisado se está ou não conforme o arcabouço constitucional de princípios, e desde que não exista uma norma constitucional expressa, a amparar tal regra.

Nos casos difíceis, sob a ótica de Alexy, o julgador está diante de uma importante controvérsia a respeito de princípios. No caso do exemplo, dar ênfase ao valor que manda proteger a probidade administrativa e a moralidade no exercício do mandato, sacrificando-se o outro, a decisão será no sentido de que o condenado, mas com possibilidade de recurso, não pode ser candidato. Por outro lado, se a opção for dar grande valor ao princípio da presunção de inocência até o trânsito em julgado de uma sentença condenatória, a solução será exatamente em sentido inverso: a candidatura será autorizada, pois ainda é possível a prova da inocência.

A preocupação de Alexy centralizou-se na resolução de um conflito de princípios. O iluminismo e a sua racionalidade, Max Weber e da sua ação racional, em algum momento inspiraram a necessidade do Direito de dar respostas racionais às questões. Assim, a decisão não poderia ser outra: no conflito entre princípios a decisão deverá ser racional. É o que prega a teoria hegemônica pós-positivista do Direito. O discurso judicial, portanto, necessita mostrar essa racionalidade na solução de casos onde há conflito de princípios.

Comumente nesses casos há uma margem decisória, um leque, alternativas de decisão. Mais de uma solução costuma se apresentar, todas capazes de serem racionalmente fundamentadas. Mas quem fará essa escolha? Seria atribuição do Legislativo? Se o Judiciário fizer usurpará as funções do legislativo e da própria soberania popular, conforme a concepção clássica da divisão de poderes?

E a questão é ainda mais complexa, pois quem decidirá que o caso é de choque entre princípios? Quem decidirá se o caso comporta decisão pelo Judiciário ou pelo Legislativo? O Juiz deverá dizer, pois o Judiciário é o senhor de sua competência. Tendo em conta que a

visão positivista clássica foi abandonada pelo STF, que atualmente resolve esses casos inspirados pelo pós-positivismo, o próprio Judiciário enfrentará a questão e dará o veredicto.

O Judiciário pode entender que o choque não é intenso, dizendo que há uma ligeira vantagem de um princípio sobre o outro. A solução seria então aquela mais próxima do princípio preponderante. Mas, ainda assim, pode-se objetar: é possível sacrificar totalmente o princípio menor? E se não for preciso ir tão longe? Ainda assim pode-se anulá-lo? Como dizer que a solução encontrada foi adequada? (MOREIRA, 2011b). São questões que deverão ser enfrentadas pelo julgador. E aqui se abre margem para conflitos e, por consequência, para a criatividade do julgador.

Mas outros problemas são verificados nos casos onde um princípio tem preponderância. Pode-se objetar: é política a decisão judicial que resolve o conflito entre princípios? Caso se responda afirmativamente, não seria tarefa do legislador solucionar a questão? A escolha é jurídica, técnica, racional? Quais são os limites dessa racionalidade? São decisivos na escolha valores morais e políticos? E argumentos pragmáticos e éticos? Como saber se a escolha feita está de acordo com a vontade do soberano? (MOREIRA, 2011b).

Habermas (1992) opõe forte objeção à possibilidade de ponderação de princípios como fórmula de decisão em casos de conflitos de princípios.

Habermas e Schlink devem impugnar quando eles afirmam que a ponderação, “porque para isso faltam critérios racionais”, deve efetivar-se “ou arbitrariamente ou irrefletidamente, segundo modelos e ordens hierárquicos acostumados” ou quando eles dizem que nos “exames da proporcionalidade em sentido restrito ... em último lugar somente a subjetividade do examinador faz valer-se” e que as “operações de valoração e de ponderação do exame da proporcionalidade em sentido restrito ... em último lugar só decisionisticamente” podem “ser prestadas”. Eles devem impugnar que sentenças racionais sobre intensidades de intervenção e graus de importância são possíveis (ALEXY, 2011, p. 133).

Significa isso que na ponderação de princípios que estão em choque, em última instância a subjetividade do examinador será decisiva. Aquilo que o Juiz, Ministro, Promotor de Justiça, Advogado, Jurista pensa. E nessa decisão inúmeras variáveis interferem, como os valores do julgador, sua história de vida, sua formação, sua cultura, suas leituras, influências, sua constituição moral, preferência política, o local e o tempo da decisão, etc. Também a participação popular na base da pretensão sob julgamento pode ser uma dessas variáveis.

Seguindo Habermas, um “moralista” será contra a união homoafetiva (de homossexuais). Num conflito entre a “moralidade” pública, defendida por aqueles que pregam pela proibição dessa relação em defesa da família, inclusive por motivos religiosos, e a

liberdade de qualquer pessoa, livre para unir-se com quem quiser e não ter prejuízos com isso no rompimento da relação e nos casos de herança, o “moralista” sempre fará uma ponderação de princípios que conduzirá a decisão para a proibição da união homossexual. Outras pessoas, mais afetas a valores pós modernos, eventualmente conduzirão a decisão noutro sentido. Um amplo e contínuo movimento de homossexuais, que chega a apresentar um projeto de lei de iniciativa popular, provocando um intenso debate na esfera pública por meses seguidos, pode ser apto a sensibilizar um julgador mais afeto à democracia participativa, à participação popular. O fator decisivo no *hard case*, assim, é a subjetividade do tomador da decisão. Fica a dúvida: como controlar esse subjetivismo? (MOREIRA, 2011a)

Quando o Direito não dá expressamente a solução para um caso, num conflito entre princípios, o julgamento passa a depender mais da racionalidade de juízos de valor do tomador da decisão. Duas possibilidades são abertas: a) ou se impede o julgador de decidir e se entrega tal decisão para o legislador, que fará a escolha política para posterior aplicação pelo julgador através de simples subsunção; b) ou se deixa ao julgador fazer a ponderação, que vigorará para aquele caso ao menos até ulterior pronunciamento do legislativo. Pior, mudando-se o juiz, a decisão também pode ser mudada nos casos futuros. Conforme foi visto, nem mesmo a adoção da teoria do “direito como integridade” determina a reprodução da decisão anterior num caso futuro. É possível uma decisão diferente para um caso futuro igual, portanto (MOREIRA, 2011a).

Previsível que os juristas se insurgirão contra qualquer tese que sustentasse a impossibilidade de justificação racional numa decisão em um *hard case*. Nesse passo, contrapondo-se a Habermas, Robert Alexy sustenta a racionalidade de tal decisão e vai além, idealiza o princípio da proporcionalidade como critério racional de resolução desses casos. Vale-se da teoria do discurso e cria uma fórmula racional para resolver o conflito de princípios. Segundo esse jurista, sua fórmula pode ser aplicada a todos os casos onde há conflito entre princípios. Assim, sustenta a possibilidade de ponderação de princípios pelo aplicador do Direito, sem necessidade de socorro ao legislador (MOREIRA, 2011a). Conclui que sua teoria satisfaz desse modo os anseios da Democracia (ALEXY, 2011).

A fonte de inspiração de Alexy foi uma decisão do Tribunal Constitucional Alemão, o acórdão-Lüth, do ano de 1958. Lá foi desenvolvida uma tecnologia, uma racionalidade para a solução dessa espécie de conflitos. E o princípio da proporcionalidade tem servido de referência para a decisão de *hard cases*, pois justifica racionalmente uma escolha. Segundo o

jurista, afasta a arbitrariedade do julgador e com isso satisfaz a Democracia (MOREIRA, 2011a).

Para construir sua teoria, inicialmente Alexy discorre sobre a diferença entre regras e princípios. Com suas palavras, “regras são normas que ordenam, proíbem ou permitem algo definitivamente ou autorizam a algo definitivamente. Elas contêm um dever definitivo” (ALEXY, 2011, p. 37). As regras são aplicadas através da subsunção. Há casos em que as regras assumem uma forma categórica, mas em sua maioria impõe certas condições para a sua aplicação. Verificando-se as condições para a sua aplicação, ou fato que enseja sua aplicação categórica, a regras exigem rigorosamente que se cumpra o seu mandamento. As regras apresentam mandamentos de “tudo” ou “nada”. Já os princípios “são normas que ordenam que algo seja realizado em uma medida tão alta quanto possível relativamente às possibilidades fáticas e jurídicas. Princípios são, por conseguinte, mandamentos de otimização” (ALEXY, 2011, 64). Os princípios caracterizam-se por permitirem o cumprimento em graus diferentes, a depender das condições fáticas e jurídicas. Aqui não mais se fala em “tudo” ou “nada”, já que se admite graus diversos de cumprimento, embora o objetivo seja sempre buscar a aplicação de um princípio na maior medida possível. Por isso que Alexy os chama de “mandamentos de otimização”. Encontrar o grau adequado do cumprimento de um princípio não é tarefa fácil (casos difíceis). Nem sempre é possível aplicá-lo na maior medida. Pode estar limitado faticamente. Também pode sê-lo por regras e/ou princípios em sentido contrário. A subsunção, no conflito, não é a técnica de resolução do caso, mas a ponderação, que é a aplicação de um princípio mais amplo, chamado por Alexy como “princípio da proporcionalidade” (MOREIRA, 2011a).

Na teoria do discurso de Alexy, o “princípio de proporcionalidade” é decomposto em três parciais: da idoneidade, da necessidade e o da proporcionalidade em sentido estrito. Os dois primeiros versam sobre as possibilidades fáticas. O último trata das possibilidades jurídicas: regras e princípios em sentido contrário (MOREIRA, 2011a).

O subprincípio da idoneidade parte da ideia da otimidade-Pareto, exigindo uma análise do caso concreto com o objetivo de descobrir se uma posição pode ser melhorada sem que se nasçam desvantagens para outras. Se for possível melhorar uma posição sem prejuízo para as demais, obedecido está este primeiro critério. Por outro lado, só se justifica o emprego de um meio se tiver idoneidade para fomentar um princípio ou objetivo perseguido, mesmo que haja prejuízos a outrem. Nesse sentido, não há qualquer obstáculo na aplicação de um princípio em sua maior medida se os demais não sofrerem prejuízos. Igual decorrência é admitir a

interferência se ela for idônea a melhorar o objetivo perseguido, embora causando prejuízos a outrem. Se se eliminar abstratamente a interferência almejada e se chegar à conclusão de que não haverá prejuízos, tanto para o objetivo perseguido como para os demais, a conclusão será: a intervenção não é justificada, ou seja, não há idoneidade (MOREIRA, 2011a). Nas palavras de Alexy, “o princípio da idoneidade exclui o emprego de meios que prejudiquem a realização de, pelo menos, um princípio, sem, pelo menos, fomentar um dos princípios ou objetivos, cuja realização eles devem servir” (ALEXY, 2011, p. 110).

A mesma fórmula otimismo-Pareto serve para orientar o subprincípio da necessidade. O critério da necessidade é utilizado para guiar a escolha sobre qual meio utilizar quando no mundo da vida há dois ou mais meios que igualmente fomentam um princípio ou um objetivo. Seguindo-se uma ou outra opção, a conclusão é que todas atendem igualmente ao fim almejado. Com isso é preciso saber qual opção escolher. A fórmula otimismo-Pareto manda escolher aquela que não intervém em outro princípio. Se tal possibilidade inexistir, então que se escolhe a que causa menor dano. Opta-se sempre por opções que trazem menores custos para os princípios opostos. Havendo um meio não danoso, mas que igualmente satisfaz o objetivo, deve-se escolhê-lo (MOREIRA, 2011a).

A solução no choque entre princípios deve ser idônea, capaz de fomentar o objetivo pretendido. E também deve ser necessária, admitindo-se intervenções no limite da necessidade, pois não se permite soluções que igualmente atingem o fim, mas à custa de prejuízos a princípios contrapostos. Deve-se sempre optar pela solução que não acarreta danos a outros princípios. Mas no mundo da vida nem sempre é possível pensar em soluções que não causam danos a princípios contrapostos. Nesses casos encontrar a solução passa a ser um exercício ainda mais complexo, pois a idoneidade e/ou necessidade não dão conta de guiar a solução (MOREIRA, 2011a). Diria Alexy, “se custos ou sacrifícios não podem ser evitados, torna-se necessária uma ponderação” (ALEXY, 2011, 111).

Se antes se falava de possibilidades fáticas, no subprincípio da proporcionalidade em sentido estrito são investigadas as possibilidades jurídicas, pois agora se tem em mente que algum dano ocorrerá. Havendo danos, as possibilidades fáticas são abandonadas para se adentrar na disciplina jurídica. Aqui a técnica de Alexy é complexa. É difícil explicá-la sem o socorro da terminologia jurídica. Lembre-se que, conforme a teoria, a aplicação das técnicas da idoneidade e necessidade não faz desaparecer a solução proposta para o conflito entre princípios. Se fossem eliminados, o caso já estaria solucionado por um daqueles subprincípios. Agora quer se aplique a solução proposta, ou mesmo se deixar-se de aplicá-la,

os danos serão produzidos. Com uma solução não há dano ao princípio ou objetivo que se quer alcançar (razão da existência da solução), mas há dano a um princípio ou objetivo contraposto. No mínimo há dois princípios em confronto, mas é possível que haja uma série deles. Para fins didáticos, limita-se aqui a explicar a teoria no que diz respeito à colisão entre dois princípios apenas, aqui chamados para fins didáticos de princípio P_1 e princípio P_2 (MOREIRA, 2011a).

A análise jurídica deve então caminhar em três passos, segundo Alexy. No primeiro investiga-se o grau do não cumprimento ou prejuízo de um princípio. É sabido que a solução que busca satisfazer o princípio P_1 traz danos ao princípio P_2 , razão pela qual antes se busca saber a extensão dos danos a serem causados ao princípio P_1 na hipótese do seu não cumprimento, ou seja, na hipótese de cumprimento de P_2 . Com isso é possível medir a importância do cumprimento de P_1 . Verifica-se depois a importância do cumprimento do princípio em sentido contrário. Se o princípio P_2 sofrerá danos com o cumprimento de P_1 , deve-se pesquisar qual a importância do seu cumprimento (verificar a hipótese do seu cumprimento, com danos em P_1 e após eliminar o cumprimento de P_2 , para se medir a importância da sua observação). No terceiro passo indaga-se se a importância do cumprimento do princípio em sentido contrário (P_2) justifica o dano produzido pelo não cumprimento do primeiro (P_1) (MOREIRA, 2011a).

Para explicar sua teoria Alexy propõe-se classificar à vista de determinada solução o dano a um princípio em choque com outro. Chega a um modelo ideal em três graus de gravidade: “leve”, “médio” e “grave”. Entretanto, ressalva que poderia ser idealizadas mais ou menos categorias. Seguindo-se o caminho por ele proposto, o dano aos princípios P_1 e P_2 é classificado resumidamente com as seguintes perguntas: a) com a aplicação de P_1 , o princípio P_2 terá dano “leve”, “médio” ou “grave”?; b) E se for P_2 o princípio a ser cumprido, o dano a P_1 será “leve”, “médio” ou “grave”? (MOREIRA, 2011a).

Abstratamente abre-se nove possibilidades: 1) P_1 tem dano grave e P_2 tem dano leve; 2) P_1 tem dano grave e P_2 tem dano médio; 3) P_1 tem dano médio e P_2 tem dano leve; 4) P_1 tem dano leve e P_2 tem dano grave; 5) P_1 tem dano médio e P_2 tem dano grave; 6) P_1 tem dano leve e P_2 tem dano médio; 7) P_1 tem dano leve e P_2 tem dano leve; 8) P_1 tem dano médio e P_2 tem dano médio; e 9) P_1 tem dano grave e P_2 tem dano grave. Nas possibilidades 1, 2 e 3, P_1 prevalece sobre P_2 . Nas possibilidades 4, 5 e 6 é P_2 que prevalece sobre P_1 . Nas demais há empate (MOREIRA, 2011a).

Com essa tecnologia alega o autor ser possível chegar a um princípio prevalente diante de determinada alternativa de solução num *hard case* onde há conflitos entre princípios. A solução? Aquela mais próxima do cumprimento do princípio prevalente. Se o caso for de empate (hipóteses de números 7, 8 e 9), nenhuma solução será indicada pela ponderação. Nesse caso a subjetividade do aplicador não deu conta de ditar uma solução. Deve afirmar na sentença que sua racionalidade não conduziu a qualquer solução e decidir que a deliberação deva passar pelo crivo do dador de leis (Legislativo)? Só para constar, Alexy defende que nos casos de empate a solução deve ser dada pelo Legislador. Ocorre que decidir se o caso é de empate, ou se uma solução tem ou não prioridade, é tarefa da subjetividade do aplicador do Direito, segundo aqui é argumentado. Enfim, uma escolha deverá ser feita, a qual até aquele momento não havia sido feita pelo soberano (MOREIRA, 2011a).

Explicando-se melhor com um exemplo: fumar causa câncer de garganta e outras doenças. No Brasil a saúde é um princípio constitucional. A venda de cigarros põe em risco a saúde (chama-se aqui esse princípio de P_1). O mesmo texto constitucional tutela a “liberdade de profissão”, ao dispor que é livre a atividade econômica (chama-se aqui esse princípio de P_2). Proibir a venda de cigarros é uma intervenção grave no princípio P_2 (liberdade de profissão). Permitir a venda incondicional de cigarros, fazendo-se cumprir o princípio P_2 (liberdade de profissão), causa danos medianos ao princípio P_1 (saúde pública). A solução então seria proibir a atividade? Mas a subjetividade do julgador poderá classificar a gravidade da violação a esses princípios de outro modo, mais ou menos graves, a um ou a outro princípio, daí afirmar-se que, no fundo, uma escolha será feita. A decisão poderá ser mais ou menos rigorosa em defesa do princípio julgado preponderante. A solução não está pronta e acabada no “código de leis” (MOREIRA, 2011a).

Por outro lado, uma lei que obriga fornecedores de cigarro a colocar na embalagem uma advertência, uma mensagem publicitária advertindo que fumar causa câncer, valendo-se de imagens de pessoas com essa doença, ou uma lei que proíba a venda de cigarros para menores de 18 anos, é uma intervenção apenas leve no princípio P_2 (liberdade de profissão), diminuindo os danos à saúde pública (princípio P_1). Ou seriam os danos a um ou outro princípio classificados de outra forma? Pensa-se que não no atual contexto. A solução passa a ser justificada racionalmente. Mas outro poderia opor alegando que tal solução não contempla o necessário para a defesa do princípio preponderante e defender uma solução ainda mais gravosa a um dos princípios, com o que novamente a subjetividade entra em cena. É possível que alguém, o povo, uma Corte, o Legislativo, uma minoria, ou até uma maioria entenda que

a proteção com esses contornos seja insuficiente, sustentando que ainda assim haverá graves danos à saúde pública (MOREIRA, 2011a).

A teoria de Alexy ainda tem muitos outros pormenores. Trata da prevalência abstrata de um princípio sobre o outro, de que é exemplo a prevalência da “vida” sobre o direito ao contraditório. Ademais, outra técnica é proposta: “quanto mais grave uma intervenção em um direito fundamental pesa, tanto maior deve ser a certeza das premissas apoiadoras da intervenção” (ALEXY, 2011, p. 150). Nessa técnica, as razões (premissas) para se afirmar que os danos são leves, médios e graves são classificadas em “seguras ou certas”, “sustentáveis ou plausíveis” ou “não evidentes”. Além disso, há casos em que não apenas dois princípios estão em conflito, mas três, quatro, etc. Se o julgado deve observar a tudo isso e encontrar a solução e justificá-la racionalmente, então sua atividade passa a ser complexa. Mais longe vai Alexy, chega a enunciar uma fórmula matemática complexa para a solução dessa espécie de *hard case*, cuja explicação pormenorizada é desnecessária para os fins do presente trabalho¹³ (MOREIRA, 2011a).

Resumindo, conforme a técnica jurídica pós-positivista de Robert Alexy, um princípio é um mandamento de otimização, devendo ser realizado em uma medida tão alta quanto possível. E esse fim vale tanto para um princípio como para outro. Se houver dano a um deles, fica claro que um não foi realizado na medida mais alta, pois sofreu uma limitação. E essa limitação diz respeito às possibilidades fáticas, impostas pelos princípios da idoneidade e da necessidade, bem como pelas possibilidades jurídicas, ditadas pelo princípio da proporcionalidade em sentido estrito.

A teoria positivista, pragmatista e a do “Direito como integridade” já bastava para argumentar em defesa da tese aqui sustentada, segundo a qual há certa margem para a criatividade dos juízes no julgamento dos casos difíceis. Mas essa tese ficou reforçada quando a teoria de Robert Alexy foi exposta como outro paradigma para uma decisão judicial.

1.4. Reforçando o argumento

O discurso jurídico de certa corrente pós-positivista informa que a decisão em casos difíceis por juízes não se dão por critérios políticos, ou não devem se dar¹⁴. Os autores pós-

¹³ Para quem desejar aprofundar o estudo do tema, vide: ALEXY, Robert. *Constitucionalismo discursivo*. 3ª ed., Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

¹⁴ Fala-se da corrente pós-positivista de Dworkin e de Alexy e não do pragmatismo, também classificado como pós-positivista.

positivistas aqui citados, Alexy e Dworkin, tentaram construir um discurso no qual a política não é utilizada como argumento para a decisão de casos difíceis. Não se pretende contrapô-los, tarefa que já foi feita por Habermas. A intenção aqui é deixar claro que, em algum momento na tomada de uma decisão num caso difícil há uma escolha, a qual é motivada racionalmente, com argumentos racionais, muitas vezes evitando-se a entrada de argumentos de política nessa racionalidade.

Sustenta-se que essa escolha é feita de todo o modo, com medida de valores, experiências, tradições, etc., e quiçá também a vontade do soberano. O objetivo aqui, portanto, não é dar razão a um ou a outro autor pós-positivista, ou mesmo para os positivistas, mas tão somente procurar sensibilizar o leitor que no Direito há casos cuja solução demanda um juízo de valor, uma escolha, que é construída diante de inúmeras variáveis, sendo possível que uma delas seja justamente a existência da participação popular na base.

Positivismo, pós-positivismo, Hart, Dworkin, Alexy, Habermas, Kelsen e muitos outros poderiam ser citados, mas, conforme já foi dito, ir a fundo nessa questão não é o objetivo deste esforço. Por ora, basta deixar assente que na aplicação do Direito o julgador se vê obrigado a fazer escolhas. Argumentando-se racionalmente em suas decisões, evitando-se dizer que a decisão visa um fim coletivo ou não, interpretando-se conceitos fluídos, cláusulas gerais, conceitos contestados, o que soa claro é que o Juiz publica uma decisão, a qual pode ser inspirada na vontade do soberano, notadamente em questões difusas e/ou coletivas, de que é exemplo o controle de constitucionalidade das leis.

Os casos a serem pesquisados, portanto, decididos pelo STF e pelo TSE, deverão ter essa característica: um caso difícil. Os casos selecionados representam exemplos de *hard cases* e a eles a pesquisa é direcionada. Do mesmo modo, pensa-se que foi mostrada a utilidade da pesquisa, tendo ficado assente que pesquisar as variáveis que interferem na formação de uma decisão judicial, nos casos difíceis, é factível, além de ser necessário para se compreender para quem e como os juízes decidem.

Como a pesquisa pretende verificar a interferência da participação popular na base de uma pretensão judicial, num *hard case*, especificamente os conhecidos como caso “ficha limpa”, soa necessário construir uma tipologia de participação popular para os fins aqui propostos. Para tanto, é necessária uma rápida revisão da teoria democrática, o que é feito no próximo capítulo, para que se possa compreender no capítulo seguinte sobre quais bases tal tipologia foi construída.

CAPÍTULO 2

ENTENDENDO A DEMOCRACIA PARA SE COMPREENDER AS DECISÕES DO JUDICIÁRIO NOS *HARD CASES*

Sem nenhuma pretensão de revisar a teoria democrática e muito menos resumir e expor seus segmentos, o presente trabalho agora se ocupa de um tema necessário para a compreensão da pesquisa. Uma vez que se trabalha com a variável independente participação popular, soa necessário construir um alicerce a partir do qual será possível compreender o que é participação popular, ainda que para os limites estreitos da pesquisa, notadamente para a seleção e a leitura dos dados.

A democracia apresenta de fato muitas teorias e o seu conceito pode ser classificado como um daqueles altamente impugnados, ou seja, em torno do qual não se forma consenso. Daí a existência de uma gama de teorias, todas visando dar um conceito ou normatizar a democracia. Sua origem remonta ao republicanismo clássico e às experiências das repúblicas italianas da Idade Média e ao renascimento, ao liberalismo, a construção do governo representativo do século XVIII e à Grécia Antiga (DAHL, 1993). Em cada momento histórico se construiu distintas correntes de pensamento que foram destacando novos temas a partir de novas experiências e a novas questões se buscou solucionar.

Os modelos normativos de democracia, construídos ao longo do tempo, podem ser classificados em quatro grupos: democracia liberal, democracia participativa, democracia deliberativa e democracia radical. Passa-se a expor cada qual, sem pretensão de esgotá-los, mas somente na medida necessária para a compreensão da metodologia e da conclusão da presente pesquisa.

2.1. Democracia liberal

O primeiro modelo, de democracia liberal, é composto pelas teorias elitistas, centrando o conceito em aspectos essenciais e voltados para a representação. As teorias elitistas informam que a democracia é um regime onde as decisões são tomadas por representantes eleitos por uma maioria de pessoas, onde há garantia dos direitos individuais e políticos, da liberdade de expressão, dos de reunião e de associação, instrumentos necessários para a disputa por cargos, disputa livre e igualitária. As teorias elitistas da democracia centram o

foco na representação, em mandatos não imperativos, onde há disputa por posições de poder no interior do sistema, cabendo ao corpo eleitoral eleger seus representantes, os quais são livres para tomar decisões políticas, sujeitando-se tão somente ao escárnio público, ao controle popular, que é feito sempre nas próximas eleições. Nesse modelo os mandatos tem prazo determinado, motivo pelo qual os eleitos se quiserem permanecer nas posições de poder deverão angariar nova aprovação popular.

O modelo de democracia elitista é a realização do liberalismo, quase sempre estruturando o Estado em três funções, com pesos e contrapesos, dividindo-as em: Judiciária, Legislativa e Executiva. Tem como grande garantia do sistema os direitos fundamentais previstos na Constituição, sendo livre a manifestação do pensamento, a associação de pessoas e o direito de reunião. Nesse modelo não há espaço para a participação popular direta. As decisões são tomadas pelos eleitos pelo voto popular, em mandatos livres. A participação direta, se houver, é exceção, adotada em casos pontuais.

Nesse modelo, conforme disse Dahl, a construção da vontade popular se transfere da realizada nas assembleias antigas por via direta a uma construção complexa através de uma série de instituições políticas, tendo como substrato substancial mecanismos para controlar o poder, para evitar o absolutismo e proteger os direitos individuais (DAHL, 1993).

De fato, quando Madison e “Os Federalistas” justificaram no século XVIII as vantagens da democracia representativa o faziam, efetivamente, por oposição ao modelo de democracia direta e deram prioridade aos argumentos liberais e republicanos. Frente a experiência histórica da democracia direta, onde havia basicamente luta por poder entre duas facções, dos ricos e dos pobres, caindo em degeneração, tomando em conta a revisão do republicanismo clássico que fizera Montesquieu, Madison afirmava que o sistema representativo era um sistema que não somente permitia à democracia atingir grandes territórios e populações, mas que também era um sistema melhor do que a democracia direta. Essa forma de governo foi chamada de “república”, evitando-se o termo democracia. Nele se supunha ter encontrado os remédios para os excessos e desvios da democracia direta.

Pensava-se que a eleição de representantes, imparciais e frequentes, acarretaria a condução dos melhores e mais capacitados para a tarefa legislativa. Tais representantes, no legislativo, poderiam melhor decidir, acreditando-se que, desse modo, ficariam isolados dos interesses políticos das facções. O efeito, para Madison, era a possibilidade de afinar e ampliar, no parlamento, as opiniões públicas, sendo possível aos representantes eleitos afastarem-se dos interesses particularistas das facções e assim tomar as melhores decisões.

Extraindo da teoria de Montesquieu sobre a divisão de poderes, “Os Federalistas” entendiam que concentrar todo o poder num único órgão de governo facilmente poderia levar ao abuso. Em verdade, Montesquieu realizou uma revisão da tradição republicana clássica partindo das dificuldades para encontrar uma república virtuosa. Inspirou-se na Inglaterra do seu tempo e propôs um modelo que mantém alguns elementos republicanos. Teve grande influência do republicanismo clássico no sentido de Aristóteles, Cícero e Políbio, na direção de que o melhor sistema de governo constitui um governo misto onde se equilibram mutuamente os distintos setores da sociedade. Com isso propôs uma série de arranjos institucionais para que o poder se dividisse, se controlasse e se equilibrasse mutuamente. Pensava ser esta a melhor forma de controlar o poder e garantir a proteção dos direitos básicos dos indivíduos (MONTESQUIEU, 2004).

A ideia de Montesquieu, presente nas teorias elitistas da democracia, sendo também fonte de inspiração para “Os Federalistas”, era que sua teoria não somente tinha o benefício de evitar a concentração de poder num único órgão de governo, mas que a divisão de poderes acarretaria um equilíbrio entre os poderes, com controles recíprocos, um controlando o outro de modo que se evitassem abusos. De acordo com famosa frase de Montesquieu, presente no “O Espírito das Leis”: “Para que não se possa abusar do poder é preciso que, pela disposição das coisas, o poder freie o poder” (MONTESQUIEU, 2004, p. 189).

Todo o sistema da democracia liberal foi desenhado de modo que os representantes não passassem a decidir conforme sua própria vontade os assuntos da nação, sem qualquer limite. Além do sistema de pesos e contrapesos entre os três poderes, os representantes foram limitados pela Constituição e pela lei, pelo consentimento dos cidadãos sobre direitos e liberdades civis e pelos direitos políticos destes. O controle do poder pela legalidade foi o ponto claro onde os elementos republicanos e o liberalismo coincidiram, pois o liberalismo dá uma importância fundamental ao controle do poder dos governantes por meio do estabelecimento de limites à ingerência do poder nos direitos fundamentais dos indivíduos. Nesse sentido, Locke defendia a importância de que o poder supremo representado pelo legislativo devesse ter uma série de mecanismos de controle e com isso respeitasse os direitos e liberdades inalienáveis sobre a vida e sobre a liberdade das pessoas, tanto que afirmava que toda a autoridade legítima deve executar-se abaixo do consentimento do povo e sobre a exigência do governo conforme a lei (LOKE, 1996).

No primeiro momento da democracia liberal os direitos políticos e de sufrágio estavam restritos a um seleto grupo de cidadão, os proprietários, havendo ainda a defesa da escravidão,

sendo o sistema construído de modo a que os distintos órgãos de governo fossem constituídos por uma elite eleita, composta por cidadãos virtuosos, aptos a tomar as decisões fundamentais. Ao mesmo tempo, já que o objetivo era retirar o poder das facções e grupos políticos, não se desejava a participação direta dos cidadãos. Daí o termo democracia elitista, outro nome conhecido da democracia liberal.

Ocorre que, com o passar dos tempos, essas limitações extremamente elitistas foram atenuadas, desenvolvendo-se até que se pôs fim a escravidão e até que o sufrágio universal fosse conquistado, tudo isso, obviamente, sem que a democracia liberal se desfizesse de seus importantes e prudentes elementos liberais e republicanos de contenção ao abuso de poder. Nesse caminhar merece destaque a obra de John Stuart Mill, que ao mesmo tempo que aderiu a muitos dos elementos republicanos da democracia liberal idealizada pelos “Federalistas”, pregava que, no governo representativo, a única segurança de que os direitos e interesses de toda pessoa não sejam passados ao alto era quando a pessoa interessada fosse apta e estivesse habitualmente disposta a defendê-los. Mill defendia o governo representativo como o capaz de promover ativamente os direitos e as liberdades dos cidadãos, principalmente porque considerava que a participação dos cidadãos nos assuntos públicos os permitia desenvolver as faculdades morais e as virtudes cívicas. O argumento principal de Mill era que, sem o direito ao voto universal, o interesse dos excluídos estaria sempre em perigo de ser desconhecido (MILL, 1985). Por óbvio, uma ressalva deve ser feita, a teoria de Mill manteve as características elitistas da democracia, pois defendeu ainda que a assembleia que vota os impostos gerais ou locais devessem votar exclusivamente os pagadores de impostos. Para participar das assembleias, defendeu que era necessário saber ler, escrever e possuir conhecimentos rudimentares de aritmética.

Para completar o quadro da democracia liberal é necessário falar dos partidos políticos, que surgiram no século XIX, estendendo-se ao longo do século XX. Conforme Sartori (1998), foram criados como derivação das facções que existiam nos parlamentos e foram estendendo-se ao mesmo tempo em que se ampliou o sufrágio para a classe trabalhadora. Com os partidos políticos deu-se uma nova concepção sobre a elaboração da vontade popular, agora canalizada desde a sociedade por meio dos partidos. Os partidos que obtivessem a maioria parlamentar poderiam implementar seus programas de ação, já que angariaram a simpatia de um grupo majoritário de cidadãos. Além disso, os vários partidos poderiam entrar em coalizão e adotar programas comuns de ação.

Com a canalização da vontade popular através dos partidos ocorreu uma mudança do ponto de vista sobre a vontade popular. A visão unitária, ou monista a organizar a vontade popular ou o “bem comum” tornou-se anacrônica e deu lugar ao princípio da maioria. Como apontado por Dahl, as conseqüências da transformação da democracia nos séculos XVIII e XIX é que, se anteriormente, nos tempos antigos, as lutas e os conflitos eram considerados destrutivos para a democracia, agora e em consonância com as mudanças da modernidade, os conflitos e lutas políticas foram vistas como normais, inevitáveis e até desejáveis, e a antiga crença do “bem comum” tornou-se mais difícil de sustentar (DAHL, 1993).

Assim a democracia experimentou a modernidade, com o pluralismo e diferentes visões de mundo. A industrialização trouxe a divisão de trabalho e a especialização das funções. Surgiram sociedades modernas, dinâmicas e pluralistas, com a dispersão de poder entre vários órgãos, instituições, pessoas, classes, dependendo da posição de cada qual, econômica, política, científica, acadêmica, baseadas no dinheiro, na posição social, no conhecimento. Surgiram, *pari passo*, organizações que canalizavam esse poder no seio da sociedade, tendo-se como resultado um pluralismo, no qual o consenso sobre o que é o “bem comum” não mais era possível.

Nesse quadro, conforme Kelsen, o cidadão isolado nada podia, pois, segundo ele, “a democracia somente era possível quando os indivíduos se reúnem em organizações definidas para diversos fins políticos de tal maneira que entre o indivíduo e o Estado se interponha aquelas coletividades que agrupam em forma de partidos as vontades políticas coincidentes dos indivíduos” (KELSEN, 1977, p. 37).

Assim, o princípio da maioria se firmou de vez, sendo a técnica de decisão por excelência da democracia liberal, fazendo-o através da eleição de representantes, com o sufrágio universal. O modelo é construído tendo como base os partidos políticos, que buscam seus votos entre os eleitores e se valem de diversas estratégias para angariar o poder, tão bem expostas por Joseph Schumpeter (SCHUMPETER, 1984). No parlamento, coalizões são realizadas e os grupos geralmente se dividem em dois grandes blocos, oposição e situação. O modelo mantém intactos elementos republicanos e liberais, como a divisão de poderes, o sistema de direitos fundamentais com status constitucional, o voto da maioria das pessoas da nação, a garantia da liberdade de expressão e os direitos de reunião e de associação. Além disso, garantem-se os direitos políticos de votar e ser votado, admitindo-se poucas e contingentes limitações, à vista de justificadas razões.

2.2. Democracia participativa

O modelo de democracia liberal, obviamente, está sujeito a críticas e a falhas. As críticas e falhas a ele apontadas deram azo ao surgimento de teorias que procuraram “democratizar um pouco mais a democracia”. Segundo os críticos desse modelo, o instrumento da representação e os partidos políticos foram acusados de, na pós modernidade, serem incapazes de levar a lume os anseios do povo. Percebeu-se que os interesses econômicos, das grandes corporações, dos grupos detentores de maior poder e influência, acabavam sendo levados para o tomador da decisão. Os partidos políticos foram vistos como um modelo em decadência, já incapazes de mobilizar os interesses da comunidade e de levá-los para o sistema político. Conforme refere Claude Dubar (2008), o modelo baseado em partido político está em franca queda, uma vez que na sociedade contemporânea esse tipo de mobilização tem se mostrado pouco atraente, sendo a característica atual a existência de movimentos sociais que nascem, crescem e desaparecem, envolvidos sempre com questões pontuais. Modelos permanentes de mobilização, como os partidos, não tem mais atraído a simpatia dos cidadãos.

Diante de tal ideário, no final dos anos sessenta e nos anos setenta surgiu um movimento teórico que buscou aprimorar o modelo de democracia liberal, chamado participacionistas, defensores do modelo de democracia participativa. Esse modelo surgiu com o ímpeto das demandas estudantis universitárias para ter novas áreas de participação na esfera de educação superior e no contexto de luta por direitos civis das minorias nos Estados Unidos, além da própria guerra do Vietnã. Tais movimentos reivindicavam práticas que possibilitassem o direito de participação reconhecidos pela teoria democrática. Visaram incrementar na decisão política a vontade do povo, que deveria ser canalizada por instrumentos diversos daqueles da clássica representação. O ideal, na verdade, não foi substituir o modelo liberal completamente, mas tão somente fomentar canais de participação, notadamente em nível local, com concessões para a democracia direta, onde o próprio povo fosse chamado a deliberar. Assim, os mecanismos de participação funcionariam como uma espécie de contrapeso ao poder dos governantes e para que fossem tomados em conta interesses previamente descartados e vozes marginalizadas da sociedade.

Registre-se que a ideia de democracia participativa é historicamente bastante anterior aos anos sessenta ou setenta, pois é utilizada, com frequência, para qualificar a democracia da Atenas dos séculos V e IV a. C., quase sempre como referência às ideias de Rousseau. Muitas

vezes é utilizada para adjetivar os contornos de uma concepção marxista clássica de democracia.

Os participacionistas partiam do pressuposto de que a maior participação do povo nas decisões políticas era capaz de levar a uma educação cívica, vinda com o maior envolvimento nas questões públicas. Nos modelos de participação, as pessoas seriam levadas a pensar em problemas comuns e num modo de resolvê-los, participando da tomada da decisão.

Focou-se o modelo na participação local nas questões públicas através de vários instrumentos, desde múltiplas associações, a semelhança do constatado por Alexis de Tocqueville, no livro “A Democracia na América”, sempre com a existência de novos mecanismos e oportunidades na tomada de decisões, tais como Conselhos do Povo, de Trabalho, Vizinhança, Regionais e Nacionais, bem como espaços para exigir a prestação de contas dos representantes (PATEMAN, 1970; MACPHERSON, 1982; BARBER, 1984). Assim, o próprio povo seria chamado a deliberar sobre assuntos de interesse local, um modo de afastar das decisões políticas os déficits de legitimidade então verificados no modelo liberal de democracia.

Para uma melhor compreensão da democracia participativa, resume-se aqui o pensamento de três teóricos da democracia participativa, Poulantzas, Macpherson e Carole Pateman.

Nicos Poulantzas em obra já escrita no fim de sua vida, chamada “O Estado, o poder, o socialismo”, delineou os contornos de sua teoria da democracia participativa, esforçando-se para idealizar uma teoria democrática para o socialismo. Dando uma guinada à direita, abandonando muitas das concepções leninistas, Poulantzas rejeita a ideia leninista da ditadura do proletariado, mostrando cético quanto a democracia inteiramente direta. Apesar disso, é cuidadoso para não evoluir nem para a socialdemocracia, nem para o socialismo real.

Justificou o autor que a socialdemocracia, com sua estrutura baseada na democracia representativa, conforme o modelo liberal, geraria a apatia popular. Na socialdemocracia a participação popular seria vista com maus olhos, já que as decisões seriam tomadas, como no modelo liberal, através de representantes, eleitos pelo povo, mantendo-se a mesma organização. Já no socialismo real haveria democracia direta, mas combinada com mandatos revogáveis e imperativos, o que levaria, segundo ele, em curto período de tempo, a uma ditadura estatista, que veria também com muito maus olhos a participação das massas.

Numa clara inspiração em Bobbio, Nicos Poulantzas constrói sua teoria sem abdicar da democracia representativa. Sustentou que, no modelo liberal, o parlamento tem servido

como guardião das liberdades políticas, cuja tarefa seria necessária no socialismo democrático. Os mandatos seriam livres, sem a previsão do instituto da revogação dos mandatos. Valeu-se de um argumento de história para justificar a manutenção em sua teoria da democracia representativa, dizendo: “historicamente todas as experiências de democracia direta na base, que não eram articuladas durante certo tempo com certas instituições de democracia representativa, foram um fracasso” (POULANTZAS, 1982, p. 139).

Por outro lado, defendeu a concomitância com institutos típicos da democracia participativa, prevendo a participação direta popular através de vários modos, como organizações de trabalhadores, dentro das próprias fábricas, objetivando a democracia fabril, mas também com a organização dos protestos sociais descolados para o domínio cultural, como os “movimentos estudantil, feminista, regionalista, ecológico, comitês de bairro, comissões de cidadãos, etc.” (POULANTZAS, 1983, p. 75). Não foi muito preciso sobre como essa participação popular deveria ser institucionalizada e muito menos como se daria o diálogo entre tais instrumentos e a democracia representativa. Poulantzas, nesse passo, parecer ter escrito de modo a deixar claro quais eram os fins, mas que o caminho fosse descoberto e construído durante a marcha.

Apesar do afastamento da teoria leninista, Poulantzas continua a acreditar no fim do Estado. E o Estado encontraria seu fim em data imprevisível, em prazo indeterminado, após uma série de transformações seriadas, uma série de rupturas. O fim ocorreria através de dois modos: o deslocamento da luta política para o interior do próprio Estado, nos seus órgãos e poderes, e numa participação direta da cidadania. As transformações dos órgãos de Estado deveriam ser realizadas gradativamente, de modo que cada qual fosse mais e mais democratizado. Com isso, a política, o Judiciário, o Executivo, etc., cada vez mais seria palco de lutas políticas, mais democráticas.

Sobre o parlamento Nicos Poulantzas adianta algumas ideias, afirmando que era necessária a constituição de uma assembleia territorial, eleita com base no sufrágio universal, com mandato periódico e não imperativo. Entretanto, deixa ausente qualquer solução sobre quais seriam os mecanismos de controle popular nessa democracia representativa. Já quanto a organizações como o exército, a polícia, a burocracia pública ou judiciário há uma falta quanto ao modelo alternativo sobre o qual tais organizações deveriam ser erigidas.

Já a participação direta da cidadania, *pari passo*, também contribuiria para a extinção do Estado. A participação direta, segundo dizia, deveria ser feita na fábrica e em todos os demais cantos na sociedade. Defendia que essa participação deveria ser realizada através de

um amplo movimento popular que difunda a democracia, como uma garantia contra o risco da socialdemocracia.

Para possibilitar essa gradativa extinção do Estado é que Poulantzas continuou defendendo a existência do parlamento, ao menos no início do processo, para que fosse esse órgão responsável por geri-la, fazendo as necessárias mudanças nos órgãos de Estado, permitindo a luta política em seu interior.

Interessante que esse autor também fez uma concessão à teoria da tripartição dos poderes de Montesquieu, bem como ao viés liberal da limitação da ação do Estado. Sua teoria, assim, objetivava a extinção do Estado, em data não previsível, com a gradativa transformação dos seus aparatos, ao mesmo tempo em que defendeu a teoria da tripartição dos poderes e os institutos liberais que limitam a ação do Estado. A democracia representativa seria mantida, com mandatos livres, sem a previsão da revogabilidade, mas teria convivência com a participação cidadã direta na base. Entretanto, não detalhou como esses institutos deveriam ser construídos. Não esclareceu como deveriam ser esses órgãos do Estado, com a tarefa de possibilitar a luta política interna. Não foi claro como a participação direta se articularia com o Estado. Escreveu de modo a que tudo fosse construído com o progresso de cada passo, numa luta que, previu, não seria fácil, dizendo que a passagem para o socialismo democrático não seria uma luta fácil.

Já Crawford Brough Macpherson viveu dois momentos distintos quando escreveu sobre a democracia participativa. Num primeiro momento se mostrou otimista, mas pessimista num segundo. Em seu instante otimista defendeu a democracia participativa. No segundo, disse “não parecerem animadoras as perspectivas de um sistema pluralista participativo” (MACPHERSON, 1981, p. 131).

O primeiro momento de Macpherson pode ser encontrado na sua obra “A democracia liberal”, onde falou da tradição do pensamento político, que não via com bons olhos a participação popular. A fonte do seu otimismo, sem dúvida, era a década de sessenta e os seus movimentos sociais, que trouxeram à tona a ideia de que a democracia e a participação são indissociáveis. Com isso passou a defender a democracia participativa, pois, conforme dizia, não era possível ao povo governar sem participar (MACPHERSON, 1978). Por outro lado, apresentava um argumento ético para a democracia participativa, alegando que uma sociedade mais humana e equânime exigia um sistema com mais participação política.

Seu modelo normativo, entretanto, não exigia a deliberação direta do povo em todos os assuntos e a todo o momento. Também se rendeu às sociedades pluralistas e complexas,

modernas, onde não era possível essa prática, nem mesmo com o computador, mesmo que todas as pessoas tivessem um desses aparelhos. Bem por isso defendeu a permanência de estruturas representativas, que conviveriam ao lado de modelos participacionistas.

Para tanto, idealizou dois modelos, que deveriam ser ao mesmo tempo direta e representativa. O modelo mais simples era composto de um sistema piramidal, com deliberação livre e direta na base e, a partir daí, representantes levariam tais deliberações a fóruns mais amplos, regionais e até o fórum nacional. O mandato dos representantes, aqui, seria imperativo, mas não deixou claro se haveria a revogação dos mandatos. Quis notadamente construir um modelo onde os representantes e os representados estivessem próximos. Na construção desse modelo Macpherson parece ter cometido uma imprecisão conceitual consoante a tradição clássica marxista, que considera os mandatos imperativos como um modo de democracia direta. Assim, não haveria a convivência de democracia direta com a representativa, mas tão somente dois modos de expressão da democracia direta: a colhida na base da pirâmide, diretamente e livre, e as demais, até o topo, com mandatos imperativos, sem que os representantes tivessem liberdade para deliberar em sentido contrário. Esse modelo intitulado como simples seria adequando para sociedades ocidentais liberais, com sistema sem partidos ou no máximo com um único partido. No segundo mantinha o sistema piramidal, mas foi pensado para sistemas com multipartidarismo. Nesse o mandato seria livre, não imperativo, conforme a genuína democracia representativa nos moldes da teoria marxista clássica.

O modelo piramidal não deu certo na União Soviética. Nem assim Macpherson deixava seu otimismo, pois questionava se a falha era do sistema. Respondia dizendo que há circunstâncias em que o sistema genericamente não funciona, como numa situação imediatamente pós-revolucionária, ou numa situação em que haja grande divisão e oposição de classes, ou, ainda, quando haja apatia do povo na base.

Macpherson, em sua fase otimista, sustentava que o problema maior não era como fazer funcionar a democracia participativa, mas como a ela chegar. Como se o problema maior fosse chegar à democracia participativa. Uma vez institucionalizada, fazê-la operar seria um problema menor. Para chegar à democracia participativa informava que era necessário uma guinada na consciência das pessoas, para que deixassem de se verem como meras consumidoras para verem-se como executoras e desfrutadoras da execução, desenvolvendo a própria capacidade. Além disso, ao mesmo tempo era preciso que houvesse uma sensível diminuição da desigualdade socioeconômica. Ainda dizia que não era possível

mudar a consciência das pessoas e diminuir a desigualdade sem uma maior participação da cidadania. Uma espécie de círculo vicioso.

Na fase pessimista, revelada no livro *Ascensão e queda da justiça econômica e outros ensaios*, Macpherson se mostra bastante cético quanto a possibilidade da democracia participativa. Para tanto, baseou sua análise em dois grupos de pressão: o grupo de pressão desenvolvimentista e o grupo dos possessivos. O primeiro, formado por exemplo por movimentos contra o racismo, em defesa do meio ambiente, etc., segundo afirmava, não era capaz de grande pressão, pois não poderiam se valer da greve nos serviços essenciais. Assim, o máximo que podia chegar seria sensibilizar o eleitorado e através deles os seus representantes, num trabalho lento e de longo prazo. O máximo de resultado que poderiam obter seria a aprovação de leis antirracistas, leis ambientais, etc. Já o grupo de pressão formados pelos possessivos, como por exemplo a classe médica, os sindicalizados, apesar de poderem se valer da greve em serviços essenciais e com isso terem bastante força, teriam uma grande resistência interna à participação direta. Dizia que abrir o grupo para a participação direta dos seus membros engessaria suas lideranças, que não teriam espaço de manobra, limitadas que estariam àquilo que foi democraticamente decidido diretamente pelo grupo. Ocorre que o espaço de manobra sempre foi a grande vantagem desses grupos, que podiam negociar, recuar, avançar, conceder, trocar, com um resultado benéfico. Assim, também eles não teriam interesse na instituição da democracia participativa.

Macpherson, assim, começou defendendo a democracia participativa, chegando a idealizar modelos sobre como deveria operacionalizar e identificar os obstáculos para sua implantação, mas terminou dizendo que não eram animadoras as perspectivas da democracia participativa nas sociedades ocidentais modernas.

Por sua vez Carole Pateman construiu sua teoria de modo bastante diverso de Poulantzas e Macpherson. Há uma diferença destacada com eles. Sua preocupação fundamental foi demonstrar que a democracia participativa era possível nas sociedades modernas, sem deixar transparecer interesses outros, como a defesa do socialismo, como em Poulantzas, ou mesmo a construção de modelos normativos, segundo Macpherson. Em Carole Pateman, portanto, não se encontra a defesa do socialismo, capitalismo, muito menos sua reflexão caminhou no sentido de construir modelos para o funcionamento do sistema, como o sistema piramidal de Macpherson.

A pergunta inicialmente feita por Carole Pateman foi: “Qual o lugar da ‘participação’ numa teoria da democracia moderna e viável?” (PATEMAN, 1992, p. 09). E justificou o

interesse nessa questão diante dos movimentos do final dos anos sessenta, que demandavam uma reflexão teórica sobre as possibilidades desse modelo de organização da democracia.

Refletiu essa autora que as teorias ditas dominantes da democracia não colocavam em destaque a participação. Ao contrário, preferiam uma apatia popular e quase sempre a viam como um perigo, a assombrar com a instituição do autoritarismo. Quando não, baseados em pesquisas empíricas, a enxergavam como uma utopia, impossível de ser realizadas em sociedades complexas. A tais posturas, criticava a autora, opunha que não se preocupavam em procurar outro tipo de explicação sobre a relação sobremodo evidente que há “entre apatia, reduzido sentimento de eficácia política e baixo *status* sócio-econômico” (sic) (PATEMAN, 1992, p. 139).

Com isso o problema é apresentado com a seguinte indagação: “a concepção de uma sociedade participativa é uma fantasia utópica – é uma fantasia tão perigosa assim?” (PATEMAN, 1992, p. 63). Passa a defender a democracia participativa por ter uma função essencial de pedagogia política. Foca sua atenção na participação na indústria, por seu caráter fundamental nas sociedades modernas. Diz que a participação desenvolve atributos psicológicos, senso de eficácia, competência política, auto estima, autoconfiança, que, postos em prática, privilegiam ainda mais a participação. Defende a possibilidade de participação na fábrica, em todos os níveis, embora reconheça a dificuldade de uma maior participação nos níveis decisórios mais altos. Sustenta que participação na indústria seria o campo de provas para a participação mais ampla, já que defendia a entrada do modelo em outros setores, como a escola, a família, e até a política, nos campos mais elevados do Estado.

Argumenta Carole Pateman que a participação na indústria e depois em todos os campos da coletividade diminuiria as desigualdades econômicas e acarretaria maior igualdade social. A isso, somado os ganhos psicológicos advindos de tal participação, geraria cidadãos dispostos a participarem de todos os assuntos da coletividade, inclusive os políticos. Com isso refuta a ideia de que a participação é uma utopia ou que seja perigosa. Sobre ser perigosa, não nega que modelos de participação tenham evoluído para o fascismo, mas acrescenta que, para que tal não ocorra, bastaria cuidar para não haver distorção na ampla participação, como ocorreu com o fascismo, por exemplo.

Em conclusão, Pateman afirma que “a condição necessária para o estabelecimento de uma forma de governo democrático consiste numa sociedade participativa, não é de todo irrealista; se pode ou não ser compreendido, o ideal dos primeiros teóricos ‘clássicos’ da

democracia participativa permanece, com uma intensidade muito maior, uma questão viva e em aberto” (PATEMAN, 1992, p. 136).

Esses são os contornos da viga mestra dos teóricos da democracia participativa. Perceba que eles centraram suas forças na deliberação local, procurando engendrar instrumentos capazes de possibilitá-la. Ignoraram, assim, o diálogo necessário com a democracia liberal e as suas estruturas representativas, notadamente em nível nacional. Quando o fizeram, foram ideias vagas e incompletas. A ideia, apesar de ser engenhosa, não dava conta de solucionar problemas operacionais em nível macro, nacional, pois focava suas forças nas deliberações locais. Com isso, o modelo acabou sendo alvo de críticas, notadamente daqueles que o acusavam de não dar conta de solucionar todos os problemas de um país, com uma sociedade complexa e pluralista. À vista dessas críticas surgiu a democracia deliberativa.

2.3. Democracia deliberativa¹⁵

O grupo de teorias da democracia participativa, em verdade, é composto por aquelas que, ao contrário da teoria liberal, centram a democracia num modelo de participação popular. Esse modelo sofreu várias críticas, acusado de utópico, bem como de perigoso, por supostamente levar ao totalitarismo. Paralelamente, foi incapaz de dialogar com as estruturas representativas do Estado liberal, não tendo mostrado a consistência necessária para uma mudança institucional.

Desde os anos noventa a teoria política foi palco de novas tentativas de construção de modelos normativos capazes de melhorar a competência cívica cidadã. Sem abdicar do modelo liberal a democracia deliberativa surgiu. Almejava desenvolver um modelo de democracia capaz de incorporar muitas preocupações dos autores participativos e ao mesmo tempo articular ditas preocupações com o modelo de democracia liberal.

Uma das grandes referências dessa novel linha teórica é Habermas, teórico que de forma engenhosa idealizou um modelo com pretensão de defender a democracia mesmo em

¹⁵ As ideias publicadas aqui foram originalmente apresentadas pelo autor em *paper* em coautoria com o Dr. Gustavo Biasoli Alves no II Fórum Brasileiro de Pós-Graduação em Ciência Política, conforme se vê na seguinte referência: MOREIRA, José Roberto e ALVES, Gustavo Biasoli. **A democracia deliberativa em confronto com Bourdieu e Burawoy**. In: Fórum Brasileiro de Pós-Graduação em Ciência Política, 2, 2011. São Carlos-SP. Anais do II Fórum Brasileiro de Pós-Graduação em Ciência Política. Disponível em: <http://www.forumcienciapolitica.com.br/especific_files/papers/GT6530.pdf>. Acesso em: 01 dez 2011.

sociedades grandes e complexas. Investigou o modo de fundamentação racional das regras do jogo democrático. Levava em conta que a democracia “convencional” é centrada no voto, na eleição daqueles que deliberarão em nome do povo, mas sustentava que tal procedimento era insuficiente para legitimar a democracia. Com isso, propõe um procedimento ideal de tomada de decisão que avança em termos de fundamentação e legitimação das regras democráticas: a democracia deliberativa. Sua ideia não representava um modelo alternativo à democracia liberal. Objetiva tão somente instrumentalizá-la por meio do espaço público e através do princípio liberal da publicidade (MOREIRA e ALVES, 2011).

A teoria de Habermas é centrada na formação da opinião pública, colhida nas caixas de ressonância da Esfera Pública para ser transmitida para as instâncias parlamentares e para o sistema político. A esfera pública, em seu conceito, é composta pela sociedade civil, associações, igrejas, sindicatos, etc. Nela questões pertinentes, objeto de preocupação da esfera mais ampla, são absolvidas, discutidas, tematizadas. Tais deliberações são canalizadas para a instância parlamentar, que influenciada pela deliberação da esfera pública toma a decisão, a qual é devolvida para a sociedade através do sistema burocrático-administrativo. Haveria, assim, um fluxo comunicativo entre a esfera pública, as instâncias parlamentares e o sistema político, através do qual a decisão tomada é influenciada pela vontade geral (MOREIRA e ALVES, 2011).

A deliberação vista a respeito de determinado tema na esfera pública tem o condão de influenciar a decisão do sistema político. A esfera pública não toma a decisão, não a institucionaliza, apenas influencia o sistema político. A deliberação é sensibilizada pela discussão e tematização da própria esfera pública e, em última instância, da opinião pública. O sistema político recebe a questão já tratada e debatida na esfera pública e promove a deliberação política, devolvendo-a para a sociedade através do sistema burocrático-administrativo (MOREIRA e ALVES, 2011).

Nessa ideia a política deliberativa ocorre por meio de duas vias: a opinião informal formada em espaços extrainstitucionais e a vontade democrática constituída nos espaços institucionais. Na relação mútua e recíproca desses dois espaços situa a legitimidade de um governo. O déficit de legitimidade da democracia liberal é superado, pois são incorporadas parte das preocupações dos participacionistas (MOREIRA e ALVES, 2011).

Habermas diz que a democracia deliberativa é um processo intersubjetivo, no qual a razão é usada como um instrumento preliminar, capaz de criar um processo comunicativo, que ao cabo funda a fé dos membros da comunidade e valida socialmente a decisão. E chega a

essa conclusão uma vez que, em suas palavras, “a legitimidade de uma regra independe do fato de ela conseguir impor-se. Ao contrário, tanto a validade social como a obediência fática variam de acordo com a fé de seus membros na comunidade de direito na legitimidade” (HABERMAS, 1997, Vol. I, p. 50). Esta fé, por outro lado, apoia-se na fundamentabilidade das respectivas normas.

Esse sistema exige que na esfera pública a deliberação seja consumada mediante um “agir comunicativo”. O que isso significa? Que sejam na essência processos argumentativos, através do qual os vários sujeitos apresentam informações e razões, as quais são analisadas criticamente, tendo cada qual a oportunidade de contra-argumentar. A igualdade de oportunidade de influenciar na decisão deve ser conferida a cada parte. É facultada a utilização de argumentos, de razões. No processo, simultaneamente à apresentação de argumentos, reflete-se sobre as opiniões diversas. O resultado? Uma minoria tem a oportunidade de influenciar uma maioria (MOREIRA e ALVES, 2011).

As deliberações são inclusivas e públicas. Todos os afetados deve ter igual oportunidade para apresentar seus argumentos. Não deve haver coação interna ou externa capaz de afetar o equilíbrio de forças. A decisão é tomada tão somente diante dos argumentos apresentados, sem qualquer outra interferência. Assim se encontra somente vinculada aos pressupostos da comunicação. A ideia básica que fundamenta essa teoria é: “toma como ponto de partida a força social integradora de processos de integração não violentos, racionalmente motivadores, capazes de salvaguardar distâncias e diferenças reconhecidas, na base de manutenção de uma comunhão de convicções” (HABERMAS, 1997, Vol. I, p. 22).

O fato de a esfera pública encontrar-se mais suscetível às forças dominantes não é ignorado por Habermas. Está mais sujeita a manipulações, distorções, imposições, mas fica ilesa uma grande e inalienável vantagem: tem maior capacidade de reunir a vontade geral. E tem esse condão na mesma medida em que é mais vulnerável às influências externas e até internas. As esferas institucionalizadas, como o parlamento, por outro lado, sofrem menor influência dos socialmente mais fortes, da violência da estrutura ou mesmo da distorção dos discursos, mas tem dificuldade em conhecer e avaliar os pleitos da esfera mais ampla. Desse modo, as deficiências de uma esfera são supridas pela outra, com o que a vontade democrática surge do suprimento de opiniões públicas informais que, idealmente, desenvolvem-se nas estruturas de uma esfera pública política desobstruída (MOREIRA e ALVES, 2011).

Outro fator não ignorado por Habermas é a necessidade de institucionalização dos procedimentos e das condições de comunicação como condição para a operacionalização

desse procedimento ideal deliberativo. Daí diz que se deve fazer uma inter-relação de processos deliberativos institucionalizados com as opiniões públicas informalmente constituídas. Daí surge a sua noção de Estado de Direito como uma “exigência de ligar o sistema administrativo, comandado pelo código do poder, ao poder comunicativo estatuidor do direito, e de mantê-lo longe das influências do poder social, portanto da implantação fática de interesses privilegiados” (HABERMAS, 1997, Vol. I, p. 190). O Estado recebe a tarefa de resguardar a formação democrática da vontade. Além disso, condições empíricas conjunturais necessárias à efetivação da soberania do povo e à legitimação do estatuto jurídico dos direitos humanos também são pensadas, tais como, “o controle da interferência econômica nos processos de consulta popular, a garantia de um nível de linguagem que possibilite a interação argumentativa, a consideração do papel dos meios de comunicação, e a liberdade de manifestação e igualdade de representação” (AZEVEDO, 2007, p. 152).

Todas essas tarefas são de responsabilidade do Estado de Direito, que fica com a função garantidora dos princípios e das condições necessárias para a democracia deliberativa. Nessa engenhosa teoria, a tensão entre facticidade e a validade das normas jurídicas e as decisões políticas são reduzidas, pois o estatuto jurídico e as decisões políticas ganham a fé e a legitimidade do povo (MOREIRA e ALVES, 2011).

Na democracia deliberativa, uma decisão pública para ser legítima deve passar previamente pelo debate no espaço público e na esfera da opinião pública, ambos conectados com uma sociedade plural, dinâmica e marcada por redes de associações, que possa refletir as distintas vozes da sociedade (GUTMANN, 2004; HABERMAS, 1997; COHEN, 1997). Essa teoria, na matriz habermaseana, se apresenta como uma teoria dos procedimentos e instituições da democracia liberal num sentido mais ativo, uma teoria do “procedimento democrático como ação”, tornando explícita a maneira em que podem ser instrumentalizados os direitos e as instituições democráticas, junto com o espaço público e a esfera de opinião pública, a fim de melhorar o autogoverno da comunidade política por meio dos exercícios deliberativos.

Na democracia deliberativa habermasiana a vontade popular se forma dentro das instâncias tradicionais da democracia liberal, tais como as eleições políticas, partidos políticos, divisão de poderes, garantia de direitos fundamentais, etc. Assenta-se no pressuposto de que o espaço público pode estabelecer uma relação comunicativa entre toda esta série de instituições, os meios de comunicação e a opinião pública. Não há uma relação frente a frente, “cara a cara”, como comumente propõe os participacionistas. Ela é construída

simbólica e comunicativamente quando os cidadãos que atuam, deliberam e constroem a opinião pública até que esta tenha ressonância através da rede de associações da sociedade civil, partidos políticos, eleições, meios de comunicação, formando a opinião pública mais ampla, que chega às deliberações institucionais (MOREIRA e ALVES, 2011).

Joshua Cohen examinou as ideias de Habermas e as criticou. Para ele o modelo desenvolvido por Habermas no máximo acarreta quebras esporádicas na rotina do “circuito oficial do poder” e por isso longe estaria de legitimar os processos decisórios. Alega que os fluxos comunicacionais entre o mundo da vida, a sociedade civil, as casas parlamentares e finalmente o sistema político, fundando-se no poder de influência da opinião pública formada nos círculos periféricos, debatida na esfera pública, sendo apta a influenciar ou dar direção às decisões políticas, seria “uma dissolução desencorajadora da soberania popular” (COHEN, 1998, p. 35).

Na concepção de Cohen, a proposta de Habermas está em desacordo com as práticas políticas das sociedades contemporâneas, pois exige condições empiricamente não constatadas. Imaginar um poder excepcional de influência fora do círculo institucionalizado do poder, na esfera pública, na sociedade civil, seria uma pretensão não comprovável, alega. Argumenta que os movimentos sociais, vindos das demandas da sociedade civil, no máximo conseguem direcionar as decisões políticas em situações excepcionais e, ainda assim, de modo defensivo. Cumpriria, nesses casos raros, tão somente a tarefa de promover uma defesa frente aos subsistemas com os quais dialoga, sem poder para redefini-los. Discorda da tese habermasiana segundo a qual esses movimentos influenciam de modo ativo as decisões políticas. Mesmo sendo o Estado de Direito garantidor dos princípios e condições do fluxo, do agir comunicativo, da deliberação, outras formas de participação são necessárias para que a vontade geral seja colhida, para que se cumpra a promessa da democracia, para que o governo seja legítimo, no entendimento de Cohen (MOREIRA e ALVES, 2011).

Com isso, o autor apresenta a ideia de “Poliarquia Diretamente Deliberativa”, com a proposta de “institucionalizar soluções de problemas diretamente pelos cidadãos e não simplesmente promover discussão informal com promessas de influências possíveis na arena política formal” (COHEN, 1998, p. 38). Não mais sustenta fluxo comunicacional, mas passa a defender que os próprios cidadãos devam tomar as decisões, de modo coletivo, em arenas públicas constituídas para tanto. A tese da influência, da direção da deliberação, como em Habermas, é abandonada. Agora a decisão é efetiva dos usuários de serviços públicos, dos que

serão afetados pela política pública. Chega-se, assim, à institucionalização de espaços deliberativos (MOREIRA e ALVES, 2011).

Na proposta de Cohen a arena pública é institucionalizada, organizacionalmente dispersa e socialmente heterogênea. As arenas públicas de fato tomam a decisão e não somente influenciam o parlamento, tomam parte em todos os temas relevantes, desde de índole local até nacional. Estão dispersas, cada qual tratando de um tema num dado território, de modo que cada deliberação seja cooperada com as decisões tomadas em outras arenas, na busca contínua da melhora de qualidade. São compostas por todos os seguimentos, são heterogêneas, refletindo a pluralidade da sociedade. Apesar da pluralidade, cada membro respeita as regras constitucionais e busca a solução através da argumentação racional, dialogando com outras arenas e com vistas a encontrar soluções nacionais (MOREIRA e ALVES, 2011, p. 11).

Habermas recebeu críticas de outro teórico deliberacionista: Bohman, que também se mostrou preocupado em “como as instituições públicas podem tornar-se mais democráticas através da qualificação dos métodos e das condições do debate, discussão e persuasão, enfim, através da deliberação pública” (BOHMAN, 1996, p. 2). Na esteira de Habermas e Cohen, Bohman busca na democracia uma forma de deliberação pública com o claro propósito de legitimar decisões dos governos. Mesmo diante da complexidade e pluralidade das sociedades contemporâneas, mantém-se firme sustentando o ideal da deliberação popular. Acredita ser papel da teoria da democracia deliberativa mostrar como esse ideal pode ser factível (MOREIRA e ALVES, 2011).

Bohman funda sua ideia de deliberação no diálogo. A deliberação aqui está centrada no diálogo e não mais como em Habermas, ou seja, no discurso. Nas suas palavras, “é por intermédio do diálogo que as capacidades para o ato deliberativo podem ser exercidas conjuntamente” (BOHMAN, 1996, p. 32). Esse diálogo não requer pleno conhecimento de todos os interesses e de todas as razões, mas é uma forma particular em que se oferecem razões e obtêm-se respostas através da comunicação. O processo dialógico acarreta resultados práticos, pois seus participantes elaboram e ouvem razões convincentes, ao contrário do discurso, que mais se interessa pelos argumentos e pelos tipos de justificação (MOREIRA e ALVES, 2011).

A deliberação é mais “uma atividade social incorporada na ação social do diálogo, isto é, oferecer e receber razões”, nas palavras de Bohman (1996, p. 33). A deliberação é conceituada como uma atividade cooperativa e pública, pois é “um processo de intercâmbio de razões (*reasons*) cujo objetivo é solucionar situações problemáticas que não seriam resolvidas sem a coordenação e a cooperação impessoal” (BOHMAN, 1996, p. 27).

A deliberação é cooperativa porque visa convencer os agentes a continuarem suas cooperações. A decisão aceitável é aquela em que as razões apresentadas são suficientes para motivar a cooperação de todos. “Cada grupo ou cada ator passa a cooperar através do diálogo, já que espera racionalmente que sua visão seja incorporada na decisão, a qual pretende ser favorável ou menos prejudicial a ele” (MOREIRA e ALVES, 2011). A cooperação é obtida na medida em que interesses privados são minimizados e substituídos pelas influências dos contribuidores do debate público. Ademais, o sucesso da deliberação pública por meio do diálogo é medido quando, à vista de uma situação problemática, os atores cooperam. As razões por trás da deliberação, assim, devem ser aptas a motivar a cooperação de todos.

Mesmo que nesse processo de cooperação não haja consenso, ainda assim a atividade deliberativa deve ser pública, conforme esse modelo. Deve ser pública não apenas porque todos podem participar das atividades cooperativas buscando influenciar a decisão, mas também porque, ao fazê-lo, testam e mantêm seu caráter público. Somente sendo pública será possível a participação cooperativa; somente assim o sistema ficará coeso e possibilitará essa mesma cooperação. Faltando um ou outro, a deliberação não mais será tipificada como pública. Os atores e interessados perceberão essa situação problemática e não mais estarão dispostos a cooperar. Sequer poderão fazê-lo (MOREIRA e ALVES, 2011).

Nesse modelo, “a decisão tem de ser produzida e testada na deliberação livre e racional na qual os cidadãos são iguais e possuem voz efetiva. Para que isso ocorra, ela deve ser produzida sob as condições de não-tirania, igualdade e publicização” (FARIA, 2000, p. 60). É preciso então “uma estrutura de convenções formal e informal, acordos e leis explícitas que tornem possível a deliberação pública. Essa própria estrutura deve ser garantida pela razão pública e deve possibilitar a própria deliberação” (Bohman, 1996, 46). Tudo com objetivo de construir um arquétipo de soberania popular como um governo das “maiorias deliberativas”.

O modelo de democracia deliberativa baseada no diálogo, na cooperação, na publicização e nas maiorias deliberativas tem por fim manter o intercâmbio constante entre os cidadãos e as instituições necessárias para a democracia. Bohman, no nível normativo, defende que todas as instituições tenham as próprias esferas públicas de deliberação. Somente assim serão controladas. Nessas esferas públicas de deliberação a ação social dos autores ganha outro aspecto, a *accountability* da ação em relação aos outros. Atinge também a habilidade reflexiva, que leva os autores a continuar cooperando, pois essa mesma *accountability* é estendida para todos e todas as novas situações. A legitimidade das decisões

governamentais é alcançada com o processo participativo justo e aberto a todos. Não se pressupõe um acordo unânime, mas ao menos uma cooperação contínua, mesmo diante das diferenças verificadas na sociedade pluralista. Nesse modelo, a participação leva os cidadãos a chegarem racional e publicamente a uma lei legítima (MOREIRA e ALVES, 2011).

A regra da maioria entra em cena nessas deliberações, legitimando-a na medida em que a minoria nutre expectativas razoáveis de afetar e rever as decisões políticas. A opinião pública informal de Habermas é abandonada. A regra da maioria é institucionalizada e Cohen defende que as deliberações são justas, inclusivas e públicas e aptas a refletir a soberania popular. Ocorre que esse modelo não é executável na moderna sociedade sem uma revisão do Estado. Por isso, propõe Bohman que as instituições públicas, burocráticas e administrativas, criem suas próprias esferas públicas com o objetivo de operacionalizar a deliberação. A conclusão é que, na esteira de Cohen, Bohman busca institucionalizar espaços deliberativos, algo com o qual Habermas não se preocupou (MOREIRA e ALVES, 2011).

Argumenta Bohman que, desejando a burocracia do Estado uma maior eficiência, acaba ignorando a soberania popular. Deixa-se de se preocupar com a esfera pública, com o controle público e relaciona-se com os cidadãos como meros clientes de suas políticas públicas e não como os verdadeiros donos do poder. Sugere que a constituição de esferas públicas em torno de cada instituição é o modo de superar esse empecilho. Assim, os cidadãos afetados teriam a oportunidade de cooperar na solução do problema, de influenciar a decisão política, ressaltando-se que a decisão seria tomada pela regra da maioria (MOREIRA e ALVES, 2011).

Veja que também Bohman mostra-se preocupado com a ausência de legitimidade das decisões políticas na sociedade contemporânea, buscando na democracia deliberativa instrumentos para dar voz à “soberania popular”. Desenvolve a idéia de Habermas ao deslocar o centro da questão para o diálogo, livre, justo, inclusivo, que deve operar dentro de esferas públicas constituídas em torno de cada sistema burocrático-administrativo. Com o reconhecimento da minoria, cuja possibilidade de influenciar deve ser institucionalizada, a maioria delibera, fazendo-se que todos se sintam partícipes, cooperando na resolução das questões e para o próprio sistema. Isso gera uma *accountability* entre a esfera pública e a instituição democrática, bem como entre os próprios autores, gerando uma atividade reflexiva, fazendo com que todos se sintam coautores da decisão, mesmo que sua idéia não seja a acatada (MOREIRA e ALVES, 2011, p. 14-15).

Esses são os contornos da democracia deliberativa na ótica de três pensadores políticos. Um ponto comum entre eles é a busca de uma democracia cuja vontade do governo reflita a vontade geral. Habermas afastou-se mais dos participacionistas ao não exigir a institucionalização de espaços para a deliberação, embora acolhesse algumas de suas ideias.

Bohman e Cohen, entretanto, voltam a defender a institucionalização desses espaços deliberativos, estando assim mais próximo dos participacionistas. O mérito entre todos é que não se intimidaram diante da pluralidade e complexidade da sociedade pós-moderna. Desenvolveram um modelo capaz de legitimar a democracia. Ocorre que essa concepção tem sofrido críticas. Algumas são feitas pelos teóricos da democracia radical.

2.4. Democracia radical

Numa crítica ao modelo de democracia deliberativa, os defensores da democracia radical, como Chantal Mouffe, Ernesto Laclau, Claude Lefort, William Connolly e Aletta Norval, dentre outros, argumentam que aquele modelo ignora o conflito como um aspecto ontológico da política, eis que visa em última instância buscar o consenso. Nesse sentido diz Aletta Norval que, “em contraste com as concepções adversariais da democracia, ela [a perspectiva deliberativa] coloca grande ênfase na busca de acordos consensuais”. (NORVAL, 2007, p. 21). Já os democratas radicais buscam entender o político desde uma perspectiva ontológica, dando-se ênfase ao conflito.

Dizem os democratas radicais que os defensores da democracia deliberativa calcam suas ideias no discurso, na linguagem, o que é correto, mas partem de um pressuposto equivocado, segundo o qual há um consenso sobre os signos linguísticos, os seus significados; o argumento é que a comunicação linguística carrega consigo a suposição do consenso sobre normas universais, tal como o respeito mútuo. A partir daí, os deliberativos montam seu modelo de modo a privilegiar a racionalidade, numa linguagem consentida, através da troca de razões, capaz de levar ao consenso. Os democratas radicais, ao contrário, sustentam que o próprio ato de fala implica uma luta, um conflito. A fala em si já seria concebida como agônica. Falar deve ser visto como uma disputa, um torneio medieval, negando a possibilidade de consenso sobre os signos e significados linguísticos. Inspiram-se, para tanto, na filosofia de Wittgenstein, segundo a qual os termos são significativos exatamente em virtude de como eles são usados na conjunção com outros termos. Seria como as regras de um jogo, que só fazem sentido se aplicadas àquele jogo, não havendo regra universal válida para um metajogo, capaz de ser aplicada a todos os jogos.

Outra crítica feita aos democratas deliberativos é no sentido de que eles procuraram conciliar o inconciliável, a democracia e o liberalismo. Tanto a teoria de John Rawls, que pretende conciliar a igualdade com a liberdade, fundada numa suposta deliberação de sujeitos

pré-existentes, como a de Habermas, que pretende encontrar a conciliação entre democracia e liberalismo através de deliberações livres, inclusivas, racionais, são acusadas pelos democratas radicais de serem calcadas no consenso, excluindo da operação o conflito. Além disso, afirmam que os deliberacionistas pecam por buscar conciliar a democracia com o liberalismo. Democratas radicais sustentam que não há melhor relação entre democracia e liberalismo, antes, essa relação é sujeita em si mesma a contestações. Eventuais acomodações são contingentes e históricas.

Uma diferença mais específica entre os deliberacionistas e os democratas radicais diz respeito à igualdade. Aceitam o papel fundamental da igualdade para a democracia, mas com conteúdos diferentes. Para os primeiros a condição de igualdade está plantada basicamente como condição que deve informar não apenas as estruturas dos próprios argumentos, mas também os espaços nos quais eles devem aparecer. Daí uma série de condições propostas pelos deliberacionistas para que as razões sejam ouvidas e oferecidas, dizendo, comumente, que as arenas devem ser inclusivas, livres de coações, com a garantia de direitos e a proteção do Estado de Direito, de modo que apenas a força do melhor argumento vença. Essas condições ao mesmo tempo que busca neutralizar o poder, tem por fito colocar aqueles que estão deliberando em situação de igualdade. Seria a ação comunicativa de Habermas, por exemplo. Já os democratas radicais sustentam que o problema é outro: esse espaço precisa ser construído. Assim, afirmam que as arenas deliberativas dos primeiros, mesmo buscando isolar todas as manifestações de poder, ainda assim seriam excludentes, sempre haveria identidades de fora. O foco da discussão, portanto, não é sobre quem está incluído na arena, mas sobre quem está fora dela, para quem não tem acesso à mesma. No dizer de Norval:

[...] não há primeiro um espaço partilhado no qual todas as razões e demandas podem ser igualmente ouvidas e que novas demandas podem ser inscritas, mas antes este espaço partilhado de razões precisa ser instituído, através de outras práticas além da argumentação verbal. Assim, a verificação de pressuposição da igualdade sempre tem lugar através de uma ruptura de uma ordem dada por desentendimentos (*mésentente*), que desafiam ordens existentes e instituem novos espaços de sentido, os quais podem tornar-se locais de emancipação ou, alternativamente, podem se tornar ossificados pelo tempo (NORVAL, 2007, P. 78).

Por outro lado, a democracia radical funda-se na concepção de identidade de Jacques Derrida, segundo o qual a identidade não é fixa, mas está em constante mudança. Além disso, inspira-se em Derrida, quando diz que a identidade de qualquer coisa depende de suas diferenças com outra coisa. Assim, dizem que a identidade é constituída pelo que está fora dela. Identidades políticas, desse modo, envolvem exclusões, antagonismo, pois uma certa

identidade política só se forma à vista de outra identidade política que está fora dela, excluída, antagônica. O estabelecimento de uma identidade política implica na criação de um espaço conceitual e social para ela ser, a colidir com os espaços disponíveis para outras possibilidades.

Outro ponto fundamental para os democratas radicais é a sua concepção do poder. Acolhem a concepção pós-estruturalista do poder, de Foucault, segundo a qual toda pessoa está imersa em relações de dominação e de subordinação. Nessa concepção as verdades científicas e filosóficas estão a serviço do poder, servindo para a criação de posições de sujeitos dominantes e subordinados. Escreveu Foucault, “as práticas discursivas não são pura e simplesmente modos de fabricação de discursos. Ganham corpo em conjuntos técnicos, em instituições, em esquemas de comportamento, em tipos de transmissão e de difusão, em formas pedagógicas, que ao mesmo tempo as impõem e as mantêm” (FOUCAULT, 1997, p. 12). Com isso, a concepção de “um sujeito kantiano soberano” não construído com uma natureza fixa e a visão correlata do esclarecimento de que as verdades científicas e éticas estão lá para serem descobertas e não usadas na causa da emancipação do ser humano em geral é rejeitada. *Pari passo*, os democratas radicais entram no conceito de hegemonia, usado por Gramsci, no sentido de que hegemonia não significa a habilidade de impor a própria vontade sobre o outro pela força, mas ser capaz de forjar uma vontade política. Dizem que a formação da hegemonia política envolve no centro o exercício do poder, poder no sentido foucautiano. Como Mouffe afirma: “devemos conceituar poder não como uma relação externa que tem lugar entre duas identidades pré-constituídas, mas como a construção das identidades em si mesmas” (MOUFFE, 1996, p. 247). O resultado dessa operação é que as relações de poder constroem hegemonias e forjam identidades políticas.

Enfim, para os democratas radicais as “relações políticas devem considerar necessariamente: 1) as relações de poder; 2) a ideia de que qualquer acordo ou decisão política, mesmo tornando-se hegemônica, está sempre tendente a ser desafiada futuramente; 3) as mais amplas formas de argumentação política, além do discurso racional, devem ser consideradas e; 4) enfatiza-se justamente o desacordo, em detrimento do consenso, como princípio da democracia” (MENDONÇA, 2010, p. 111). Ademais, o consenso, a hegemonia, o labor de forjar identidades, segundo sustentam os democratas radicais, representam um risco para a própria democracia na medida em que ignora o conflito, o antagonismo, elemento ontológico do político. Conforme Mouffe, “em uma organização política democrática, os

conflitos e os confrontos, longe de serem sinais de imperfeição, indicam que a democracia está viva e encontra-se habitada pelo pluralismo” (MOUFFE, 2003, p. 50).

Chantal Mouffe começa um livro intitulado *The return of the political* (1993) aprovando a referência à posição de Carl Schmitt no sentido de que a política sempre e inevitavelmente envolve antagonismos. Entretanto, ao contrário do conceito de inimigo, como essência do político em Schmitt, onde o objetivo é destruir o outro, aniquilá-lo, num conflito não regulado por regras preestabelecidas e sem que um terceiro imparcial seja capaz de dar uma solução para o caso (SCHMITT, 2009), Mouffe propõe o conceito de adversário. Adversários, na linguagem de Mouffe, pressupõe que se reconheçam como antagônicos, mas que aceitam as regras do jogo democrático, de modo que o perdedor conforme essas regras aceite a derrota. O conflito assim é intermediado por regras do jogo democrático, de modo que os adversários as aceitam. O objetivo assim seria transformar inimigos em adversários. Conforme diz, a luta entre inimigos é antagônica, já entre adversários é agônica, fundando assim um princípio agonístico para a democracia.

Conforme Mouffe, sabendo-se que “as relações antagônicas perpassam todas as relações humanas, a tarefa da democracia contemporânea está em transformar as relações antagônicas, entre inimigos que querem se destruir, em relações agônicas, entre adversários que lutam aceitando alguns parâmetros comuns na disputa” (MENDONÇA, 2010, p. 108). Chegou, assim, a dois princípios da democracia radical, o primeiro que informa a essência do político, fundada nas relações de poder e no antagonismo e o segundo, cuja ideia central é a transformação das relações antagônicas em agônicas; a substituição da categoria de inimigos por adversários.

Mouffe é acusada de não ter desenvolvido um modelo normativo de democracia, com instituições, como tais instituições deveriam ser desenhadas, como seria a relação entre elas e com as pessoas, como tais instituições lidariam com o conflito transformando relações entre inimigos em adversários, etc. Talvez a razão da inexistência de um modelo normativo seja o fato de que a construção de qualquer um cairia no mesmo círculo vicioso criticado, com hegemonia, forja de identidades, tentando estabelecer uma relação conciliável entre democracia e liberalismo. Entretanto, considere que democratas radicais recomendam alguma versão da democracia liberal, em vez de alternativas participativas ou deliberativas. Deve, obviamente, notadamente em Mouffe, tal concepção receber tratamento diverso, diferente das categorias típicas liberais. O projeto político comum seria aprofundar e expandir a democracia liberal existente.

Se Chantal Mouffe passou ao largo de construir um modelo normativo, limitando-se a enunciar princípios, Aletta Norval fez um esforço rumo ao diálogo entre as teorias deliberativas, sobretudo na visão habermasiana, com as teorias ditas pós-estruturalistas da democracia, avançando em termos normativos na teoria da democracia radical.

Aletta Norval, com Chantal Mouffe e Ernesto Laclau, também é uma representante da Escola do Discurso de Essex, que surgiu com a obra *Hegemony and Socialist Strategy*, em 1985, de autoria de Mouffe e Laclau. Bem por isso tem carreira acadêmica vinculada a essa tradição, fato que explica porque considera que a estrutura pós-estruturalista é superior ao deliberacionismo por, segundo ela, buscar formular uma teoria mais próxima do ordinário, do cidadão comum e das práticas reais de tomada de decisão.

Embora filiada à escola de Essex e considerando o pós-estruturalismo superior ao deliberacionismo, mesmo considerando diferenças epistemológicas importantes entre tais perspectivas, Norval tenta articulá-las na construção de sua proposta teórica. Nesse trabalho, obviamente, dialoga com as grandes linhas de cada teoria, sobre as quais em geral há concordância entre os autores. Nessa articulação, sustenta que há a necessidade de espaços deliberativos para a tomada de decisões, mas tais espaços devem considerar condições reais e acessíveis para a efetiva participação das pessoas.

Construindo seu modelo normativo de democracia radical, a autora inicialmente procura avançar na postura da razão, tão defendida pelos deliberacionistas, como geradora de consensos, de decisões, qual seja, que a deliberação seria resultado da apresentação de razões e da oitiva de razões. Diz ela que a razão deveria ceder espaço para um conceito de argumentação que a abrangesse e a excedesse. Lança mão da retórica, como atividade de persuasão, e da ideia do entendimento presente na filosofia de Wittgenstein, como uma atividade prática e que possui uma importante dimensão de mostrar, de exemplificar, o que escapa ao uso estrito da razão dedutiva.

O argumento, para Norval, não deve desprezar a retórica e muito menos formas de persuasão que escapam da pura razão dedutiva, como a exemplaridade, a analogia, a demonstração de casos práticos, etc. Por outro lado, ponto importante na sua tese são os conceitos de mudança de aspecto e de iluminação e aspectos, inspirados também em Wittgenstein. Com eles Norval procura mostrar que as pessoas precisam-se descobrir um democrata, um momento novo, algo que estava ali mas não havia sido percebido (iluminação de aspecto) ou se redescobrirem um democrata (mudança de aspecto). Sustenta que os dois pontos estão interligados, tendo utilidade argumentativa para a tese quando conclui que as

pessoas devem se tornar democratas repetidamente, num esforço de persuasão constante. Tornar-se um democrata traz consequências, já que oferece uma série de novas conexões ou articulações, sendo possível ter a experiência da ruptura. Os sujeitos, assim, passam a reivindicar a igualdade, já que passam a se compreenderem como partes do processo de decisões políticas. A demanda política, assim, não se volta para apenas a inserção em espaços deliberativos, mas passa pela própria discussão de regras, onde a discussão e a solução terão lugar.

Outro ponto fundamental em sua teoria é a necessidade de uma aversão ao conformismo, tanto quanto às atuais teorias democráticas, quanto às atuais práticas democráticas. Diz ela que “o conformismo faz de nós escravos” (NORVAL, 2007, p. 7). A mudança e a iluminação de aspecto, o uso da retórica, o constante “tornar-se democrática”, com suas consequências, faz surgir novas demandas, que em última instância procurarão a inclusão em espaços institucionais. Esses espaços, fechados, recebendo a nova demanda, que deles está fora, excluída, deverá não absolvê-la pura e simplesmente, pois isso implicaria a renúncia da identidade alheia, para que se adaptasse aos de dentro. Com inspiração em Laclau, Norval sustenta que a demanda por inclusão promove o deslocamento do sistema, ou seja, sua desestruturação e posterior reestrutura. A desestrutura é necessária, pois, do modo como está, não é capaz de absorver a nova demanda. Surge reestruturado, para que possa novamente seguir o caminho de manter a ordem.

Norval se alicerça, ainda, em Cavell e em Derrida, através dos conceitos de perfeccionismo, presente no primeiro, e de democracia por vir, ideia do segundo. O perfeccionismo seria um pensamento aversivo, inconformado com o atual estágio da democracia. O perfeccionismo “está ligado à democracia de uma forma muito particular: como preparação da resistência às falhas da democracia, mantendo a esperança democrática viva em face de um desapontamento com esta” (NORVAL, 2007, p. 177). Já a democracia por vir tem o sentido de buscar sempre garantir a abertura para a relação com outro, uma promessa para o futuro aberto a inovações e experiências. A ideia é que a tarefa democrática é sempre indeterminada e incompleta.

Dizendo que a democracia não é apenas um regime político, mas um meio de vida, Norval apresenta um modelo de democracia radical fundado na aversão, na exemplaridade, na analogia, na retórica, na mudança e iluminação de aspecto, no perfeccionismo, na democracia por vir, na busca de uma identidade democrática, com a possibilidade de inclusão através da reestruturação do sistema. Com isso Norval faz um avanço em comparação com a teoria de

Mouffe, sem desprezar a ontologia pós-estruturalista, mas com a instituição de espaços de discussão e decisão, ferrenhamente defendidos pelos deliberativos.

Assim, conhecendo-se as linhas principais da teoria democrática, suas principais vertentes e questionamentos, já é possível construir uma tipologia de participação popular para os fins da presente pesquisa, tarefa que, obviamente, deverá considerar os contributos de tais teorias. É o que se faz no capítulo seguinte.

CAPÍTULO 3

UMA TIPOLOGIA DE PARTICIPAÇÃO POPULAR

Correntes teóricas procuraram angariar a hegemonia quanto ao conceito e ao conteúdo da democracia. O presente trabalho não objetiva defender uma ou outra dessas correntes, muito menos apresentar uma alternativa normativa para a democracia. Quer apenas conhecer a dinâmica de decisões judiciais pelo STF e pelo TSE em casos difíceis, buscando indagar até que ponto a existência de participação popular na base, quando da formulação da pretensão, interfere na sentença dos Ministros. Para se fazer essa pesquisa era preciso que se tivesse um conhecimento panorâmico das principais teorias democráticas, o que se buscou alcançar com as letras escritas no capítulo anterior.

Outro obstáculo ainda é preciso ser superado para se passar a apresentar o relatório da pesquisa e suas conclusões. Trata-se de uma barreira um pouco mais complexa, pois implica na construção de uma tipologia de participação popular, a ser aplicada exclusivamente para os fins desta pesquisa. Entender o que se considerou como participação popular no presente trabalho é tarefa necessária para a leitura sobre como e quais dados foram colhidos e tabulados, o que subsidiará no entendimento da conclusão da pesquisa.

Para a exata compreensão da proposta, relembre-se que a pesquisa busca compreender se a participação popular influencia na decisão do *hard case* “ficha limpa” decididos pelos STF e TSE. Os integrantes dessas cortes não são escolhidos pelo voto popular. Os do STF são nomeados pelo Presidente da República após terem seus nomes sido aprovados pela maioria absoluta dos membros do Senado Federal. Se fosse possível afirmar, talvez a melhor forma de explicar o modo de compor o STF seja a que é um instrumento da democracia representativa, mas de intensidade mais fraca. Um representante do povo, eleito diretamente pelo voto, portanto uma representação em sentido forte, escolhe a pessoa que irá compor a Corte, qual seja, o Presidente da República, cujo nome na prática é sabatinado por outros representantes eleitos diretamente pelo povo, os membros do Senado Federal. Já o TSE é composto por sete membros, escolhidos mediante eleição, pelo voto secreto de seus pares, de três juízes dentre os Ministros do STF e de dois juízes dentre os Ministros do Superior Tribunal de Justiça – STJ –, além de dois juízes dentre seis advogados de notável saber jurídico e idoneidade moral, indicados pelo STF por nomeação do Presidente da República. A representação dos Ministros do STF e do TSE é em sentido fraco, pois seus integrantes são escolhidos por representantes eleitos pelo povo, ou indicados por autoridades nomeadas pelos eleitos pelo povo, mas não

diretamente por ele. Além disso, uma vez escolhidos, os integrantes do STF passam a gozar da garantia da vitaliciedade. Já os componentes do TSE servirão por dois anos, no mínimo, e nunca por mais de dois biênios consecutivos. Isso em princípio os afasta mais do povo, já que, a partir da nomeação, não mais necessitam passar pelo crivo popular, nem mesmo pelo instrumento da representação, ainda que em sentido fraco, suspeitando-se que, com isso, haja uma *accountability* também fraca. Claro, ainda assim, numa democracia o povo pode acompanhar as decisões dos Tribunais e dispõe de instrumentos processuais para que suas razões sejam ouvidas pelos julgadores, mas, ao menos no caso brasileiro, não há um controle por meio da eleição dos julgadores diretamente pelo voto popular.

Não se ignora que esse desenho institucional do Judiciário, desde Montesquieu até “Os Federalistas”, sempre teve como principal pano de fundo a necessidade de equilíbrio entre os poderes, seus pesos e contrapesos. Nessa tarefa, cabia ao Judiciário o controle de legalidade e a defesa da Constituição Federal. Com isso o Judiciário poderia desempenhar a função de instituição contramajoritária, protegendo as minorias da ditadura da maioria, fazendo valer as leis e a Constituição Federal. A ideia era que, se fossem os membros do STF eleitos diretamente pelo povo, a maioria poderia se fazer representar na Corte e com isso também lá sufocar a minoria. A indicação pelo Presidente da República, que precisa de aprovação da maioria absoluta dos membros do Senado Federal, oferece um tênue controle, de um poder sobre o outro, o que tende a ser enfraquecido com a garantia da vitaliciedade dos Ministros. Essa garantia deixa os Ministros menos vulneráveis às demandas políticas quando em comparação com os membros dos demais poderes.

Toda essa dinâmica faz suspeitar que as decisões dos Senhores Ministros do STF e do TSE possam apenas ser explicadas consoante a lógica da democracia liberal, como resultado de uma representação, livre, sem possibilidade de revogação de mandatos. Tudo isso mesclado com um sistema indireto de indicação de membros, pois os Ministros são nomeados por pessoas que foram eleitos pelo povo. Será mesmo? Para começar a responder a tal indagação constrói-se agora a tipologia de participação popular, a qual, deixa-se expresso, não tem o condão de normatizar o tema, mas tão somente oferecer um instrumento para os fins específicos da presente pesquisa.

A tipologia aqui usada é construída principalmente sob a inspiração das ideias da democracia deliberativa, notadamente Habermas, seu principal ideólogo. Por outro lado, não se ignora outras formas de participação popular, capazes de serem avalizadas pelos teóricos da democracia participativa e da democracia radical. A noção de participação popular, assim,

é formada com base num misto de teorias democráticas, vindas da democracia participativa, deliberativa até se chegar à Aletta Norval e à democracia radical.

Depois de alguns meses de reflexão optou-se por construir uma tipologia, de natureza mista, aproveitando a contribuição de várias correntes teóricas da democracia, a fim de que nenhuma manifestação de vontade popular se perca, possibilitando-se uma medida mais precisa da variável. A justificativa dessa postura teórica encontra resguardo fático na circunstância de que uma corte é o objeto de estudo, a qual é composta por membros não eleitos. As decisões tomadas por essa Corte, no exercício de suas funções típicas, são sempre publicadas no bojo de processos judiciais, com no mínimo duas partes, autor, demandante, aquele que faz um pedido de tutela jurisdicional, e o réu, o demandado, aquele em face de quem esse pedido é feito. Para tal decisão respeita-se garantias constitucionais, como o contraditório, a ampla defesa, a publicidade processual, o devido processo legal. Assim, instrumentos de democracia direta ficam ao largo dessa lógica decisória. Não haverá projetos de decisão do STF e do TSE de iniciativa popular, não haverá plebiscitos, referendos, não haverá consulta popular, votos em praça pública, etc. Por outro lado, conforme essa mesma lógica, não é possível encontrar conselhos gestores, conselhos de bairro, de Estado, conselhos do Judiciário, enfim, conselhos que deliberam sobre temas afetos ao Judiciário, com poder vinculativo de suas deliberações. Entretanto, é possível a convocação de audiência pública pelo próprio STF, para que assuntos sob sua deliberação sejam discutidos, como aconteceu, por exemplo, em processo que decidiu pela constitucionalidade de cotas raciais em instituições de ensino superior (no caso, da Universidade de Brasília – UNB)¹⁶.

O caminho mais simplista seria, assim, tomar a teoria de Habermas como referencial teórico, indagando nas decisões dos *hard cases* selecionados a influência da opinião pública, formada na esfera pública, após deliberação coletiva no seio da sociedade civil, sempre através de ações comunicativas. De fato uma forma bastante interessante de analisar as decisões do STF seria procurar compreendê-las consoante a facticidade e legitimidade do direito, reflexo de uma deliberação coletiva, que tende ao consenso sobre as bases comunicativas, colhidas diretamente da esfera pública e levada a conhecimento dos Ministros, que a devolveriam para a sociedade em forma de decisões. Não há dúvidas que essa teoria

¹⁶ Essa questão foi decidida pelo STF na ADPF 186, que pode ser consultada no seguinte *link*: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=186&classe=ADPF&origem=AP&recurso=0&tipoJulgamento=M>>. Acesso em: 01 ago 2012.

ocupa a maior parcela explicativa de uma definição possível de participação popular perante uma Corte Constitucional.

Mas adotar pura e simplesmente as ideias da democracia deliberativa faria com que as contribuições das outras correntes teóricas fossem desprezadas, diminuindo-se o potencial explicativo, além de limitar a realidade para aquém do esperado. Se é verdade que não há referendo, plebiscito, consulta popular, projeto de iniciativa popular perante o STF, não há dúvida que tais instrumentos representam formas genuínas de participação popular, a representar a vontade da maioria ou de uma minoria, dirigidas para o Legislativo e para o Executivo. É patente que não há conselhos gestores cuja oitiva é necessária antes que seja tomada uma decisão pela corte, mas decisões desses conselhos voltadas para o Legislativo e para o Executivo representam outro modo de participação. Tomando as rédeas da democracia radical, não se ignora que movimentos sociais, pretensões outras podem ser formadas, além daquelas já institucionalizadas, com grupos, pessoas, que buscam adentrar num determinado espaço institucionalizado de tomada de decisões políticas, ou mesmo buscando a institucionalização de outros espaços, específicos conforme sua expertise. Podem, ademais, buscarem o reconhecimento e o deferimento de suas pretensões diretamente na Corte, explicitando um conflito. Cada um desses instrumentos representa uma forma de participação popular. E a participação em qualquer deles pode levar a deliberações políticas, que poderão ser questionadas perante a Corte. Daí soa interessante medir que influência tem essas participações, essa manifestação da vontade de uma maioria ou de uma minoria nas decisões da corte.

Só para aclarar o tema mais um pouco imagine a seguinte situação hipotética: um grupo de homossexuais passa a lutar pelo direito de adotar crianças. Sua participação é impedida no seio dos órgãos já institucionalizados, em defesa da família, da mulher, da criança e do adolescente, dos jovens, dos idosos, etc. A participação mesmo é impedida, não somente sua pretensão. Acabam logrando apresentar projeto de lei de iniciativa popular, que culmina sendo aprovado pelo Congresso Nacional. Dias após essa lei é questionada perante o STF, que deverá decidir sobre a sua constitucionalidade ou não. Se acaso o STF de fato se mantiver alheio a todas essas formas de participação popular, presentes na origem da pretensão e até o momento da decisão, tomará uma decisão meramente técnico-jurídica, tendo como pano de fundo a Constituição Federal. Mas também pode julgar a lei constitucional, fundamentando sua decisão em princípios constitucionais, numa postura pós-positivista, calcando sua decisão na vontade do grupo manifestada através desses modos de participação

popular, entendendo que se trata de um *hard case* e assim o decidindo. Na segunda hipótese haverá forte suspeita no sentido de que a Corte se mostrou sensível à participação popular na origem da pretensão. O próprio deferimento do direito já será tido como resultado dessa participação. Uma sequência de casos similares pode levar à conclusão da existência de um padrão decisório.

Outra situação hipotética ajudará a compreender o argumento. Suponha-se que determinada entidade não governamental promova um movimento capaz de coletar milhares de assinaturas, de pessoas que se mostram contrárias à nomeação de parentes para cargos públicos em comissão ou para funções de confiança. Com isso é apresentado um projeto de lei de iniciativa popular. Paralelamente outras instituições e também a imprensa colocam a questão em foco. A sociedade civil, na matriz habermasiana, mostra sua vontade, a qual é levada para a esfera pública. Ao cabo o abaixo assinado é desprezado pelos membros do legislativo, que usam de várias estratégias visando não levá-lo a votação. Numa ação judicial a matéria é levada a deliberação da Corte Constitucional, que se vê diante de um dilema. Não há lei expressa que trata do assunto. Apenas dispositivos constitucionais que pregam pela ética na política, moralidade na administração pública, que deve ser gerida com impessoalidade. Artigos por demais genéricos, cláusulas gerais por demais abertas, além da utilização de conceitos indeterminados, cuja definição é altamente contestada no mundo jurídico. Pior, conforme o tecnicismo jurídico, tais cláusulas representam princípios, cuja força normativa é negada pelo positivismo jurídico. Uma postura pós-positivista é necessária, o que dá margem a julgamentos políticos. No caso, não há dúvidas que houve uma participação popular na base, que foi capaz até de apresentar um projeto de lei de iniciativa popular, com amplo debate na esfera pública, retratando claramente a opinião pública no tema. Através desses instrumentos o soberano fez conhecida sua vontade. Resta saber se o STF, com ministros vitalícios, sem necessidade de disputar votos numa eleição, também é capaz de se sensibilizar diante da vontade do povo.

Por isso que uma tipologia de participação popular, para os fins desta pesquisa, deve gravitar entre as várias teorias democráticas já apresentadas. E oferecer uma tipologia de participação popular é uma tarefa bastante complexa. Muitos são os teóricos que conceituaram a participação popular, muitos já trataram desse assunto e muitas as vertentes da teoria política, tudo isso aliado a um realismo imprescindível, uma lógica neoliberal e a hegemonia da democracia representativa. Oferecer uma tipologia de participação popular focando os autores da democracia participativa não será suficiente; informar a participação

popular focando apenas a sua dimensão concreta, o exercício do poder político pelo seu titular, o povo, a soberania do povo em ação, não será bastante para os fins da pesquisa. Ocorre que um conceito como esse seria por demais restrito, abarcando um pequeno número de decisões, além de nutrir um certo pensamento utópico. Na sociedade contemporânea, na pós modernidade, já não é possível a deliberação pelo próprio povo. Essa deliberação ocorre em momentos bastante raros, como um plebiscito, um referendo, pouco capazes de tocar a dinâmica decisória de cunho neoliberal. Soma-se a isso o desenho da democracia brasileira, com poucos momentos para a participação popular, chegando ao máximo a raras hipóteses de referendo ou plebiscito previstos na Constituição Federal, sendo que tais instrumentos não estão arraigados nessa cultura. Há uma forma de participação popular através de Conselhos Gestores, mais tais órgãos estão longe de serem qualificados como participação popular no sentido estrito do termo. Neles poucas pessoas do povo estão presentes. Essas, no máximo, representam os demais. Além disso, nos Conselhos Gestores membros da burocracia estatal participam, às vezes até em maior número ou em paridade. Não é possível dizer que a decisão de um Conselho Gestor seja de fato a decisão do soberano, num conceito de participação popular estrito, que somente o considera diante da deliberação de um assunto pelo próprio soberano.

Esse conceito de participação popular, assim, não é suficiente para se compreender a dinâmica de uma decisão do STF. Um conceito assim tão restrito traria uma primeira e intransponível consequência: raríssimos seriam os casos a serem pesquisados. Por outro lado, não se pode descartar simplesmente tal conceito, notadamente antes de ir a campo. E se houvesse uma decisão do STF, onde tal participação de fato existiu? Veja um exemplo: se o resultado de um referendo ou plebiscito fosse lá questionado, sob a alegação de que ofende a Constituição Federal. Haveria aqui participação popular nesse sentido estrito do termo, daí a opção por não descartá-lo.

A vontade do soberano de fato pode se mostrar de outros modos fora do momento eleitoral ou da reunião em praça pública, mesmo que simbólica. Nesse passo, a teoria habermasiana da democracia deliberativa e os seus conceitos de esfera pública, sociedade civil, opinião pública, ação comunicativa, representam outro modo de ver a participação popular e também uma importante variação teórica da democracia capaz de explicar várias decisões. A participação aqui não é efetiva, no sentido de que cada cidadão dá seu voto, levanta a mão, informa sua vontade, a qual é reunida com a dos demais, resultando-se ao final na palavra do soberano. É mais simbólica do que efetiva.

Habermas encontrou uma forma de explicar a participação popular, procurando conciliar os instrumentos da democracia participativa com a lógica neoliberal da democracia representativa. Segundo Habermas, a sociedade civil delibera a respeito de determinado ponto, cuja dinâmica é composta por um tema, discutido na base através de ações comunicativas, cada qual com oportunidade igual para oferecer razões e as ouvir. O debate vai ganhando corpo, sendo tratado em vários espaços, onde as pessoas são levadas a refletirem sobre o tema. A consequência é que cada qual é levado a tomar uma posição, construindo-se aos poucos a opinião pública a respeito. Essa opinião pública, através da esfera pública, é levada para o sistema político, que a absolve e é capaz de devolvê-la à sociedade civil em forma de decisões políticas. A sistemática, conforme Habermas, dá legitimidade e facticidade à própria decisão política, pois fundada na vontade coletiva, manifestada através da opinião pública.

E não se pode negar que a opinião pública, principalmente quando capitaneada pela imprensa, quando ganha corpo e robustez, influencia as decisões no sistema político. Talvez um grande argumento dessa tese, no Brasil, seja o *impeachment* do Ex-Presidente Fernando Collor de Melo e o movimento “caras pintadas”. A participação da imprensa foi decisiva na persuasão das pessoas a aderirem ao movimento. O assunto acabou ganhando corpo. Órgãos da sociedade civil trataram de problematizar a questão, levando as pessoas a tomarem uma opinião a respeito, que fez com que a opinião pública fosse majoritariamente num sentido. A votação aberta no Congresso, onde cada qual precisava cantar o seu voto, refletiu a vontade popular.

Por outro lado, não se ignora que a formação dessa opinião pública também apresenta seus questionamentos. Essa teoria recebeu várias críticas ao longo dos anos. Há democratas deliberativos, como Cohen e Bohman, que enxergavam a necessidade de construção de espaços institucionais para que essa deliberação tivesse lugar, sob pena de tal dinâmica influenciar nas decisões políticas em poucos e específicos momentos, em temas capazes de acarretar essa mobilização. Há críticas apresentadas pelos democratas radicais, que consideram que a teoria funda-se num inexistente consenso, quando a dinâmica da política é justamente o conflito. Além disso, imputam à teoria o pecado de desconsiderar as relações de poder presentes no corpo social. Democratas radicais acusam Habermas de procurar isolar o poder da deliberação quando elencou várias condições para que a deliberação tivesse lugar, como direitos e garantias, um sistema de justiça, liberdade de expressão, de comunicação,

com possibilidades de apresentação de argumentos iguais, tarefa que caberia ao Estado de Direito.

Assim, manipulada ou não, é fato que a opinião pública habermasiana tem potencial para interferir no sistema político. Para a construção da tipologia de participação popular a teoria de Habermas será considerada. Mas também o serão as ideias dos democratas radicais, principalmente de Aletta Norval. Da teoria radical da democracia de Aletta Norval será aproveitado um ponto que se reputa essencial, principalmente para análise de decisões judiciais numa Corte Constitucional. Essa teoria identifica a possibilidade de convivência entre movimentos institucionalizados com não institucionalizados que lutam em busca de reconhecimento. Isso dá uma visão de minorias, ou mesmo de grupos que lutam contra a posição hegemônica num determinado espaço, cuja pretensão pode vir a ser absolvida pelos espaços institucionalizados, não sem antes haver uma mudança na própria identidade do espaço, eis que deve comportar identidades diferentes, surgindo um novo desenho institucional. Como afirmou Aletta Norval, opera-se o fenômeno da desestruturação do espaço institucional, para que seja reconstruído, integrando a identidade do movimento que estava fora, sem que haja propriamente uma conversão dessa identidade para aquela dos então presentes no espaço. Surge, na verdade, uma outra identidade. A existência desses movimentos não pode ser descartada como uma forma de participação popular nas decisões de uma Corte Constitucional, já que representam quase sempre minorias que lutam por reconhecimento de alegados direitos, sendo possível que venham a usar o tribunal e as regras do processo como arena para a disputa. Um exemplo aqui ajudará no argumento. Trata-se da recente conquista de grupos homossexuais do direito ao reconhecimento da união homoafetiva na Corte Constitucional Brasileira. Esses grupos ostentavam uma pretensão de ver reconhecido o seu alegado direito de se unirem em união estável. União estável de pessoas do mesmo sexo. Também lutam pelo reconhecimento do casamento civil entre pessoas do mesmo sexo. O fato é que tal movimento sempre esteve à margem de espaços institucionalizados de deliberação coletiva, partidos, conselhos gestores, movimentos em favor da família, imprensa, etc. Levaram sua pretensão ao Legislativo, mas sem sucesso. Acabaram elegendo o STF brasileiro como arena para disputar o reconhecimento do seu alegado direito. A teoria de Aletta Norval não deixará escapar essa importante forma de participação popular num Tribunal, palco muitas vezes de disputa entre grupos não institucionalizados, não reconhecidos e grupos tradicionais, clássicos, hegemônicos. Trata-se de uma importante dimensão da participação popular.

Com as bases do argumento apresentadas, será considerado como participação popular para os fins dessa pesquisa: a) a manifestação da vontade do soberano, por uma maioria ou uma minoria, feita diretamente, onde cada participante dá o seu voto ou apresenta uma proposição a respeito de determinada decisão política a ser tomada (democracia participativa); b) as deliberações da sociedade civil vistas através da opinião pública habermasiana, tematizadas na esfera pública e por ela levada até o seio do sistema político (democracia deliberativa); c) as manifestações de órgãos institucionalizados da sociedade civil, conhecidos como Conselhos Gestores, tomadas após deliberação, devidamente regrada por regimento e em cumprimento a uma determinação legal ou constitucional (democracia participativa); d) e as pretensões de uma maioria ou minoria expressas em ambientes não institucionalizados, por direitos ainda não reconhecidos diante de uma resistência à sua entrada e ao acolhimento nas instituições, mas levada para o sistema político e cujo eventual acolhimento implique a mudança de uma estrutura social (democracia radical).

A participação popular, assim, é uma forma de tomada de decisões políticas, levada a efeito pelo soberano, diretamente ou por órgãos institucionalizados especialmente constituídos para esse fim; por meio de influência da vontade do soberano, de uma maioria ou minoria, reunida através da opinião pública, formada no seio da sociedade civil e levada até a burocracia estatal através da esfera pública; ou através de uma maioria ou minoria formada fora de ambientes institucionalizados, que luta por reconhecimento e enfrenta resistências e é capaz de também influenciar na burocracia estatal, ainda que defenda pretensões contrárias à opinião pública.

Com essa síntese, acredita-se que os fenômenos de participação popular conhecidos na pós modernidade e retratados pela teoria política estão contemplados. Obviamente que algumas formas de participação são ótimas e outras mais fracas. Sem intenção de valorá-las aqui, classifica-se a participação popular em quadro categorias: participação direta, deliberativa, por meio de órgãos instituídos para esse fim e radical. O nome dado a essas categorias tem pequena importância, pois poderiam ser outros nomes. A participação direta é aquela que representa com maior fidelidade a vontade do soberano, pois é colhida diretamente dele, como acontece com os mecanismos de participação direta, o plebiscito, o referendo, a consulta popular. A deliberativa é a manifestada através da opinião pública habermasiana, capaz de informar decisões políticas. A participação por meio de órgãos é a que se dá no seio de órgãos institucionalizados especialmente para esse fim, como os Conselhos Gestores, as audiências públicas, onde apenas uma parte, normalmente uma pequena parte, do soberano

está presente. Por fim, a participação radial se dá através de grupos não institucionalizados, que lutam por direitos não reconhecidos, com entrada negada em espaços institucionais e manifestações de resistências.

Parte-se assim, somente para fins didáticos, de quatro diferentes formas de participação. Poderia ser cinco. O número aqui não importa, mas servirá para tabular o resultado da pesquisa, para se saber qual é o tipo de participação popular mais comum numa questão a ser decidida pelo STF e qual é o poder de influência de cada qual, comparando-as umas com as outras. Obviamente que, quando da pesquisa, no momento em que os processos forem separados, uma outra categoria será agregada, qual seja, os processos onde há a ausência de participação popular relevante. Os processos decididos por uma Corte, no caso pelo STF e pelo TSE, no período pesquisado, levando-se em conta a participação popular, podem ser classificados em: a) com participação popular direta; b) deliberativa; c) formada em órgãos institucionalizados; d) radical; e e) sem participação popular relevante.

Uma última observação é necessária: nos processos sem participação popular relevante devem ser classificados todos aqueles onde a pretensão é defendida por um órgão da burocracia estatal ou mesmo por associações corporativas, cujo objeto diga respeito a questões burocráticas, sem que tenha havido uma ampla discussão em suas bases, ou seja, sem que tenha havido uma das formas de participação popular retratadas acima, pois a dinâmica será melhor explicada pelo procedimento da própria democracia representativa. A qualidade da parte autora ou da parte ré, portanto, se o Ministério Público, Confederação, Partido Político, etc., não deverá ter peso na classificação dos processos.

Com esses esclarecimentos e já se sabendo o que é *hard case* e o que é participação popular para os fins dessa pesquisa, as duas variáveis aqui investigadas, tendo ficado a metodologia da pesquisa, passa-se a analisar o *hard case* “ficha limpa”. E as decisões mais relevantes do caso, pelo STF e pelo TSE, serão analisadas, buscando-se averiguar se o caso contou com a participação popular, conforme a tipologia aqui construída, e, em caso positivo, que peso teve na decisão judicial. Esse é o objeto da próximo capítulo.

CAPÍTULO 4

ANÁLISE DO JULGAMENTO DO *HARD CASE* CONHECIDO COMO “FICHA LIMPA”

4.1. A “ficha limpa” como um *hard case*

Dentre tantos outros que poderiam ser selecionados para análise, o *hard case* “ficha limpa” foi escolhido justamente por conter em seu interior relevante discussão a respeito da tensão entre o constitucionalismo e a democracia, perpassando pela análise do papel de uma Corte Constitucional numa democracia à vista da opinião pública. Mais que isso, com a análise do caso foi possível conhecer como se comportou a cúpula do Judiciário diante da decisão política tomada após maciça participação popular, que resultou pelo Congresso Nacional na aprovação da Lei Complementar n. 135/2010, cuja constitucionalidade estava sendo questionada. Além de ser qualificado como de difícil solução (*hard case*), conforme o conceito já explorado, representou também um julgamento histórico, pois nele certamente a Corte Constitucional mais de perto esteve da participação popular na tomada da decisão política representada pela Lei Complementar n. 135/2010, bem como de movimentos sociais que defendiam sua constitucionalidade e a sua aplicação imediata, já para o ano de 2010.

O caso “ficha limpa” pode com todas as letras ser qualificado como um *hard case*. Nele se discutiu a interpretação que se deve dar à Constituição da República à vista de colisão de princípios constitucionais. E o caso não se iniciou no ano de 2010, com a publicação da Lei Complementar n. 135/2010. Na Constituição de 1967, em seu artigo 148, já constava redação que buscava fins similares à “Lei da Ficha Limpa”, nesses termos:

A lei complementar poderá estabelecer outros casos de inelegibilidade visando à preservação: I - do regime democrático; II - da probidade administrativa; III - da normalidade e legitimidade das eleições, contra o abuso do poder econômico e do exercício dos cargos ou funções públicas (BRASIL, 1967).

A norma foi reproduzida na Constituição de 1969, artigo 151, acrescentando-se ao texto a expressão: “moralidade para o exercício do mandato, considerando-se a vida pregressa do candidato”. Essa foi a redação do artigo 151 da Constituição de 1969:

Art. 151. Lei complementar estabelecerá os casos de inelegibilidade e os prazos dentro dos quais cessará esta, visando a preservar: I - o regime democrático; II - a probidade administrativa; III - a normalidade e legitimidade das eleições contra a influência ou o abuso do exercício de função, cargo ou emprego públicos da

administração direta ou indireta, ou do poder econômico; e. IV - a moralidade para o exercício do mandato, levada em consideração a vida pregressa do candidato. (BRASIL, 1969) (sic)

Chegou-se até a Lei Complementar n. 05/1970, que também trazia dispositivo que previa a inelegibilidade aos que tivessem sido condenados ou respondessem a processo judicial, instaurado por denúncia do Ministério Público, recebida pela autoridade judiciária competente, por crime contra a segurança nacional e a ordem política e social, a economia popular, a fé pública e a administração pública, o patrimônio ou por terem arguido inelegibilidade, ou impugnado registro de candidato com motivação falsa, ou graciosamente, por espírito de emulação, mero capricho ou erro grosseiro, crime previsto no artigo 22 da referida lei, enquanto não absolvidos ou penalmente reabilitados. Posteriormente, com a EC 8/1977 (o Pacote de Abril), a expressão “considerada a vida pregressa do candidato” (BRASIL, 1977) foi transferida para o *caput* do artigo 151 da Constituição, mas a Lei Complementar nº 05/1970 permaneceu em vigor.

O TSE declarou, com base no princípio da presunção de inocência, que não constava expressamente do texto constitucional de 1969, a inconstitucionalidade da norma constante da LC 05/1970 que previa a inelegibilidade para candidatos réus em processos, mas que não tinham ainda contra si sentenças condenatórias transitadas em julgado. Mas, por outro lado, o STF reconheceu a conformidade dessa norma com o texto constitucional então vigente, fazendo-o nos recursos extraordinários de números 86.297 e 86.583.

No texto original da Constituição de 1988 do artigo 14, §9º, da Constituição Federal, não se encontrava a expressão: “considerada a vida pregressa” do candidato. Esse era o texto:

Lei complementar estabelecerá outros casos de inelegibilidade e os prazos de sua cessação, a fim de proteger a normalidade e legitimidade das eleições contra a influência do poder econômico ou o abuso do exercício de função, cargo ou emprego na administração direta ou indireta (BRASIL, 1988).

Em 1990 sobreveio a Lei Complementar nº 64, que trouxe regramento diverso, desta feita exigindo-se o trânsito em julgado de condenações por certos crimes, para que fosse operada a causa de inelegibilidade. Após isso, só depois da emenda de revisão nº 04, que deu nova redação ao artigo 14, §9º, da Constituição da República, que a tese “ficha limpa” voltou ao cenário. A redação desse dispositivo assim ficou:

Lei complementar estabelecerá outros casos de inelegibilidade e os prazos de sua cessação, a fim de proteger a probidade administrativa, a moralidade para exercício de mandato considerada vida pregressa do candidato, e a normalidade e legitimidade

das eleições contra a influência do poder econômico ou o abuso do exercício de função, cargo ou emprego na administração direta ou indireta (BRASIL, 1994).

E voltou justamente porque a expressão “vida pregressa” foi escrita ao texto constitucional. Construiu-se uma tese no sentido de que tal dispositivo era autoaplicável, chegando-se à conclusão de que esse dispositivo, que tinha por fim proteger a probidade administrativa, a moralidade para exercício de mandato considerada vida pregressa do candidato, comportava uma interpretação pós-positivista. E essa interpretação pregava que candidatos réus em ações penais ou de improbidade administrativa, ainda que houvesse possibilidade de recurso, com ou sem sentenças condenatórias já publicadas, eram inelegíveis. Em 2006 o Superior Tribunal Eleitoral decide um caso onde essa tese foi enfrentada, afastando-a (Recurso Ordinário nº 1.069-RJ).

Conforme se vê, fazia certo tempo que essa questão era objeto de decisão pela Justiça Brasileira, pela Justiça Eleitoral e pelo STF. Entretanto, a interpretação pós-positivista da Constituição Federal somente pode ser vista a partir de 2006, com o julgamento do Recurso Ordinário nº 1.069-RJ. Desta época em diante já se via a tese defensora da interpretação jurídica segundo a qual candidatos com “ficha suja”, ou seja, com histórico de condenações, ainda que não transitadas em julgado, eram inelegíveis.

Construiu-se uma tese segundo a qual o artigo 14, §9º, com a redação da emenda de revisão nº 04 (de 1994), era autoaplicável, ou seja, não dependia de regulamentação infraconstitucional para ter eficácia. Com isso, desde então era preciso obedecê-lo, com o que candidatos com histórico de condenações criminais, ainda que não transitadas em julgado, deveriam ser qualificados como inelegíveis, conclusão a que se chegava diante da necessidade de proteger a probidade administrativa e a moralidade para o exercício de mandato, considerada vida pregressa do candidato. A tese tocava num ponto sensível, que é a colisão entre princípios constitucionais, basicamente os da probidade e moralidade, sobre a qual era calçada, mas que conflitavam com o princípio da presunção de inocência, todos de alçada constitucional.

Naquela época foram idealizadas duas categorias de candidatos: aqueles com “ficha limpa” e aqueles com “ficha suja”. Os primeiros não contavam com histórico de condenações, ao contrário dos segundos. E, segundo o entendimento corrente da época, defendido por movimentos sociais, bastava uma condenação, criminal ou por improbidade administrativa, ainda que não transitada em julgado, para que um candidato fosse considerado “ficha suja”.

No ano de 2008 vários Tribunais Regionais Eleitorais do Brasil acataram essa interpretação e fizeram uma interpretação pós-positivista da Constituição da República, concluindo que os candidatos “fichas sujas” eram inelegíveis. Deram força a princípios constitucionais, elevando-os a verdadeiras normas jurídicas. No conflito entre tais princípios, deram maior peso aos da probidade e moralidade, relativizando o da presunção de inocência sob o argumento de que tal princípio seria restrito ao Direito Penal e à proteção do indivíduo, mas não ao Eleitoral, que lida com direitos de feição coletiva, os direitos políticos.

O TSE, naquele ano, acabou afastando essa interpretação. A questão chegou ao STF através da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 144 – ADPF 144 –, tendo decidido na mesma linha do TSE. A tese acatada sustentava que o referido artigo 14, §9º, da Constituição da República, dependia de publicação de Lei Complementar para ter eficácia, enfim, tal artigo não seria autoaplicável. Ademais, culminou considerando como argumento o fato de não ser possível relativizar o princípio da presunção de inocência. A consequência era que somente poderiam ser barrados candidatos com condenações já transitadas em julgado. Em relação aos demais, deveria pesar a presunção de não culpabilidade. Assim, resta claro o *hard case*, diante do conflito entre princípios constitucionais nele envolvido.

Já em 2008, antes mesmo das decisões definitivas pelo TSE e pelo STF, movimentos sociais já existiam em defesa da interpretação que conduzia à inelegibilidade dos candidatos “fichas sujas”. O movimento se intensificou com o não acolhimento dessa pretensão no STF e culminou com a apresentação de um projeto de lei de iniciativa popular no Congresso Nacional no dia 29 de setembro de 2009. Esse projeto apresentava várias propostas visando impedir que candidatos “fichas sujas” pudessem concorrer nas eleições a cargos eletivos. Sem dúvida a maior novidade do projeto foi a inelegibilidade de candidatos com condenações, ainda que não transitadas em julgado, pela prática de determinados crimes ou pela prática de atos de improbidade administrativa. O movimento acompanhou o trâmite legislativo do projeto, o qual foi aprovado em 2010 por unanimidade pelos presentes nas duas casas do Congresso Nacional, entrando em vigor no dia 04 de junho de 2010. Após, seguiu-se o movimento de apoio à lei, com duas finalidades, para que tivesse eficácia já nas eleições de 2010 e, principalmente, para que eventualmente fosse declarada constitucional pelo Judiciário.

A Lei Complementar n. 135/2010 foi confrontada por alguns dos seus atingidos com a regra do artigo 16 da Constituição da República, segundo a qual a “lei que alterar o processo eleitoral entrará em vigor na data de sua publicação, não se aplicando à eleição que ocorra até

um ano da data de sua vigência” (BRASIL, 1993). Como a Lei Complementar n. 135/2010 entrou em vigor em 04 de junho de 2010, questionou-se se seria possível sua aplicabilidade já naquele ano. Duas teses jurídicas foram construídas, uma que defendia sua aplicabilidade imediata, argumentando que entrou ela em vigor antes das convenções partidárias, portanto, antes do início do procedimento eleitoral, além do que tinha aplicação linear e não casuística, logo a igualdade de armas na disputa eleitoral estava preservada. Em sentido contrário, dizia-se que o procedimento eleitoral inicia-se um ano antes da votação, quando das filiações partidárias, período em que as articulações em torno de possíveis candidatos já se iniciam. Com isso, concluíam que a aplicação já para aquele ano infringia a igualdade de armas, uma vez que os pequenos partidos teriam mais dificuldades em encontrar substitutos a candidatos barrados.

Também a Lei Complementar n. 135/2010 foi acusada de inconstitucional, notadamente por violar o princípio da presunção de inocência, ao impedir a candidatura daqueles condenados pela prática de determinados crimes e por improbidade administrativa, ainda que em decisão não transitada em julgado. Novamente veio à tona a colisão entre princípios constitucionais, da moralidade e probidade em confronto com a presunção de inocência, só que desta feita cingindo-se a discussão a respeito da constitucionalidade ou não do dispositivo da lei.

Em suma, permaneceu um *hard case*. E contou, conforme será exposto, com a participação popular na base da pretensão, em sua formulação e na sua defesa. A participação popular foi manifestada pela opinião pública, canalizada pelas caixas de ressonância de entidades da sociedade civil que promoveram o momento social e pela imprensa, todos fazendo a defesa da “ficha limpa” para candidatos. Mais ainda, a participação popular pode ser vista diretamente, pois 1,6 milhões de pessoas assinaram o projeto de lei de iniciativa popular, que foi aprovado com emendas pelo Congresso Nacional por unanimidade. Seguiu-se a participação através dos movimentos sociais em defesa da lei nos julgamentos em que ela foi experimentada, onde entidades da sociedade civil fizeram a intervenção nos processos ocupando um polo da relação processual, ou nela intervindo, a título de *amicus curiae*¹⁷.

¹⁷ Expressão latina que significa “amigo da corte”. É uma forma *sui generis* de intervenção em processos judiciais onde se discute temas relevantes, levada a cabo por terceiros interessados. Através do instituto são apresentadas razões que servem para o julgador como fonte de conhecimento em assuntos inusitados, inéditos, difíceis ou controversos, ampliando a discussão antes da decisão final.

As duas variáveis estão presentes no caso, portanto. Um *hard case* será examinado para se compreender que peso teve a participação popular em sua decisão. A fim de explorar o tema e adentrar no objeto da pesquisa, passa-se a analisar o caso com outros pormenores.

4.2. A participação popular no *hard case* “ficha limpa” nos anos de 2008 a 2011

Já no ano de 2008 um amplo movimento social foi visto em defesa da moralidade e probidade nas eleições. Naquela época defendeu-se que candidatos com “ficha suja”, ou seja, aqueles sobre os quais pesavam condenações criminais ou pela prática de ato de improbidade administrativa, ainda que não transitadas em julgado, não poderiam concorrer a cargos eletivos.

A tese foi construída na primeira instância da Justiça Eleitoral, local em que foram apresentadas sob esse fundamento inúmeras impugnações de registros de candidaturas, notadamente pelo Ministério Público Eleitoral. O movimento ganhou corpo e apoio de entidades da sociedade civil organizada e de órgãos da imprensa. A própria Associação dos Magistrados Brasileiros – AMB –, um dos órgãos que apoiou a tese, chegou a divulgar em sua página na internet uma relação de candidatos “fichas sujas”. Os presidentes de Tribunais Regionais Eleitorais, reunidos no Rio de Janeiro, chegaram a se manifestar em favor da tese, sendo certo que em muitos Tribunais Regionais Eleitorais candidatos chegaram a ser barrados sob esse fundamento.

A questão chegou ao TSE à vista de recursos interpostos por prejudicados, tendo esse tribunal entendido que não era possível, diante da legislação então em vigor, barrar candidatos “fichas sujas”, salvo se contra eles a condenação já houvesse transitada em julgado e, ainda assim, dentro dos prazos de inelegibilidades previstos na redação da época da Lei Complementar n. 64/1990. Diante da decisão do TSE, levou-se a questão para o STF, através da ADPF 144. A decisão do TSE culminou sendo confirmada pelo STF.

A controvérsia, assim, circulava em torno da interpretação do artigo 14, §9º, da Constituição da República, dispositivo que foi integrado ao texto constitucional pela emenda constitucional de revisão n. 04, no ano de 1994. O movimento social que se formou, inclusive acolhido por várias cortes da Justiça Eleitoral, sustentava que tal dispositivo legal era autoaplicável, tinha eficácia plena, ou seja, não dependia de regulamentação por lei complementar para ter eficácia. A interpretação a que se chegou levava em conta os princípios constitucionais inseridos na Constituição Federal e, principalmente, no citado dispositivo, os

da moralidade e da probidade. Alegava-se que tais princípios não poderiam permitir que pessoas com vida pregressa “suja”, com histórico de condenações, ainda que não transitadas em julgado, pudessem exercer cargos eletivos. Chegava-se a usar argumentos analógicos comparando o provimento de outros cargos importantes da República, como o de tribunais superiores, de magistrado, de membro do Ministério Público, nos quais havia exigência de reputação ilibada, conclusão a que se chegava inclusive mediante a investigação da vida pregressa do candidato. Com isso concluíam que também os detentores de cargos eletivos deveriam ter o mesmo predicado, considerando-se que não o tinha quem possuía “ficha suja”.

Nessa interpretação, visível no *hard case* o choque entre princípios constitucionais. Os princípios da moralidade e da probidade administrativa, que se queria homenagear com essa interpretação, reduziam o âmbito de incidência do princípio da presunção de inocência, previsto no artigo 5º, LVII, da Constituição Federal (BRASIL, 1988). O princípio da previsão de inocência informa que ninguém deve ser considerado culpado antes do trânsito em julgado da sentença penal condenatória. Daí mais um conflito nas teses presente no *hard case*.

Uma sustentava que era possível relativizar o princípio da presunção de inocência, sob o argumento de que tal princípio tinha incidência no Direito Penal, mas que deveria ser relativizado para os outros ramos do Direito. Chegou-se a dizer, em apoio a essa tese, que tal princípio era direcionado para a proteção do indivíduo, compondo o arcabouço dos direitos e garantias individuais, de primeira geração, mas não oponível aos Direitos Políticos, de terceira geração. Isso porque estes tinham perfil coletivo e para a coletividade eram direcionados, quando então uma garantia individual deveria ceder diante do almejado fim coletivo: a moralidade e a probidade daqueles que ocupam cargos públicos. Para se chegar a essa conclusão, os defensores desse ponto de vista diziam que as inelegibilidades não tinham natureza jurídica de pena, de sanção, logo, quanto a elas, não era possível impor o princípio da presunção de inocência. Essa era a tese defendida pelo movimento.

Em sentido contrário, argumentava-se que estender as inelegibilidades aos que contavam com condenações criminais ou pela prática de atos de improbidade administrativa, mas não transitadas em julgado, ofendia o princípio da presunção da inocência. Alegava-se que, no confronto entre os princípios da moralidade e probidade com o da presunção de inocência, os primeiros deveriam ceder e não o segundo. Partia-se do pressuposto de que as inelegibilidades sob o argumento da “ficha suja” deveriam ser consideradas penas, já que implicava uma séria restrição nos direitos políticos de uma pessoa, cuja consequência era experimentada mesmo sem o trânsito em julgado da condenação.

Chama atenção no caso o amplo movimento popular formado em torno da tese que pregava pela inelegibilidade de candidatos com “ficha suja”. Esse movimento foi incentivado pela imprensa e por organizações da sociedade civil, que serviram como caixa de ressonância da opinião pública a respeito do tema. O tema era de interesse jornalístico diante das consequências para o meio político se acaso a tese saísse vencedora nos tribunais, pois vários candidatos, alguns conhecidos nacionalmente, poderiam perder o direito de concorrer a um cargo eletivo. Era uma decisão importante a ser tomada, com graves consequências para o sistema político. Por isso o tema foi polemizado, discutido, dialogado, de modo que a opinião pública se formou em favor da tese.

No ano de 2008 o movimento já era forte e se acirrou após a decisão do STF, na ADPF 144, que decidiu pela improcedência da tese. A decisão do STF estimulou o lançamento de uma campanha que almejava colher cerca de um milhão e trezentos mil assinaturas endossando um projeto de lei de iniciativa popular, a ser apresentado no Congresso Nacional, a fim de que a ideia se tornasse lei. É claro que um movimento como esse tinha força e visibilidade, antes e depois da decisão do STF, pois era fácil convencer uma pessoa de que o mundo político deveria ser limpo da corrupção, ainda mais diante de notícias frequentes de corrupção por políticos na imprensa. Tal movimento tinha o condão de pressionar o Judiciário para que decidisse conforme suas pretensões, bem como ao Legislativo, para que aprovasse uma lei no mesmo sentido.

De fato era um movimento de âmbito nacional. Ganhou visibilidade e tinha potencial para influenciar nas decisões do Judiciário e do Legislativo. Tão grande era sua força que no dia 19 de junho de 2008 foi realizado um evento no Rio de Janeiro, onde os presidentes de 26 TRE's (Tribunais Regionais Eleitorais) confirmaram o apoio à exigência de "ficha limpa", nos termos propostos pelo movimento, para os candidatos que almejavam concorrer a cargos eletivos naquelas eleições¹⁸. Uma pesquisa no site de busca “Google” (www.google.com.br), digitando-se entre aspas a palavra ficha limpa, buscando-se somente o que foi publicado entre 01 de janeiro de 2008 e 31 de dezembro de 2008, revela 34.300 ocorrências, o que bem demonstra o tanto que o tema foi discutido pela sociedade civil naquele ano¹⁹. A par disso, o Ministério Público encampou a ideia e passou a impugnar registros de candidatos com “ficha suja”, servindo como amostra do argumento o fato de que o Ministério Público do Paraná

¹⁸ Conforme a folha de São Paulo: <http://www1.folha.uol.com.br/folha/brasil/ult96u414197.shtml>, em consulta feita em 18 de julho de 2012.

¹⁹ Pesquisa realizada em 18 de julho de 2012.

chegou a recomendar a seus integrantes que assim agissem, emitindo uma recomendação destinada a seus integrantes, conforme se vê na seguinte notícia, publicada no dia 03 de julho de 2008 pela edição *on line* do Jornal Gazeta do Povo:

O **Ministério Público do Paraná** (MP-PR) quer barrar a eleição de políticos com “fichas sujas” nas eleições de outubro deste ano. Nesta quinta-feira (3), o Procurador-Geral de Justiça, **Olympio de Sá Sotto Maior Neto**, anunciou que o órgão fez uma recomendação aos promotores eleitorais para que peçam a impugnação de candidaturas de políticos que têm pendências judiciais. Dessa forma, o MP pretende moralizar as eleições de outubro. A orientação é para que haja impugnação nas hipóteses de condenações em primeiro ou segundo grau de jurisdição, mesmo que não transitadas em julgado, ou seja, se o candidato ainda tiver chances de recursos em instâncias superiores. Também deve haver impugnação, segundo o MP, quando houver contra o candidato ações penais e de improbidade administrativa em trâmite e sem sentença em primeiro grau e em casos de repetidas denúncias de atividade ilícita. Com isso, o passado do candidato será fundamental para que a candidatura continue. (Em: <<http://www.gazetadopovo.com.br/vidapublica/conteudo.phtml?id=783099>>. Acesso em: 01 jun 2012).

Os Ministros do próprio STF reconheceram que o tema ganhou dimensão nacional e que a opinião pública pressionava sua decisão, o que pode ser visto em passagens do acórdão lavrado por ocasião da decisão da ADPF 144. No voto da Ministra Cármen Lúcia consta:

Senhor Presidente, gostaria apenas de sinalizar que seria muito bom começarmos a colocar as coisas em seus devidos lugares *e questionarmos por que este julgamento adquiriu esta dimensão, inclusive social* (Ministra Cármen Lúcia, STF, ADPF nº 144). (grifo nosso)

Já no voto do Ministro Ricardo Lewandowski há:

Evidentemente, o Poder Judiciário, de modo geral, e o Supremo Tribunal Federal, em particular, *não apenas compartilha do anseio popular, que atualmente encontra enfática repercussão nos meios de comunicação*, no sentido de que sejam impedidos de concorrer a cargos eletivos os candidatos que não tenham a qualificação legal ou moral para tanto, como também lhe incumbe dar concreção, no âmbito da Justiça Eleitoral, aos preceitos fundamentais da probidade administrativa e da moralidade para o exercício do mandato, devendo, contudo, fazê-lo dentro das balizas constitucionais e legais em vigor (Ministro Ricardo Lewandowski, STF, ADPF nº 144). (grifo nosso)

Também no voto do Ministro Eros Grau:

Por isso mesmo permaneço no âmbito de uma positividade que ousaria chamar de positividade democrática, *sem ceder aos populismos que tomam a opinião pública e o consenso das massas* como fonte do direito (Ministro Eros Grau, STF, ADPF nº 144). (grifo nosso)

No voto do Ministro Gilmar Mendes do mesmo modo:

É evidente que é compreensível a *ação das várias associações e das várias organizações sociais* tendo em vista a *repercussão que esse tema tem na opinião pública*. [...] Tenho a impressão de que este é um caso exemplar que nós temos de *tensão entre jurisdição constitucional e democracia*. Evidente que a expectativa

dessa chamada opinião pública era no sentido de que nós nos pronunciássemos a favor da eliminação de todos aqueles que têm algum processo, até que descobrissem que, certamente, essa fórmula mágica produziria um hecatombe, produziria uma injustiça em série (Ministro Gilmar Mendes, STF, ADPF nº 144) (grifo nosso)

Assim, fica claro que, já no ano de 2008, os Ministros do STF tinham na consciência a dimensão social do tema, bem como qual era a posição da opinião pública a respeito. E o movimento popular não se encerrou com a decisão do STF na ADPF 144, que julgou improcedente a pretensão que buscava barrar candidatos “fichas sujas” já nas eleições municipais daquele ano. Ao contrário, a decisão contrária do STF parece ter servido como combustível ao movimento, pois, a partir daí, precisamente no dia 01 de setembro de 2008, lançou-se um momento nacional que almejava colher um milhão e trezentos mil assinaturas, a endossar um projeto de lei de iniciativa popular, que viesse por fim a concretizar a “ficha limpa” em lei.

Nesse trabalho, que exigia uma maior organização e envolvia custos, entidades da sociedade civil novamente assumiram o timão: o Movimento de Combate à Corrupção Eleitoral –MCCE – e a Articulação Brasileira contra a Corrupção e a Impunidade –ABRACCI. Esta formava uma rede composta por 78 (setenta e oito) entidades. Já o MCCE era composto por 46 (quarenta e seis) entidades e tinha sede em Brasília. Pretendia acompanhar a atuação do TSE. Cabe referir que o MCCE era uma das entidades fundadoras da ABRACCI.

O projeto de lei de iniciativa popular necessitava, para cumprir requisitos formais de validade, colher mais de um milhão e trezentos mil assinaturas em todo o território nacional, sendo que assinaturas deveriam ser distribuídas em pelo menos cinco Estados da Federação, com no mínimo 0,3% (zero vírgula três por cento) de assinaturas do eleitorado em cada qual, de modo a que, no total, 1% (um por cento) do eleitorado nacional avalizasse o texto. Deveria ser apresentado na Câmara dos Deputados e circunscrever-se a um só assunto. O Brasil, naquela época, contava com cerca de 130.000.000 (cento e trinta milhões) eleitores, por isso que um milhão e trezentos mil de assinaturas eram necessárias.

O movimento angariou cerca de 1,6 milhões de assinaturas, mais do que o mínimo necessário, sendo o projeto de lei de iniciativa popular apresentado na Câmara dos Deputados no dia 29 de setembro de 2009, recebendo o título: projeto de lei complementar n. 518/2009. Desde o início da colheita das assinaturas nenhum congressista “adotou” o projeto, ou seja, apresentou-o como de sua autoria, emprestando o nome para legitimá-lo e para que pudesse ser apreciado. No Legislativo o caminho foi permeado de discussões e debates, não apenas pelo conteúdo da proposta de lei, mas por correrem em paralelo outras propostas de iniciativa

de parlamentares (Projetos de Lei de números 22/99, 53/03, 35/03, 203/04, 376/08, 446/09, 487/09, 499/09, 502/09, 518/09, 519/09 e 544/09) que, embora tratassem também de limitações à elegibilidade de condenados variavam em questões cruciais como, por exemplo, a instância definidora do impedimento de elegibilidade (se a primeira instância ou os tribunais intermediários), bem como as condutas que as impediriam. Foi submetido à aprovação nas duas casas do Congresso Nacional. Na Câmara dos Deputados recebeu o substitutivo²⁰ do deputado José Eduardo Cardozo (PT-SP) com duas importantes alterações em comparação com o projeto original. No Senado Federal recebeu uma única emenda que simplesmente corrigiu o texto aprovado na Câmara.

Na proposta original, bastava que houvesse o recebimento de uma denúncia criminal por órgão judicial colegiado pela prática de certos crimes ou condenação em qualquer instância pela prática de atos de improbidade administrativa. Assim, na proposta original, não era preciso uma condenação transitada em julgado para a incidência da inelegibilidade, a qual perdurava desde a condenação ou o recebimento da denúncia, conforme o caso, até o transcurso do prazo de 08 (oito) anos após o cumprimento da pena. Nesse aspecto, na Câmara dos Deputados recebeu uma importante alteração, no sentido de considerar apenas condenações emanadas de órgãos colegiados da Justiça, ainda que não transitadas em julgado, como aptas a causar a inelegibilidade. Assim, enquanto na proposta original bastava a condenação por um juízo singular, de primeira instância, pela prática de atos de improbidade administrativa, ou o recebimento de uma denúncia por um órgão colegiado, com a emenda passou-se a exigir a condenação e por um órgão colegiado, ou seja, por órgãos de segunda instância ou instância superior, além do Tribunal do Júri (órgão colegiado de primeira instância).

Outra importante alteração recebida pelo projeto é a que acrescentava o artigo 26-C ao texto da Lei Complementar n. 64/1990, dispondo que o órgão colegiado do tribunal competente para apreciar o recurso contra as decisões colegiadas que implicavam em inelegibilidades poderia, em caráter cautelar, a pedido do interessado, suspender a inelegibilidade, desde que, segundo a lei, houvesse plausibilidade da pretensão recursal. Assim, se acaso determinado pré-candidato ou candidato fosse condenado por um órgão colegiado, mas com decisão ainda não transitada em julgado, poderia interpor recurso e requerer a suspensão da inelegibilidade. Se deferida fosse a suspensão, o recurso seria julgado

²⁰ Espécie de emenda que altera a proposta em seu conjunto, substancial ou formalmente. Recebe esse nome porque substitui o projeto. O substitutivo é apresentado pelo relator e tem preferência na votação, mas pode ser rejeitado em favor do projeto original.

com prioridade de julgamento, salvo os casos de mandado de segurança e de *habeas corpus*. Se lograsse a decisão, a inelegibilidade ficaria suspensa até decisão final do recurso. Enfim, foi incluída essa válvula de escape para aquele que tivesse em seu desfavor uma condenação por um órgão colegiado ainda não transitada em julgado.

A emenda apresentada no Senado Federal ao projeto popular de lei apenas cuidou da redação, proposta pelo Senador Francisco Dornelles (PP-RJ), para que nas alíneas “e”, “h”, “j”, “l” e “n” do artigo 1º da LC 64/1990, houvesse a substituição da construção “*tenham sido condenados*” pela expressão “*que forem condenados*”. A emenda foi acolhida pelo então relator Demostenes Torres, a título de simples adequação da redação, sem alteração quanto ao conteúdo, pelo que tal projeto não necessitava retornar à Câmara dos Deputados se acaso fosse acolhida.

Com essas principais alterações, o projeto de lei de iniciativa popular foi aprovado por unanimidade pelo Congresso Nacional. Na Câmara dos Deputados foi aprovado em 05 de maio de 2010 com 388 votos. No Senado Federal foi aprovado em 19 de maio do mesmo ano com 76 votos. O projeto recebeu a sanção presidencial, tornando-se a Lei Complementar n. 135/2010, sendo publicado e entrando em vigor no dia 04 de junho de 2010.

Entrado em vigor, logo de início a Lei Complementar n. 135/2010 foi levada à apreciação do Judiciário. Inicialmente através de uma consulta (CC), n. 1120-26.2010.6.00.0000, oriunda do Distrito Federal, protocolada no TSE, que buscava saber daquela Corte: uma lei eleitoral que dispusesse sobre inelegibilidades e que entrasse em vigor antes de 05 de julho de 2010, poderia ser efetivamente aplicada para as eleições gerais daquele ano? E a consulta foi feita diante da regra do artigo 16 da Constituição da República, que determina que a lei que alterar o processo eleitoral entrará em vigor na data de sua publicação, mas não se aplica à eleição que ocorra até um ano da data de sua vigência. A consulta foi respondida afirmativamente pelo TSE, motivo pelo qual a Justiça Eleitoral levou a cabo a aplicação daquela lei ainda naquele ano.

Muitos candidatos foram barrados. No Brasil foram 242 (duzentos e quarenta e dois) barrados, em 23 (vinte e três) Estados da Federação e no Distrito Federal. São Paulo teve 39 (trinta e nove) registros negados pelo Tribunal Regional Eleitoral daquele Estado. O Ceará teve 29 (vinte e nove); Rondônia, 24 (vinte e quatro); Minas Gerais, 15 (quinze); Pernambuco, 15 (quinze); Paraíba, 12 (doze); Goiás, Paraná e Rio de Janeiro, 11 (onze); Acre, 09 (nove); Alagoas, Bahia e Piauí, 07 (sete); Espírito Santo, 06 (seis); Mato Grosso e Rio Grande do Sul, 05 (cinco); Amapá, Amazonas, Mato Grosso do Sul, Roráima, Santa Catarina e Tocantins, 04

(quatro); Distrito Federal, 03 (três); Sergipe, 02 (dois)²¹. Muitos desses atingidos interpuseram recursos perante a própria Justiça Eleitoral, que chegaram ao próprio TSE, que então deveria decidir situações concretas. E a decisão do TSE foi no sentido de que a lei deveria ter aplicabilidade já no ano de 2010.

Na época os movimentos sociais apoiadores da lei intensificaram seus esforços e nova campanha na mídia e em redes sociais se viu, todos buscando uma decisão que viesse a reconhecer a aplicabilidade da lei já no ano de 2010. O próprio TSE sofreu essa influência quando decidiu o tema, mas grande pressão recebeu o STF quando foi chamado a decidir o tema, após a decisão do TSE.

Recursos chegaram ao STF que versavam sobre a questão, todos buscando a reforma da decisão do TSE. Os recursos mais relevantes e que serão explicados receberam os números 630.147-DF, 631.102-PA e 633.703-MG, interpostos por Joaquim Roriz, Jader Barbalho e Leonídio Bouças, respectivamente. O recurso interposto por Joaquim Roriz (630.147-DF) foi julgado prejudicado, eis que tal candidato havia renunciado ao posto de candidato de Governador do Distrito Federal. O recurso 631.102-PA, interposto por Jader Barbalho, recebeu uma curiosa decisão. Ficou empatado, tendo cinco votos pró e cinco votos contra a tese. Daí surgiram duas possibilidades, todas discutidas pelos Ministros do STF, alguns defendiam que o voto do Presidente teria maior peso, outros tendiam a considerar que a decisão TSE não havia sido reformada, por que não houve uma decisão noutra sentido, assim ela continuava íntegra. Essa última opção foi escolhida, entretanto, o empate não resolveu a questão, uma vez que restava um ministro tomar posse no STF, cujo voto indicaria a posição da Corte.

O recurso 633.703-MG, interposto por Leonídio Bouças, culminou sendo julgado, desta feita com o quadro de ministros completo. Nele o STF reconheceu a repercussão geral do tema, com o que, com o seu julgamento, a Corte firmaria sua posição, a qual teria eficácia para todos os demais pendentes de julgamento. Quando do julgamento desse recurso o STF já tinha seu 11º Ministro, pois Luiz Fux já havia sido indicado pelo então Presidente da República Luiz Inácio Lula da Silva e tomado posse. E Luiz Fux pendeu para o lado daqueles que defendiam que a Lei Complementar n. 135/2010 somente seria aplicável às eleições de 2012, desempatando o placar e dando à decisão repercussão geral, o que acabou sendo aproveitado no recurso 631.102-PA, favorecendo Jader Barbalho.

²¹ Esses dados estão publicados na seguinte dissertação de mestrado: ABREU, Daniel Borges de. Ficha Limpa: Decisões do Supremo Tribunal Federal, do Tribunal Superior Eleitoral e Judicialização da Política. Porto Alegre. Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, 2012. Dissertação de Mestrado. Página 68.

Ocorre que a controvérsia a respeito da Lei Complementar n. 135/2010 não parou por aí, pois o Partido Popular Socialista – PPS – propôs perante o STF ação declaratória de constitucionalidade, com pedido de medida cautelar, para que aquela Corte declarasse a constitucionalidade de normas contidas na Lei Complementar n. 135/2010. Postulava o Partido Popular Socialista o reconhecimento da validade jurídica da aplicação das hipóteses de inelegibilidade instituídas pela Lei Complementar nº 135/10 aos casos em que os atos ou fatos passíveis de enquadramento tivessem ocorrido antes da edição da referida lei.

Essa ação declaratória de constitucionalidade foi apensada à ação declaratória de inconstitucionalidade n. 4578, proposta pela Confederação Nacional das Profissões Liberais – CNPL. Nela requeria-se a declaração de inconstitucionalidade do artigo 1º, inciso I, alínea “m” da Lei Complementar nº 64/90, inserido pela Lei Complementar nº 135/10, sob a acusação de que tal dispositivo legal estava inquinado de inconstitucionalidade formal, sob o argumento de que conferia aos conselhos profissionais competência em matéria eleitoral, ao admitir que a violação a regimentos internos elaborados por esses conselhos pudessem ocasionar a imposição de sanções de cunho eleitoral. Sustentava também a inconstitucionalidade material, traduzida em violação do princípio da razoabilidade, ao equiparar decisões administrativas de conselhos profissionais a decisões colegiadas do Judiciário para fins de imposição de inelegibilidades. Enfim, nessa ação discutia-se a constitucionalidade artigo 1º, inciso I, letra “m”, que previa a inelegibilidade dos que forem excluídos do exercício da profissão, por decisão sancionatória do órgão profissional competente, em decorrência de infração ético-profissional, pelo prazo de 08 (oito) anos, salvo se o ato houvesse sido anulado ou suspenso pelo Judiciário.

Essas duas ações foram apensadas à ação declaratória de constitucionalidade nº 30, ajuizada pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, onde o objetivo era ver declarados constitucionais todos os dispositivos da Lei Complementar n. 135/2010, reproduzindo-se os argumentos da ação declaratória de constitucionalidade nº 29, e acrescentando como fundamento a existência de divergência em diversos Tribunais Regionais Eleitorais, fazendo-se referência a decisões dos TRE’s (Tribunais Regionais Eleitorais) de Sergipe e Minas Gerais, embora com as decisões do TSE, que decidia sempre no sentido na constitucionalidade da lei.

Os três processos foram reunidos e tiveram um único julgamento. O resultado do julgamento apresentou o placar de 05 (seis) votos favoráveis à tese que defendia a integral constitucionalidade da Lei Complementar n. 135/2010. Pela constitucionalidade parcial

votaram 03 (três) ministros, mas cada qual divergindo em ponto específico, onde saíram derrotados. Pela integral inconstitucionalidade, também se saindo derrotados, votaram 03 (três) ministros. Assim, a lei foi julgada integralmente constitucional pelo STF.

Nos julgamentos em que a Lei Complementar n. 135/2010 foi posta em “xeque”, a pressão da opinião pública se fez presente, estando viva na consciência dos julgadores a vontade da maioria do povo brasileiro, o que pode ser visto em várias passagens dos votos dos Ministros do STF no julgamento conjunto das ADC’s (ações declaratórias de constitucionalidade) nº 29 e 30 e ADI (ação declaratória de inconstitucionalidade) nº 4578.

No voto do Ministro Luiz Fux consta:

Assim, não cabe a este Tribunal desconsiderar a existência de um descompasso entre a sua jurisprudência e a hoje *fortíssima opinião popular a respeito do tema “ficha limpa”*, sobretudo porque o debate se instaurou em interpretações plenamente razoáveis da Constituição e da Lei Complementar nº 135/10 – interpretações essas que ora se adotam. [...] O Supremo Tribunal não é contramajoritário para ir *contra a opinião da população*, sobre o que ela entende a respeito da presunção de inocência ou sobre quem pode exercer um mandato político. Evidentemente ela não nos pauta, *mas temos que ouvi-la porque todo poder emana do povo e em seu nome é exercido* (Ministro Luiz Fux, STF, ADC’s nº 29 e 30 e ADI nº 4578) (grifo nosso)

No voto de Gilmar Mendes:

A partir daí há, na verdade, *a tentativa de aprisionar, o que nos dificulta enormemente a missão nesta Corte*, como em outros casos, porque acabamos tendo de nos pronunciar de forma contramajoritária, claro, *tendo em vista a opinião pública, segundo as pesquisas manifestadas de opinião* (Ministro Gilmar Mendes, STF, ADC’s nº 29 e 30 e ADI nº 4578) (grifo nosso)

Da Ministra Rosa Weber:

Assim, menos pelo baixo índice de mobilização da sociedade brasileira do que pelas dificuldades que se apresentam, nos planos fático e jurídico, ao exercício da participação direta, passadas mais de duas décadas, *a Lei da Ficha Limpa detém o 4º lugar no ranking das leis de iniciativa popular que lograram aprovação no Brasil, o que evidencia o esforço hercúleo da população brasileira em trazer para a seara política uma norma* de eminente caráter moralizador, tamanha a repulsa da sociedade pelo sistema até então vigente, em que pretendentes a cargos eletivos, mesmo gozando de péssima reputação, carecedores de honestidade e boa-fé, com vida pregressa emoldurada de extensa ficha de registros negativos junto aos órgãos da administração pública – incluídos no rol processos criminais em curso -, podiam lançar mão do poder político para encobrir as condutas desabonadoras passadas e presentes, utilizando o mandato eletivo em proveito próprio (Ministra Rosa Weber, STF, ADC’s nº 29 e 30 e ADI nº 4578) (grifo nosso)

Também no voto de Ayres Brito:

Ele não atendeu, por conta própria, por impulso interno, o chamamento a Constituição para aportar outros casos de inelegibilidade em prol da probidade administrativa e da moralidade para o exercício do mandato. *E o povo cansado, a população saturada, desalentada, se organizou*, sob a liderança de mais de sessenta instituições da sociedade civil, dentre as quais, a CNBB e a Ordem do Advogados do Brasil - estou, aqui, a divisar fisicamente os seus representantes -, *o povo tomou essa iniciativa, conjugando democracia direta ou representativa* - ainda, ontem, dizia a Ministra Rosa Weber - com democracia indireta ou representativa, *porque, quando a lei é de iniciativa popular*, o Congresso Nacional atua quando a matéria já está a meio caminho, quando a iniciativa já está deflagrada (Ministro Ayres Britto, STF, ADC's nº 29 e 30 e ADI nº 4578) (grifo nosso)

Assim, o tema “ficha limpa” já é objeto de decisão nos tribunais superiores brasileiros, no STF e no TSE desde longa data, sendo que, desses julgamentos, selecionou-se para análise os seguintes: Recurso Ordinário (RO) nº 1.069-RJ, do TSE; ADPF 144-DF, do STF; CC 1120-26.2010-DF, do TSE; Recursos Extraordinários (RE) nº 630.147-DF, 631.102-PA e 633.703-MG, do STF; e julgamento conjunto das ADC's 29 e 30 e da ADI 4578, do STF. Nesses julgamentos, todos qualificados como *hard case*, no conceito exposto neste texto, será investigado o peso da participação popular na formação da decisão, uma vez que elementos extrajurídicos comumente são vistos na fundamentação de decisões em casos difíceis.

No caso, sustenta-se que houve participação popular, segundo a tipologia aqui desenvolvida. Nos julgamentos do ano de 2008 a participação popular foi do tipo deliberativa, segundo o modelo proposto por Habermas, já que houve amplo apoio popular manifestado através da opinião pública de que fala a democracia deliberativa de Habermas, canalizada pelas caixas de ressonância da imprensa e entidades da sociedade civil para as instâncias decisórias. Já nos julgamentos dos anos de 2010 e 2011, a modalidade de participação popular foi híbrida, a participação popular pregada pelos participacionistas, onde o próprio soberano, ou parte dele, manifesta-se diretamente (participativa) bem como segundo o modelo deliberativo, conforme Habermas. Além da opinião pública de Habermas, já explicada, também se deu a participação na modalidade direta, uma vez que 1,6 milhões pessoas assinaram o projeto de lei de iniciativa popular, que resultou na Lei Complementar nº 135/2010, uma forma de democracia direta.

Antes, porém, de se passar à análise das decisões publicadas nos processos referidos, é preciso explicar a metodologia empregada para a classificação de cada voto publicado nas decisões do TSE e do STF. É o que agora se faz.

4.3. Categorias classificatórias dos votos

Analisando-se as decisões selecionadas do TSE e STF, pertinentes ao *hard case* “ficha limpa”, num total de 07 (sete) acórdãos (dois do TSE e 05 do STF), logo se verifica que esses julgamentos contaram com a participação de 21 (vinte e um) ministros. Alguns participaram de mais de um julgamento, outros de apenas um, perfazendo um total de 67 (sessenta e sete) votos.

A fim de possibilitar a análise de tais decisões, para se descobrir a interferência da variável “participação popular” em cada qual, idealizou-se 04 (quatro) categorias de votos. A investigação segue essa metodologia. De início, procura-se saber se no voto há referência à “participação” popular conforme a tipologia já exposta neste trabalho. Dois resultados serão encontrados: votos que fazem referência à participação popular e votos não o fazem. Os votos que sequer fazem referência à participação popular, por consequência, não utilizam tal circunstância como linha argumentativa para fundamentar suas conclusões. Chega-se aqui à primeira categoria: votos que não fazem referência à participação popular.

Já os votos que fazem referência à participação popular precisam ser analisados, para se saber se tal circunstância foi usada como argumento a dar sustentação à conclusão. Duas espécies de votos podem ser vistos aqui: votos que utilizam a participação popular como argumento a amparar suas conclusões e votos que fazem referência a ela, mas não a utilizam como argumento. Neste último caso, embora seja feita referência à participação popular, a linha argumentativa não se ampara nela. A referência é feita para demonstrar a história da lei, a justificativa ética da lei, mas sem deixar explícito que tal circunstância foi ponderada na decisão. Outra categoria de votos é encontrada aqui: votos que fazem referência à participação popular, mas não a utilizam como linha argumentativa em suas conclusões.

Já os votos que utilizam a participação popular como argumento podem ser divididos em duas categorias, conforme o objetivo pretendido. O voto pode fazer referência à participação popular como um dos argumentos a amparar a conclusão de que a “ficha limpa” deve ser aplicada como critério para se analisar a elegibilidade de determinado candidato, ou seja, para se concluir que somente candidatos “fichas limpas” podem concorrer nas eleições. Ou, ainda, como argumento para a defesa da independência da Corte em relação a ela, vale dizer, como amparo a um discurso que visa sustentar que o julgador deve ficar livre dessa influência.

Desse modo, em conclusão, há quatro categorias de votos possíveis quando se busca investigar a influência da participação popular no julgamento do *hard case* “ficha limpa”: a) votos que fazem referência à participação popular como argumento em defesa da “ficha

limpa”; b) votos que fazem referência à participação popular com argumento em defesa da independência da corte em relação a ela; c) votos que fazem referência à participação popular, mas que não a utilizam como argumento; e d) votos que não fazem referência à participação popular. O quadro abaixo ajudará a melhor compreender tais categorias.

QUADRO 1: Categorias de votos.

Votos/categorias:	Fez referência no voto à participação popular?	Usou a participação popular como argumento?	Usou como argumento para defender o quê?
Categoria 1:	Sem Referência	-----	-----
Categoria 2:	Com Referência	Mas, sem uso como argumento.	-----
Categoria 3:	Com Referência	Usa como argumento.	Para defender a independência da corte em relação a ela.
Categoria 4:	Com Referência	Usa como argumento.	Para defender a “ficha limpa”.

A pesquisa, assim, busca classificar os votos numa dessas categorias, o que possibilitará a análise e discussão dos achados, com o será possível testar a hipótese. Segue-se agora para a análise das decisões selecionadas, o que será feito conforme a metodologia explicada até aqui.

4.4. Análise das decisões do *hard case* “ficha limpa”

4.4.1. Análise do julgamento do recurso ordinário nº 1.069-RJ pelo TSE

Já foi dito que os critérios de probidade e moralidade, normalidade e legitimidade das eleições foram inseridos pela primeira vez, no Brasil, na Constituição de 1967, em seu artigo 148. A norma foi reproduzida na Constituição de 1969, artigo 151, acrescentando-se ao texto a expressão: “moralidade para o exercício do mandato, considerando-se a vida pregressa do candidato” (BRASIL, 1969). Desde então já se encontrava dispositivo constitucional que mandava considerar a “vida pregressa” de candidato a cargo eletivo. Chegou-se até a Lei Complementar n. 05/1970, que também trazia dispositivo que previa a inelegibilidade aos que tivessem sido condenados ou respondessem a processo judicial, instaurado por denúncia do Ministério Público, recebida pela autoridade judiciária competente, por crime contra a segurança nacional e a ordem política e social, a economia popular, a fé pública e a administração pública, o patrimônio ou por terem arguido inelegibilidade, ou impugnado registro de candidato com motivação falsa, ou graciosamente, por espírito de emulação, mero capricho ou erro grosseiro, crime previsto no artigo 22 da referida lei, enquanto não absolvidos ou penalmente reabilitados. O TSE declarou, com base no princípio da presunção de inocência, que não constava expressamente do texto constitucional de 1969, a

inconstitucionalidade dessa norma constante da LC 05/1970. Por outro lado, o STF reconheceu a conformidade dessa norma com o texto constitucional então vigente, fazendo-o nos recursos extraordinários de números 86.297 e 86.583. Na redação original do artigo 14, §9º, da Constituição Federal, a expressão “considerada a vida pregressa” do candidato não estava presente. Em 1990 sobreveio a Lei Complementar nº 64, que trouxe regramento diverso, desta feita exigindo-se o trânsito em julgado de condenações por certos crimes, para que fosse operada a causa de inelegibilidade. Após isso, só depois da emenda de revisão nº 04, que deu nova redação ao artigo 14, §9º, da Constituição da República, que a tese “ficha limpa” voltou ao cenário. E voltou justamente porque a expressão “vida pregressa” foi escrita no texto constitucional. Construiu-se uma tese no sentido de que tal dispositivo era autoaplicável, chegando-se à conclusão de que esse dispositivo, que tinha por fim proteger a probidade administrativa, a moralidade para exercício de mandato considerada vida pregressa do candidato, comportava uma interpretação pós-positivista. E essa interpretação pregava que candidatos réus em ações penais ou de improbidade administrativa, ainda que houvesse possibilidade de recurso, com ou sem sentenças condenatórias já publicadas, eram inelegíveis.

O movimento social em torno da tese começou de forma tímida, com pouquíssimos apoios manifestados em público na sociedade e no meio jurídico. Nesse passo, nas eleições de 2006, pouco se falou a respeito do tema, já que naquela época a tese ainda não havia ganhado corpo na sociedade e entre os próprios membros da magistratura e do Ministério Público. Em consulta à página de busca www.google.com.br, digitando-se: “ficha limpa” “eleições 2006”, exatamente desta forma, mas buscando-se publicações entre 01 de janeiro de 2006 a 31 de dezembro de 2006, encontra-se apenas 99 (noventa e nove) ocorrências²². Nessa época, o único julgamento cuja citação aqui é necessária é o operado pelo TSE no Recurso Ordinário 1.069-RJ.

O recorrente²³, então candidato a deputado federal nas eleições de 2006, teve seu registro de candidatura impugnado e indeferido pelo Tribunal Regional Eleitoral do Rio de Janeiro, sob o argumento de que era réu em vários processos, tendo duas condenações, pelos crimes de resistência e de falsidade de documentos, mas nenhuma com condenação já transitada em julgado. Pela letra da Lei Complementar nº 64/1990, com a redação da época, esse candidato era elegível, já que tal lei exigia o trânsito em julgado da condenação, o que não era o caso. Mas, conforme a interpretação pós-positivista aqui já exposta, ao argumento

²² Pesquisa levada a cabo no dia 24 de julho de 2012.

²³ Entende-se por recorrente a pessoa que interpôs o recurso.

de que a vida pregressa do candidato não recomendava o deferimento do registro de sua candidatura, nos termos do artigo 14, §9º, da Constituição da República, considerando-o autoaplicável, o Tribunal Regional Eleitora do Rio de Janeiro decidiu barrá-lo. Inconformado com a decisão, o recorrente interpôs recurso perante o TSE, recurso que recebeu o número 1.069-RJ.

Esse recurso teve o seu pedido julgado provido em 20 de setembro de 2006, ou seja, ainda em 2006 o TSE reformou a decisão do TRE do Rio de Janeiro por 04 votos a 03. Votaram pela reforma da decisão os Ministros Marco Aurélio, Cezar Peluso, Gerardo Grossi e Marcelo Ribeiro. Saíram vencidos os Ministros Carlos Ayres Britto, Cesar Asfor Rocha e José Delgado. O argumento vencedor pautou no princípio da presunção de inocência, previsto no artigo 5º, LVII, da Constituição da República, que não poderia ser sacrificado em nome dos princípios da moralidade e da probidade, agasalhados no artigo 14, §9º, da Constituição. Na colisão entre tais princípios, entendeu-se que não era possível sacrificar tão profundamente o princípio da presunção de inocência. Ademais, outro argumento usado para fundamentar essa decisão era o de que o referido artigo 14, §9º, da Constituição, dependia de Lei Complementar para ter eficácia. E a lei que havia na época, a Lei Complementar nº 64/1990, não autorizava tal interpretação. Enfim, entendeu-se que o Judiciário não poderia, através de uma decisão judicial, restabelecer a vigência do estipulado pela revogada Lei Complementar n. 05/1970.

Na fundamentação dos votos dos Ministros do TSE, tanto os que julgaram num e noutro sentido, não há referência à participação popular, em qualquer das categorias expostas neste trabalho, salvo o voto do Ministro Marco Aurélio, que consignou:

[...] A meu ver, não, a menos que caminhemos para o estabelecimento, no âmbito do próprio Judiciário, em um campo tão restrito como é o da inelegibilidade, de situações concretas ao sabor das circunstâncias reinantes, da quadra vivida no País, que, reconheço, realmente é de purificação. [...] O julgamento é importantíssimo e certamente, em termos de crivo do Tribunal Superior Eleitoral, não será entendido pelo leigos, pela sociedade, que anseia a correção de rumos, objetivando o afastamento das eleições, daqueles que, de alguma forma, mostrem-se, no campo da presunção, transgressores da ordem jurídica (Ministro Marco Aurélio, TSE, RO Nº 1.069-RJ).

Nos demais votos, os Ministros pautaram-se num discurso técnico-jurídico, uma interpretação positivista ou pós-positivista a Constituição, conforme seus entendimentos. Procuraram calçar seus pontos de vista em argumentos jurídicos e quando usaram argumentos extrajurídicos foram de outra natureza, mas não numa vontade da sociedade brasileira no

sentido de que essa ou aquela interpretação saísse vencedora. Obviamente que balizas éticas adentraram em alguns votos, sustentando que se devia proteger a moralidade e a probidade nos cargos públicos, mas como essa questão está fora do objeto de pesquisa, não será tratada. Enfim, não se pode encontrar na decisão do Recurso Ordinário 1.069-RJ alusões à participação como razão de decidir. Nem mesmo se utilizou de argumentos no sentido de que a corte deveria permanecer neutra a essa participação popular, para decidir contramajoritariamente, salvo o voto do Ministro Marco Aurélio.

Os votos publicados no julgamento desse recurso, conforme a metodologia aqui empregada, são classificados conforme mostra o quadro 2.

QUADRO 2: julgamento do RO 1.069-RJ pelo TSE

Ministro:	Fez referência no voto à participação popular?	Usou a participação popular como argumento?	Usou como argumento para defender o quê?	Votou pela aplicação da tese “ficha limpa”?
Ayres Britto	Sem Referência	-----	-----	SIM
Cesar Asfor Rocha	Sem Referência	-----	-----	SIM
Cezar Peluso	Sem Referência	-----	-----	NÃO
Geraldo Grossi	Sem Referência	-----	-----	NÃO
José Delgado	Sem Referência	-----	-----	SIM
Marcelo Ribeiro	Sem Referência	-----	-----	NÃO
Marco Aurélio	Com Referência	Usou a participação popular como argumento.	Para defender a independência da corte em relação a ela.	NÃO

Fonte: o autor.

O julgamento do Recurso Ordinário 1.069-RJ chama a atenção pelo fato de que foi publicado numa época onde não havia um substancial movimento popular em torno da tese “ficha limpa” e, ainda que houvesse, não tinha a dimensão do movimento nos anos de 2008 a 2011. O TSE julgou o recurso, portanto, livre de uma maior influência. Aqui, embora não seja possível analisar a variação da decisão à vista da participação popular, pois somente o Ministro Marco Aurélio fez consignar em seu voto tal circunstância, o caso é retratado para análise comparativa com as decisões que após foram tomadas na questão “ficha limpa”, quando tal variável já se encontrava mais evidente.

4.4.2. Análise do julgamento da ADPF N° 144-DF pelo STF

Nas eleições de 2008 a defesa da tese “ficha limpa” voltou aos tribunais, mas desta feita com o apoio de um movimento social relevante. Aqui a sociedade já era convidada a refletir sobre o tema, capitaneada por órgãos de imprensa e por entidades organizadas da sociedade civil. Conforme foi visto, no ano de 2008 a “ficha limpa” passou a contar com o

apoio popular. E várias decisões de Cortes Regionais da Justiça Eleitoral abordaram o tema, muitas delas acolhendo a tese e barrando candidatos. Dentro do Ministério Público Eleitoral, um dos agentes com poder para impugnar registros de candidaturas, cresceu o número de adeptos da tese, o que favorecia o debate público do tema, diante do previsível aumento do número de impugnações a candidaturas.

Uma das estratégias do movimento em defesa da “ficha limpa” foi a propositura de uma ação de descumprimento de preceito fundamental (ADPF) no STF. Tal ação ganhou o número 144-DF e foi proposta por Associação Nacional dos Magistrados Brasileiros, tendo intervindo no processo a título de *amicus curiae* a Associação Nacional dos Membros do Ministério Público, a Associação Nacional dos Procuradores da República, o Partido Progressista e a Associação dos Juízes Federais do Brasil. As três associações interventoras postularam ao lado Associação Nacional dos Magistrados Brasileiros, ao contrário do partido político. Esperava-se que o STF desse provimento ao pedido, para que ficasse assente, em caráter nacional, essa interpretação, com o que a Justiça Eleitoral barraria sem maiores empecilhos candidatos “fichas sujas”, tudo em nome da segurança jurídica e para que não houvesse decisões conflitantes.

Na ADPF 144-DF, em 06/08/2008, o STF decidiu por 09 votos a 02 que não era possível o acolhimento da tese, pautando-se fundamentalmente em dois argumentos: o princípio da presunção de inocência impedia tal conclusão, por não ser possível relativizá-lo, mesmo à vista dos princípios da moralidade e probidade, e porque o artigo 14, §9º, da Constituição da República, não era autoaplicável, dependendo de regulamentação através lei complementar, cuja lei então em vigor, a LC 64/1990, não autorizava tal conclusão. A favor da tese “ficha limpa” votaram os Ministros Carlos Ayres Brito e Joaquim Barbosa, mas a tese contrária sagrou-se vencedora com os votos dos Ministros Gilmar Mendes, José Antônio Dias Toffoli, Celso de Melo, Marco Aurélio, Ellen Gracie, Cezar Peluso, Eros Grau, Ricardo Lewandowski, Cármen Lúcia e Menezes Direito.

Nesse julgamento, nos votos dos Ministros do STF é possível ver várias alusões à participação popular, o que torna evidente que tinham eles consciência da existência dos movimentos sociais e da opinião pública já construída a respeito do tema. Veja:

Ministra Cármen Lúcia:

Senhor Presidente, gostaria apenas de sinalizar que seria muito bom começarmos a colocar as coisas em seus devidos lugares e *questionarmos por que este julgamento adquiriu esta dimensão, inclusive social* [...]. Evidentemente, o Poder Judiciário, de modo geral, e o Supremo Tribunal Federal, em particular, *não apenas compartilha*

do anseio popular, que atualmente encontra enfática repercussão nos meios de comunicação, no sentido e que sejam impedidos de concorrer a cargos eletivos os candidatos que não tenham a qualificação legal ou moral para tanto, como também lhe incumbe dar concreção, no âmbito da Justiça Eleitoral, aos preceitos fundamentais da probidade administrativa e da moralidade para o exercício do mandato, devendo, contudo, fazê-lo dentro das balizas constitucionais e legais em vigor (Ministra Cármen Lúcia, STF, ADPF 144-DF). (grifo nosso)

Ministro Eros Grau:

Por isso mesmo permaneço no âmbito de uma positividade que ousaria chamar de *positividade democrática*, sem ceder aos populismos que tomam a opinião pública e o consenso das massas como fonte do direito [...]. os juízes que de qualquer forma se engajaram no movimento que a mídia chama de “defesa das listas sujas” deverão ter o cuidado de argüir a própria suspeição caso estejam envolvidos em processos que examinem acusações contra os “listados”. [...] Jornal desta manhã afirma que a sessão de hoje, neste tribunal, pode ser um divisor de águas na luta pela moralização da vida pública (Ministro Eros Grau, STF, ADPF 144-DF). (o grifo do autor) (sic)

Ministro Cezar Peluso:

[...] lembrei-me de que, neste caso, nós descaímos do terreno da juridicidade e entramos no terreno do conflito entre a racionalidade jurídica e a irracionalidade da opinião pública, sobre a qual o Ministro Eros Grau acabou de proferir palavras, a meu ver, muito acertadas, pois sabemos todos que, não raras vezes, é guiada por pulsões primitivas, incendiadas por veículos de mídia ávidos de sensacionalismo [...] Recordei-me, também, desta observação de DENIS SALAS: *a denúncia já é uma condenação onde o tempo é instantâneo, isto é, abolido, à semelhança do mercado e dos meios de comunicação, onde os juízos éticos e os juízos morais estão baseados na capacidade de gerar a indignação popular*. E lembrou-me ainda a resposta de Sócrates a Críton, narrada por Platão, quando indagado a respeito da multidão, à véspera de sua morte: *Quem me dera que a multidão fosse capaz de fazer coisas más, se também fosse capaz de fazer coisas boas; não faz nem uma coisa nem outra, age ao acaso*. Esse ambiente incontrolável que transforma em irracionalidade a atuação do Judiciário é que me parece absolutamente incompatível, entre outras coisas, com os princípios mais imediatos da Constituição da República Ministro Cezar Peluso, STF, ADPF 144-DF). (grifo do autor)

Ministro Gilmar Mendes:

É evidente que é compreensível a ação das várias associações e das várias organizações sociais tendo em vista a repercussão que esse tema tem na opinião pública. [...] A partir daí há, na verdade, a tentativa de aprisionar, o que nos dificulta enormemente a missão nesta Corte, como em outros casos, porque acabamos tendo de nos pronunciar de forma contra-majoritária, claro, tendo em vista a opinião pública, sendo as pesquisas manifestadas de opinião. **Mas esta é a missão desta Corte: aplicar a Constituição, ainda que contra a opinião majoritária. Esse é o ethos de uma Corte Constitucional.** É fundamental que tenhamos essa visão [...] Tenho a impressão que este é um caso exemplar que nós temos de tensão entre jurisdição constitucional e democracia. Evidente que a expectativa dessa chamada opinião pública era no sentido de que nós nos pronunciássemos a favor da eliminação de todos aqueles que têm algum processo, até que descobrissem que, certamente, essa fórmula mágica produziria uma hecatombe, produziria uma injustiça em série (Ministro Gilmar Mendes, STF, ADPF 144-DF). (grifo do autor) (sic)

Ministro Marco Aurélio:

Presidente, deram, tenho que admitir, uma esperança vã à população leiga e, também digo, muito trabalho ao relator deste processo (Ministro Marco Aurélio, STF, ADPF 144-DF).

Além dessa fala, quando aborda a questão da participação popular, somando-se a outros argumentos técnico-jurídicos, fez o Ministro Marco Aurélio consignar que integrava o seu voto a decisão que proferiu no julgamento do Recurso Ordinário nº 1.069-RJ, onde fez algumas considerações a respeito da vontade popular, conforme antes consignado.

O Relator da ADPF foi o Ministro Celso de Mello. Pautou o seu voto com argumentos técnico-jurídicos. Fez análise de precedentes e analisou a história do Direito em volta dos temas e princípios em discussão. Na colisão entre princípios, da presunção de inocência com os da moralidade e probidade, fez opção por manter intacto o primeiro. Em momento algum do seu voto é vista alusão à participação popular, à opinião pública, aos movimentos sociais que cresciam em volta do tema. Guardou distância dessa variável em seu pronunciamento, pois em seu discurso não é possível ver sinais de influência da participação popular. Nem mesmo se encontra alusões no sentido de que a Corte deveria guardar distância da opinião pública. Enfim, foi completamente ignorado no seu discurso de fundamentação de voto a participação popular.

Na mesma linha, votando pelo indeferimento do pedido, para que a tese “ficha limpa” não vingasse, também ignorando o movimento social em defesa da tese, a exemplo do relator Celso de Mello, votaram os Ministros José Antônio Dias Toffoli, Ellen Gracie, Ricardo Lewandowski e Menezes Direito. Nessa linha, portanto, somando-se o voto do relator, votaram 05 (cinco) ministros.

Já 05 (cinco) Ministros fizeram referência em seus votos da participação popular em torno da tese “ficha limpa”, cujos trechos foram citados acima. Os Ministros Gilmar Mendes, Marco Aurélio, Cezar Peluso e Eros Grau fizeram referência à participação popular em defesa da tese, mas o fizeram justamente para afirmar o papel de independência da Corte em relação a ela. A linha argumentativa era que o STF era o guardião das minorias e que às vezes era preciso proteger a maioria contra ela mesma, enfim, tomar decisões contramajoritárias. Tais Ministros, assim, viam a participação popular na base da pretensão, mas não se sensibilizavam com ela e defendiam a posição de independência da Corte, que deveria ficar livre dessas influências²⁴.

²⁴ Os trechos dos votos dos Ministros já foram acima citados.

A Ministra Cármen Lúcia, embora tenha feito referência à participação popular, fez um discurso mais ténue quanto ao papel de independência da Corte Constitucional em relação a ela. Em verdade, transpareceu em seu voto que estava de acordo com as pretensões dos movimentos sociais, mas que, naquele momento, entendia que era necessária a edição de uma lei que viesse a acolher tal pretensão. Enquanto tal lei não viesse, deveria aplicar os termos da LC 64/1990, com a redação vigente à época.

Chama atenção os votos dos Ministros que votaram a favor da tese, Carlos Ayres Brito e Joaquim Barbosa, que não usaram como argumento a existência do movimento social “ficha limpa”.

Os votos na ADPF são classificados, em síntese, conforme mostra o quadro 3.

QUADRO 3: julgamento da ADPF 144-DF pelo STF

Ministro:	Fez referência no voto à participação popular?	Usou a participação popular como argumento?	Usou como argumento para defender o quê?	Votou pela aplicação da tese “ficha limpa”?
Ayres Brito	Sem Referência	-----	-----	SIM
Cármen Lúcia	Faz Referência	Usou a participação popular como argumento.	Para defender a autonomia da Corte em relação a ela.	NÃO
Celso de Mello	Sem Referência	-----	-----	NÃO
Cezar Peluso	Faz Referência	Usou a participação popular como argumento.	Para defender a autonomia da Corte em relação a ela.	NÃO
Dias Toffoli	Sem Referência	-----	-----	NÃO
Ellen Gracie	Sem Referência	-----	-----	NÃO
Eros Grau	Faz Referência	Usou a participação popular como argumento.	Para defender a autonomia da Corte em relação a ela.	NÃO
Gilmar Mendes	Faz Referência	Usou a participação popular como argumento.	Para defender a autonomia da Corte em relação a ela.	NÃO
Joaquim Barbosa	Sem Referência	-----	-----	SIM
Menezes Direito	Sem Referência	-----	-----	NÃO
Marco Aurélio	Faz Referência	Usou a participação popular como argumento.	Para defender a autonomia da Corte em relação a ela.	NÃO
Ricardo Lewandowski	Sem Referência	-----	-----	NÃO

Fonte: o autor.

4.4.3. Análise do julgamento da consulta nº 1120-26.2010-DF pelo TSE

Após o julgamento da ADPF 144-DF, no ano de 2008, lançou-se o movimento nacional que almejava colher assinaturas em apoio a projeto de lei complementar de iniciativa popular. O movimento na sociedade e a opinião pública ainda mais se acirraram em torno do tema. A participação popular foi mais intensa, diretamente, com as assinaturas no projeto de lei, e na forma deliberativa, conforme o modelo habermasiano. O resultado foi a aprovação pelo Congresso Nacional da Lei Complementar nº 135/2010, que entrou em vigor no dia 04 de junho de 2010.

Antes mesmo da sua entrada em vigor, o Senador Arthur Virgílio do Carmo Ribeiro Neto, certamente já vislumbrando sua aprovação naquele ano, propôs no TSE a Consulta (CC) 1120-26.2010-DF, que tinha por objeto saber: uma lei eleitoral que dispusesse sobre inelegibilidades e que entrasse em vigor antes de 05 de julho de 2010, poderia ser efetivamente aplicada para as eleições gerais daquele ano? O julgamento pelo TSE se deu, entretanto, quando já estava em vigor a Lei Complementar nº 135/1990, precisamente no dia 10 de junho de 2010, ressaltando-se que, conforme o calendário eleitoral daquele ano, já no mesmo dia do julgamento (10 de junho de 2010), as convenções partidárias tinham início.

E a questão também era de difícil solução, pois o artigo 16 da Constituição Federal dispunha que a lei que alterasse o processo eleitoral entraria em vigor na data de sua publicação, mas não se aplicava à eleição que ocorresse até um ano da data do início de sua vigência. Vale dizer, se tal regra fosse aplicada para a LC 135/2010, ela não incidiria e todos aqueles que seriam por ela barrados poderiam ser candidatos. O entendimento contrário barraria todos esses candidatos. Duas teses jurídicas foram construídas, uma que defendia sua aplicabilidade imediata, argumentando que entrou ela em vigor antes das convenções partidárias, portanto, antes do início do procedimento eleitoral, além do que tinha aplicação linear e não casuística, logo a igualdade de armas na disputa eleitoral estava preservada. Em sentido contrário, dizia-se que o procedimento eleitoral inicia-se um ano antes da votação, quando das filiações partidárias, período em que as articulações em torno de possíveis candidatos já se iniciam. Com isso, concluíam que a aplicação já para aquele ano infringia a igualdade de armas, uma vez que os pequenos partidos teriam mais dificuldades em encontrar substitutos a candidatos barrados.

O julgamento pelo TSE foi de 06 (seis) votos a favor da aplicação da Lei “ficha limpa” já naquele ano, dos Ministros Ricardo Lewandowski, Cármen Lúcia, Aldir Passarinho Júnior, Hamilton Carvalhido, Marcelo Ribeiro e Arnaldo Versiani, contra um voto em sentido contrário, do Ministro Marco Aurélio. Esse julgamento também foi acompanhado pela imprensa e a opinião pública a respeito, em defesa da tese “ficha limpa”, já era forte.

O Ministério Público Eleitoral, através da Senhora Sandra Verônica Cureau, Vice-Procuradora-Geral Eleitoral, manifestou-se antes da publicação dos votos pelos Ministros, quando então ressaltou a existência da participação popular na publicação da lei, bem como a opinião pública a respeito do tema. Sob tal paradigma, pleiteou que a consulta fosse respondida no sentido da aplicação da lei já naquelas eleições. Veja:

Senhor Presidente, Senhor relator, Senhores ministros, parece-me claro e extremamente importante frisar nesse momento que o projeto "Ficha Limpa", que culminou na Lei Complementar nº 135, de 4 de junho de 2010, *foi um projeto oriundo da iniciativa popular, que motivou muitíssimo a população brasileira, tanto assim que chegou a colher milhares de assinaturas de membros da coletividade em geral, projeto que motivou inúmeras organizações da sociedade civil, inclusive associações de classe*, como a Associação Nacional dos Procuradores da República (ANPR); associações de promotores de justiça; associações de juízes e várias outras. *Foi um projeto que teve sua origem na sociedade exatamente, no meu sentimento, com o intuito de dar um basta a essas candidaturas de pessoas que não apresentam perfil para gerir recursos públicos e para representar a sociedade no parlamento brasileiro ou nas diversas esferas do Poder Legislativo ou do Poder Executivo.* Na verdade, esse projeto está intimamente ligado à *insatisfação popular e à vontade popular de mudar*, de que tenhamos daqui para frente candidatos com uma ficha que leve o povo a crer e a confiar que serão pessoas capazes de exercer o mandato sem se envolverem nos inúmeros escândalos como os que temos visto ocorrer nos últimos anos. Por ser fruto exatamente desse sentimento de insatisfação - que me parece ser o ponto mais importante de todos -, entendo que não é um projeto merecedor de ser protelado para eleições futuras. *É um projeto que precisa imediatamente atender aos anseios do povo brasileiro* e, também não creio que, de maneira alguma, o entendimento de que a Lei Complementar nº 135, de 4 de junho de 2010, entra em vigor já para essas eleições vá colocar a segurança jurídica em jogo, porque, na verdade, as convenções partidárias ainda não se realizaram, como bem observou o relator. Não temos, portanto, ainda, o processo eleitoral iniciado; e ele já irá iniciar com as regras do jogo perfeitamente claras. Quem se candidatar saberá que está se candidatando mediante as condições que foram inseridas pela lei complementar que acabou de entrar em vigor na lei das inelegibilidades. Então, não há como sustentar que essas novas normas devam *ser* preteridas para mais uma eleição futura, *quando é o anseio de todo povo brasileiro que imediatamente entrem em vigor.* É nesse sentido o parecer do Ministério Público Eleitoral: não há nenhum prejuízo, não há nenhuma violação à segurança jurídica e, pelo contrário, *penso que seria uma grande decepção do povo brasileiro* se, mais uma vez, não se conseguisse que os candidatos fossem pessoas idôneas para ocuparem os cargos que pretendem (Vice-Procuradora-Geral Eleitoral Sandra Verônica Cureau, TSE, CC 1120-26.2010-DF). (grifo nosso)

Nos votos dos Ministros Marcelo Ribeiro, Cármen Lúcia, Marco Aurélio e Aldir Passarinho Junior há alusões a essa participação popular. Veja:

Ministro Marcelo Ribeiro faz referência à participação popular, a utiliza como argumento, mas em defesa a autonomia da em relação a ela:

No caso em apreço, o que ditaria o critério para identificar o casuísmo? Seria a opinião pública? Evidente que não. A meu ver, uma das funções primordiais do Poder Judiciário, especialmente dos órgãos de ponta, é guardar certa distância da *opinião pública* (Ministro Marcelo Ribeiro, TSE, CC 1120-26.2010-DF) (grifo nosso).

Respondendo ao Ministro Marcelo Ribeiro e argumentando que a LC 135/2010 não é casuística, a Ministra Cármen Lúcia faz referência à participação popular e a utiliza como argumento em defesa de sua tese:

O Ministro Marcelo Ribeiro pergunta o que é casuísmo: digo que é tratar caso a caso um tema para se atingirem situações ou pessoas determinadas. Não é o que se tem nesta lei. Aliás, uma lei – e não busco nem o histórico da lei, porque não se interpreta preferencial ou prioritariamente com o dado histórico – que *vem da*

própria sociedade como um todo, pelo número de assinaturas colhidas, não tem como ter esta finalidade, esta característica casuística. [...] No curso de aplicação da Constituição, o que se pretendeu sempre e que se reafirmou com essa nova lei, foi dar a máxima efetividade constitucional – o que hoje o próprio Supremo Tribunal Federal e a sociedade como um todo tem pretendido – e, neste caso, dar a maior legitimidade eleitoral. E isto é obtido exatamente por uma lei que apenas desdobra aquilo que se contém no §9º do artigo 14 da Constituição Federal (Ministra Cármen Lúcia, TSE, CC 1120-26.2010-DF) (grifo nosso).

O Ministro Marco Aurélio faz referência à participação popular, a utiliza como argumento, mas em defesa da autonomia que a corte deveria ter em relação a ela:

Em segundo lugar, estive a questionar-me: que culpa tem o Judiciário quanto à demora na tramitação do processo legislativo versando a matéria? Ficamos, realmente, em uma situação delicada, tendo em conta os anseios da sociedade. Costumo dizer que, havendo coincidência entre o apelo popular e o convencimento do órgão julgador, este sai aplaudido. Quando não há, sai execrado, e é mais ou menos a situação presente. Não me impressiona, Senhor Presidente, a iniciativa do projeto, o fato de ter-se logrado um milhão e seiscentas mil assinaturas quanto ao teor do que veio a ser aprovado pelas duas Casas do Legislativo. Não me impressiona por uma razão muito simples: o povo também se submete à Carta da República, a menos que, evidentemente - e não temos clima para isso -, vire a mesa e proceda a uma revolução, rasgando-a. [...] Como disse, há realmente o anseio popular de avançar, mas tivemos, até a vinda à balha da Lei Complementar nº 135/2010, a vigência, durante vinte anos, da Lei Complementar nº 641/1990, que não veio – ao contrário do que sinalizado naquele julgamento do recurso extraordinário – a preencher vácuo algum, porque a norma da Constituição Federal apenas viabiliza o surgimento de outras condições de inelegibilidade por força da atuação do legislador comum complementar. [...] Não posso, como guarda dessa mesma Constituição, quer ocupando a cadeira que ocupo neste Tribunal, quer no Supremo, simplesmente entender que, ante os parâmetros dessa Lei, o aplauso geral - e não digo da turba ou do populacho, mas da sociedade -, no caso, deve ficar o artigo 16 da Constituição Federal em verdadeiro stand by, para ser pinçado em situações, não esta, em que há realmente a pretensão da sociedade brasileira de alcançar a correção de rumos (Ministro Marco Aurélio, TSE, CC 1120-26.2010-DF). (grifo nosso)

Para defender que a lei é de aplicação linear e não casuística, o Ministro Aldir Passarinho Junior assim se manifestou, fazendo referência à participação popular, entretanto sem usá-la como argumento:

Parece-me, inclusive, que, no caso, como já foi assentado, a restrição é de forma linear e, de forma linear, para o bem. Por exemplo, quem já foi condenado ou quem já tiver sido condenado em segundo grau, ainda que não tenha transitado em julgado a decisão, torna-se realmente inelegível, de modo que isso é linear e alcança a todos os partidos políticos. E o dispositivo foi aprovado pelo Congresso Nacional, embora de iniciativa popular, mas não iria adiante se não fosse a vontade do legislador. E o Legislativo assim o quis e assim foi sancionada a lei pelo Presidente da República (Ministro Aldir Passarinho Júnior, TSE, CC 1120-26.2010-DF).

Dentre os Ministros que fizeram alusão à participação popular nos seus discursos de fundamentação de voto, somente Cármen Lúcia utiliza tal circunstância para alicerçar seu voto. Aldir Passarinho Júnior fez referência à iniciativa popular da lei, mas ressaltou o papel do Congresso Nacional, sem o qual o projeto popular não iria adiante. Assim, deu mais ênfase ao Legislador constituído em comparação com a iniciativa popular. Assim, seu voto será

classificado dentre aqueles onde há referência à participação popular, mas que não a usam como argumento.

Já nos votos dos Ministros Marco Aurélio e Marcelo Ribeiro há alusões à participação popular, mas tão somente para pregar a independência que a corte deveria ter em relação a ela. Dá sustentáculo ao papel contramajoritário da corte, que deve fundamentar seus votos à vista da interpretação da Constituição Federal. Ressalva-se que Marcelo Ribeiro, apesar desse discurso, votou pela aplicabilidade imediata da lei, ao contrário de Marco Aurélio.

Nos votos dos Ministros Hamilton Carvalhido, Ricardo Lewandowski e Arnaldo Versiani não se encontra qualquer alusão à participação popular em defesa da pretensão de aplicabilidade imediata da lei. São votos com discurso técnico-jurídico, com no máximo alusões a aspectos éticos, mas sem demonstração de que a participação popular interferiria no posicionamento do Ministro.

Chama a atenção nesse julgamento ainda os votos dos Ministros Marcelo Ribeiro e Arnaldo Versiani, que disseram que eram contrários à aplicação imediata da lei, mas que votaram acompanhando a maioria. E nos seus discursos não há qualquer alusão explícita no sentido de que assim decidiam influenciados pela opinião da população. Ao contrário, a preocupação é centrada na decisão eventual do STF a respeito, cuja jurisprudência, segundo a interpretação de cada qual, era no sentido votado pelo relator, qual seja, que a lei deveria ter aplicabilidade imediata.

Veja como se manifestou Arnaldo Versiani:

Mas eu não gostaria, Senhor Presidente, de me estender. Fico apenas com a ressalva do meu ponto de vista. *A minha interpretação continua sendo esta: o artigo 16 da Constituição Federal se aplica a qualquer legislação que trate a respeito desse assunto, tanto ordinária quanto complementar e quanto a emenda constitucional.* A alteração do processo eleitoral, a meu ver, ocorreu, rompendo o equilíbrio, estabelecendo novas condições de candidaturas, e até prejudicando outras candidaturas que já estejam lançadas, inclusive, para o processo eleitoral que, a meu ver, já iniciou, embora as convenções estejam marcadas a partir de hoje. Ressalvando meu ponto de vista, *considerando esse novo entendimento ou até o entendimento que prevaleceu para maioria dos ministros do Supremo Tribunal Federal, pelos acórdãos que visualizei, acompanho o relator* (Ministro Arnaldo Versiani, TSE, CC 1120-26.2010-DF) (grifo nosso).

No mesmo sentido, veja a seguinte passagem do voto do Ministro Marcelo Ribeiro:

Então, na linha do que assentado pelo Ministro Arnaldo Versiani, ressalvo especificamente meu ponto de vista, que é claro no sentido da aplicabilidade do artigo 16 da Constituição Federal, *e acompanho o relator apenas para que, a meu ver, não ocorra uma sinalização do Tribunal Superior Eleitoral, que, ao que tudo indica, acabará se confrontando com o Supremo Tribunal Federal.* Na realidade,

não há como saber de que maneira o Supremo julgará no futuro mas, baseando-me na jurisprudência existente, acompanho o relator, com todas essas ressalvas, e com a vênia dos que entendem de forma diferente (Ministro Marcelo Ribeiro, TSE, CC 1120-26.2010-DF) (grifo nosso).

Assim, os votos na CC 1120.26.2010-DF são classificados, em síntese, conforme mostra o quadro 4.

QUADRO 4: julgamento da CC 1120.26.2010-DF pelo TSE

Ministro:	Fez referência no voto à participação popular?	Usou a participação popular como argumento?	Usou como argumento para defender o quê?	Votou pela aplicação da lei “ficha limpa” nas eleições de 2010?
Aldir Passarinho Júnior	Faz Referência	Sem uso como argumento da participação popular.	-----	SIM
Arnaldo Versiani	Sem Referência	-----	-----	SIM
Cármen Lúcia	Faz Referência	Usou a participação popular como argumento.	Para defender a “ficha limpa”.	SIM
Hamilton Carvalhido	Sem Referência	-----	-----	SIM
Marcelo Ribeiro	Faz Referência	Usou a participação popular como argumento.	Para defender a autonomia da Corte em relação a ela.	SIM
Marco Aurélio	Faz Referência	Usou a participação popular como argumento.	Para defender a autonomia da Corte em relação a ela.	NÃO
Ricardo Lewandowski	Sem Referência	-----	-----	SIM

Fonte: o autor.

4.4.4. Análise do julgamento dos recursos extraordinários 630.147-DF, 631.102-PA e 633.703-MG pelo STF

Interessante é que o STF, quando chamado a decidir a respeito do tema, divergiu da posição do TSE. Fê-lo no julgamento do Recurso Extraordinário nº 633.703-MG, por 06 votos a 05, no dia 23 de março de 2011. No julgamento desse recurso, o STF decidiu que as novas disposições da Lei Complementar nº 135/2010 não se aplicaria nas eleições de 2010 (já realizadas quando do julgamento). Não se produziu nessa questão um alinhamento entre as decisões o TSE e do STF.

O STF, antes de julgar o Recurso Extraordinário nº 633.703-MG, já havia se pronunciado a respeito no julgamento dos Recursos Extraordinários de números 630.147-DF e 631.102-PA. E decisão nesses dois recursos foi de empate, pois o quadro de Ministros do STF estava incompleto à época. O recurso 630.147-DF foi julgado prejudicado, à vista da renúncia da candidatura por Joaquim Roriz, que o interpôs. Entretanto, em seu acórdão há manifestações quanto ao seu mérito por todos os Ministros, motivo pelo qual tal material será

aqui analisado, pois serve para compreender a linha argumentativa de cada ministro nos julgamentos desses *hard case*. Já no recurso 631.102-PA, interposto por Jader Barbalho, a maioria acabou decidindo que, à vista do empate, a decisão do TSE não seria reformada e teria aplicabilidade. Somente com a posse de Luiz Fux no STF foi possível uma tomada de posição, e ela veio no julgamento do recurso 633.703-MG, cuja decisão produziu efeitos em todos os demais pendentes de julgamento, inclusive para o caso de Jader Barbalho.

O TSE manteve seu ponto de vista, no julgamento da consulta nº 1120-26.2010-DF e nos recursos onde foi chamado a se pronunciar a respeito da aplicabilidade imediata da novel lei, mas o STF no julgamento do recurso 633.703-MG seguiu caminho diverso e optou por aplicar a regra do artigo 16 da Constituição da República, que não deveria ceder mesmo em face da participação popular presente na história da LC 135/1990. Votaram a favor da aplicabilidade imediata, superando-se o obstáculo imposto pelo artigo 16 da Constituição da República, os Ministros Cármen Lúcia, Ricardo Lewandowski, Joaquim Barbosa, Carlos Ayres Brito e Ellen Gracie. Contra votaram os Ministros Cezar Peluso, Celso de Mello, Marco Aurélio, Gilmar Mendes, Dias Toffoli e Luiz Fux.

Pesquisando-se a influência da participação popular no discurso de fundamentação dos votos publicados no recurso 633.703-MG, verifica-se que apenas 03 (três) Ministros não fizeram qualquer alusão a tal participação, pautando seus votos apenas com argumentos técnico-jurídicos e/ou de cunho ético: Cezar Peluso, Celso de Mello e Cármen Lúcia. Já os Ministros Gilmar Mendes, Luiz Fux, Ellen Gracie, Dias Toffoli, Ricardo Lewandowski, Joaquim Barbosa, Ayres Brito e Marco Aurélio (08 Ministros) consideraram a participação popular em seus pronunciamentos. Veja:

O Ministro Gilmar Mendes considerou a participação popular para defender a independência que a corte deveria ter em relação a ela:

O argumento de que a lei é de iniciativa popular não tem aqui peso suficiente para minimizar ou restringir o papel contra-majoritário da Jurisdição Constitucional. É compreensível a ação das várias associações e das várias organizações tendo em vista a repercussão que esse tema tem na opinião pública. [...] A partir daí, na verdade, a tentativa de aprisionar, o que nos dificulta enormemente a missão nesta Corte, como em outros casos, porque acabamos tendo de nos pronunciar de forma contra-majoritária, claro, tendo em vista a opinião pública, segundo as pesquisas de opinião. [...] Isso está, na verdade, já nas lições dos clássicos americanos desde Hamilton; isso está em Alexander Bickel e seu famoso *The least dangerous branch*; está também nos textos mais recentes, talvez um dos melhores, de Eugene Rostow sobre o caráter democrático da jurisdição constitucional – é um texto fascinante, cuja não-tradução para o português eu sempre lamento –; e na obra de Zagrebelsky, que versa um tema histórico e teológico fascinante: a crucificação e a democracia. Diz Zagrebelsky: “Na democracia crítica, a autoridade do povo não depende de suas supostas qualidades sobre-humanas, como a onipotência e a infalibilidade. Depende, ao contrário, de

fator exatamente oposto, a saber, do fato de se assumir que todos os homens e o povo, em seu conjunto, são necessariamente limitados e falíveis. Este ponto de vista parece conter uma contradição que é necessário aclarar. Como é possível confiar na decisão de alguém, como atribuir-lhe autoridade quando não se lhe reconhecem méritos e virtudes, e sim vícios e defeitos? A resposta está precisamente no caráter geral dos vícios e defeitos. A democracia, em geral, e particularmente a democracia crítica, baseia-se em um fator essencial: em que os méritos e defeitos de um são também de todos. Se no valor político essa igualdade é negada, já não teríamos democracia, quer dizer, um governo de todos para todos; teríamos, ao contrário, alguma forma de autocracia, ou seja, o governo de uma parte (os melhores) sobre a outra (os piores). Portanto, se todos são iguais nos vícios e nas virtudes políticas, ou, o que é a mesma coisa, se não existe nenhum critério geralmente aceito, através do qual possam ser estabelecidas hierarquias de mérito e demérito, não teremos outra possibilidade senão atribuir a autoridade a todos, em seu conjunto. Portanto, para a democracia crítica, a autoridade do povo não depende de suas virtudes, ao contrário, desprende-se – é necessário estar de acordo com isso – de uma insuperável falta de algo melhor”. (Zagrebelsky, Gustavo. *La crucifixión y la democracia*, trad. espanhola, Ariel, 1996, p. 105 – Título original: II “Crucifige!” e *la democracia*, Giulio Einaudi, Torino, 1995). Zagrebelsky encerra essa passagem notável, esse texto notável, um pequeno texto de cento e vinte páginas, falando do julgamento de Cristo. Dizia: *Quem é democrático: Jesus ou Pilatos?*, retornando um debate que tinha sido colocado por Kelsen no trabalho sobre a democracia. E ele diz: “Voltemos, uma vez mais, ao processo contra Jesus. A multidão gritava *Crucifícalhe!* Era exatamente o contrário do que se pressupõe na democracia crítica. Tinha pressa, estava atomizada, mas era totalitária, não havia instituições nem procedimentos. Não era estável, era emotiva e, portanto, extremista e manipulável. Uma multidão terrivelmente parecida ao *povo*, esse *povo* a que a democracia poderia confiar sua sorte no futuro próximo. Essa turba condenava democraticamente Jesus, e terminava reforçando o dogma do *Sanedrim* e o poder de Pilatos. Poderíamos então perguntar quem naquela cena exercia o papel de verdadeiro amigo da democracia. Hans Kelsen contestava: Pilatos. Coisa que equivaleria a dizer: o que obrava pelo poder desnudo. Antes essa repugnante visão da democracia, que a colocava nas mãos de grupos de negociações sem escrúpulos e até de bandos de *gangsters* que apontam para o alto – como já ocorreu neste século entre as duas guerras e como pode ocorrer novamente com grandes organizações criminais de dimensões mundiais e potência ilimitada –, dariam vontade de contestar, contrapondo ao poder desnudo a força de uma verdade: o fanatismo do *Sanedrim*. Ao concluir essa reconstrução, queremos dizer que o amigo da democracia – da democracia crítica – é Jesus: aquele que, calado, convida, até o final, ao diálogo e à reflexão retrospectiva. Jesus que cala, esperando até o final, é um modelo. Lamentavelmente para nós, sem embargo, nós, diferentemente dele, não estamos tão seguros de ressuscitar ao terceiro dia, e não podemos nos permitir aguardar em silêncio até o final. Por isso, a democracia da possibilidade e da busca, a democracia crítica, tem que se mobilizar contra quem rechaça o diálogo, nega a tolerância, busca somente o poder e crê ter sempre razão. A mansidão – como atitude do espírito aberto ao diálogo, que não aspira a vencer, senão a convencer, e está disposto a deixar-se convencer – é certamente a virtude capital da democracia crítica. Porém só o filho de Deus pôde ser manso como o cordeiro. A mansidão, na política, a fim de não se expor à irrisão, como imbecilidade, há de ser virtude recíproca. Se não é, em determinado momento, antes do final, haverá de romper o silêncio e deixar de agüentar”. Tenho a impressão de que este é um caso exemplar que nós temos de tensão entre jurisdição constitucional e democracia. Evidente que a expectativa dessa chamada opinião pública era no sentido de que nós nos pronúciássemos pelo aplicação imediata da Lei do Ficha Limpa, até que descobrissem que essa solução seria um atentado contra a própria democracia. A Lei da Ficha Limpa (LC 135/2010) resultou de projeto de iniciativa popular, subscrito por mais de um milhão e seiscentos mil cidadãos brasileiros. O fato é apresentado pelos diversos meios de comunicação como representativo de uma pujante vontade popular de retirar do processo eleitoral cidadãos que tenham vida pregressa não condizente com a probidade e a moralidade necessárias para o exercício dos cargos políticos. Desta

forma, acabou-se construindo e estimulando um sentimento popular extremamente negativo em torno do julgamento da constitucionalidade dessa lei no Supremo Tribunal Federal. **Toda a população passa a acreditar que esta Corte, ao se aprofundar no exame a Lei da Ficha Limpa, decide pela não aplicação dessa lei às eleições de 2010 ou encontra em um ou outro dispositivo específico da lei problemas de constitucionalidade, é porque ela é a favou ou pelo menos compactua com a corrupção na política. O fato de a lei estar sob o crivo da Suprema Corte do Brasil é levado ao público em geral como uma ameaça à Lei da Ficha Limpa e à moralidade nas eleições** (Ministro Gilmar Mendes, STF, RE 633.703-MG) (grifo do autor) (sic)

O Ministro Luiz Fux votou no mesmo sentido de Gilmar Mendes:

Cumpre-nos, nesse afã prefacial, destacar que a Lei da Ficha Limpa representa um dos mais belos espetáculos democráticos experimentados após a Carta de 1988, porquanto lei de iniciativa popular com o escopo de purificação do mundo político, *habitat* dos representantes do povo – aqueles que expressam a vontade popular na memorável expressão de Friedrich Müller, na sua monografia *Quem é o povo?*, prefaciada magnificamente por Fábio Konder Comparato. [...] Deveras, repita-se, a iniciativa popular foi mais do que salutar, mas não pode ser efetivada em dissonância com as garantias constitucionais. É que segurança jurídica e surpresa não combinam, resolvendo-se os conflitos e as tensões sempre em prol do primeiro valor. A ampliação da legitimidade da Lei da Ficha Limpa, decorrente do fato de o projeto ser oriundo de uma iniciativa popular, também não pode fazer sucumbir princípios basilares do Direito. É que os milhares de votos alcançados pelos parlamentares eleitos, e a serem prejudicados com a aplicação imediata da Lei Complementar n. 135, servem como um mecanismo compensatório para fazer frente aos votos obtidos no projeto de iniciativa popular, que buscou afastar do cenário político todas as autoridades punidas por órgãos colegiados. Por conta disso, a projeção para eleições futuras dos comandos da lei impugnada não representa, de maneira alguma, uma antidemocrática posição contramajoritária de nossa Corte rumo à preservação de direitos historicamente assegurados pelos diversos ordenamentos jurídicos mundiais. Há, na realidade, um nítido embate entre o anseio de parcela da população brasileira de aplicação das regras da LC nº 135 às eleições de 2010, e, de outro lado, a vontade de parcela substancial de cidadãos que elegeram os candidatos a serem prejudicados com o eventual efeito imediato da Lei da Ficha Limpa. Esta última vontade fica, ainda, aliada às expectativas legítimas dos candidatos e não serem surpreendidos com uma alteração súbita e inesperada no processo eleitoral brasileiro. [...] As vozes de uma parcela da população brasileira, que chamam, de forma contrária ao que admite o art. 16 de nossa Constituição, pela punição, já nas eleições de 2.010, de políticos condenados por órgãos colegiados, devem ser ouvidas, respeitadas, mas não encontram embasamento no ordenamento jurídico brasileiro e nem mesmo nas civilizações democráticas do mundo ocidental. Na longa caminhada, o canto das sereias leva, apenas, ao sacrifício nas profundezas escuras do mar (Ministro Luiz Fux, STF, RE 633.703-MG) (grifo do autor).

O Ministro Dias Toffoli seguiu o mesmo caminho:

Esse discurso ético tem, por conseguinte, forte apelo nas instâncias extrajudiciais e nós, magistrados da Suprema Corte, não ficamos alheios a esses processos e ao impacto dessas emanações coletivas sobre nossa forma de enxergar os problemas trazidos ao Poder Judiciário. Algumas vezes, deve-se proteger as maiorias contra elas mesmas e, muitas vezes, compete ao Poder Judicial o desagradável papel de restringir a vontade popular em nome da proteção do equilíbrio de forças democráticas, contra o esmagamento de minorias ou de pautas axiológicas que transcendem o critério quantitativo do número de votos em uma eleição ou um plebiscito. [...] Qualquer pesquisa de opinião pública indicará a maciça adesão do povo brasileiro à pena de morte no caso de crimes hediondos. Não fossem as tais “*cláusulas pétreas*”, o processo legislativo findaria por aprova-la e caberia ao

Supremo Tribunal Federal o difícil papel de rejeitar (ou não ...) essa potestade do legislador democrático. Ainda que se diga que não se pode confundir a instituição de pena de morte com a criação de mecanismos e filtragem para o exercício do direito à candidatura a cargos públicos eletivos, é de se reconhecer que há o mesmo ingrediente da colocação, em posições antagônicas, do consenso social em torno da inelegibilidade de políticos com condenações por órgãos colegiados em face de princípios constitucionais da presunção de inocência e da anualidade. A diferença é que não existem barreiras constitucionais fundadas na pré-exclusão do poder legiferante. Houve o processo legislativo e seu resultado foi a Lei Complementar nº 135/2010, norma que dispõe de significativa legitimidade popular (Ministro Dias Toffoli, STF, RE 633.703-MG). (sic)

Já o Ministro Ricardo Lewandowski faz referência à participação popular e depois se refere à posição dos integrantes da Justiça Eleitoral quanto à aplicabilidade imediata da LC 135/2010. Entretanto, não utiliza a participação popular como linha argumentativa, apenas a ela fazendo referência para explicar a história da lei e os fins por ela perseguidos:

Eu principio dizendo, Senhor Presidente, nobres Pares, que o legislador, ao aprovar a Lei Complementar 135/2010, a denominada Lei da Ficha Limpa, que tem origem na iniciativa popular, contou com mais de um milhão e seiscentas mil assinaturas, passou pelo crivo da Câmara dos Deputados, do Senado Federal, da própria Presidência da República e do TSE, na verdade, teve uma inspiração extremamente generosa: ela buscou proteger a probidade administrativa, a moralidade para o exercício do mandato, bem como a legitimidade das eleições. E, para tanto, ela criou novas causas de inelegibilidade, como toso nós sabemos, mediante critérios objetivos – isso é muito importante –, jamais deixou ao alvedrio dos magistrados a criação de qualquer situação de inelegibilidade, mas foi o legislador complementar, calcado no texto da Carta Magna que, objetivamente, estabeleceu estas condições ou estas causas de inelegibilidade. [...] O Plenário do *locus* Tribunal Superior Eleitoral, por expressiva maioria e comungando do entendimento francamente dominantes da quase totalidade dos vinte e sete tribunais regionais eleitorais do País e dos mais de três mil juízes eleitorais brasileiros, vem defendendo a tese de que a citada lei complementar estabelece outras hipóteses [...] (Ministro Ricardo Lewandowski, STF, RE 633.703-MG) (grifo do autor)

O Ministro Joaquim Barbosa, ao contrário, fez referência à participação popular e pautou sua linha argumentativa nela, em defesa da “ficha limpa”:

Reafirmo, uma vez mais, a perspectiva com que me proponho a analisar os recursos extraordinários que envolvem a aplicação da Lei Complementar 135/2010, conhecida como Lei da Ficha Limpa, que simboliza grande avanço na moralização da nossa vida política e é fruto da mobilização de número expressivo de nossos concidadãos, sendo, portanto, uma das nossas raras leis de iniciativa popular: a da valorização da moralidade e da probidade no trato da coisa pública, sob a ótica da proteção ao interesse público, e não de proteção preferencial aos interesses puramente individuais. Entendo que há de prevalecer a ótica interpretativa que privilegie a proteção dos interesses maiores de toda a coletividade, que afirme a probidade e a moralidade administrativas, que coíba o abuso no exercício de funções públicas, pois são estes vetores, em última instância, os mais elevados valores a serem preservados quando se tem em jogo o exercício dos direitos políticos, especialmente na perspectiva passiva (Ministro Joaquim Barbosa, STF, RE 633.703-MG).

No mesmo sentido é o voto do Ministro Ayres Brito:

E tem mais, ela só chegou porque a cidadania tomou a iniciativa. Não se diga que ela não tenha maior ou menor merecimento pelo fato de provir de um impulso coletivo popular. Tem merecimento maior [...]. Ou seja a iniciativa popular, aqui, atende a um reclamo, a um chamamento constitucional. É uma forma de democracia direta ou participativa. A representação do povo não se faz plenamente, só se faz em plenitude depois dessa iniciativa, desse impulso popular. Vossa Excelência disse bem: um milhão e seiscentas mil pessoas capitaneadas por mais de sessenta instituições da sociedade civil, produziram uma lei que passou, por unanimidade, na Câmara dos Deputados e no plenário do Senado Federal, ungira nessa pia batismal da soberania popular. O artigo 14, caput, diz, com todas as letras, que a soberania popular será exercida também pela iniciativa popular. Então, é uma lei que nasce, no seu processo legislativo, ultralegitimada pela Constituição. Isso faz, sim, a diferença. Para enxergar uma inconstitucionalidade nessa lei é preciso que a inconstitucionalidade seja flagrante, seja patente [...] (Ministro Ayres Brito, STF, RE 633.703-MG) (sic)

Já a Ministra Ellen Gracie fez referência à participação popular, mas no seu voto não a utiliza como linha argumentativa:

Acredito que Vossa Excelência também tenha recebido centenas de *e-mails* de cidadãos brasileiros preocupados, porque o que se diz é que se está julgando a Ficha Limpa. Ou seja, que a lei não terá mais aplicação. Não é isso. O julgamento vai aproveitar a este cidadão, secretário dos serviços públicos, da municipalidade, e mais uns poucos [...]. Da mesma forma, senhores Ministros, a Lei Complementar nº 135 vem complementar algo que já havia sido incluído no sistema constitucional há dezesseis anos. Ela vem com todo esse atraso para sanar essa lacuna. Mas, afinal, o resultado do julgamento de hoje é bom para a nação brasileira porque, daqui para frente, pelo menos, as pessoas que se encontrarem nessa condição de pouca qualificação para a vida pública, para o exercício dos cargos públicos e para viver em regime republicano não serão mais admitidas às eleições²⁵. [...] A resistência à imediata aplicação dos novos instrumentos legais de proteção da probidade administrativa e da moralidade para o exercício do mandato revela, na verdade, vigoroso inconformismo com a existência e a plena efetivação do regime de inelegibilidades instituído pela Constituição Federal. Todavia, é por respeito à soberania popular, corolário máximo da democracia, que a Constituição de 1988 impõe esse mecanismo de barragem, para novos mandatos, em desfavor daqueles que desmereceram da confiança popular no exercício de mandatos eletivos anteriormente assumidos [...] (Ministro Ellen Gracie, STF, RE 633.703-MG)

O Ministro Marco Aurélio manteve a coerência com os votos anteriores que publicou nos julgamentos já analisados, considerando a participação popular como argumento para defender a tese de que a corte ser independente em relação a ela:

Por último, Presidente, digo que é muito bom quando há coincidência entre o convencimento do juiz e o anseio popular. Ele é enaltecido, ele tem o perfil ressaltado, mas, quando não há essa coincidência, realmente as críticas vêm à balha. [...] Eis o que consignei na Consulta nº 1120-26.2010.6.00.0000, do Tribunal Superior Eleitoral: [...] estive a questionar-me: que culpa tem o Judiciário quanto à demora na tramitação do processo legislativo versando a matéria? Ficamos, realmente, em uma situação delicada, *tendo em conta os anseios da sociedade*. Costumo dizer que, *havendo coincidência entre o apelo popular e o convencimento do órgão julgador, este sai aplaudido. Quando não há, sai execrado, e é mais ou*

²⁵ Neste momento do julgamento, já era possível para Ministra Ellen Gracie conhecer o seu resultado, o que justifica essa sua fala.

*menos a situação presente. Não me impressiona, Senhor Presidente, a iniciativa do projeto, o fato de ter-se logrado um milhão e seiscentas mil assinaturas quanto ao teor do que veio a ser aprovado pelas duas Casas do Legislativo. Não me impressiona por uma razão muito simples: o povo também se submete à Carta da República, a menos que, evidentemente - e não temos clima para isso -, vire a mesa e proceda a uma revolução, rasgando-a. [...] Como disse, há realmente o anseio popular de avançar, mas tivemos, até a vinda à balha da Lei Complementar nº 135/2010, a vigência, durante vinte anos, da Lei Complementar nº 6411990, que não veio – ao contrário do que sinalizado naquele julgamento do recurso extraordinário – a preencher vácuo algum, porque a norma da Constituição Federal apenas viabiliza o surgimento de outras condições de inelegibilidade por força da atuação do legislador comum complementar. [...] Não posso, como guarda dessa mesma Constituição, quer ocupando a cadeira que ocupo neste Tribunal, quer no Supremo, simplesmente entender que, ante os parâmetros dessa Lei, o aplauso geral - e não digo da turba ou do populacho, mas da sociedade -, no caso, deve ficar o artigo 16 da Constituição Federal em verdadeiro *stand by*, para ser pinçado em situações, não esta, em que há realmente a pretensão da sociedade brasileira de alcançar a correção de rumos (Ministro Marco Aurélio, STF, RE 633.703-MG). (em grifo no original)*

Os Ministros Marco Aurélio, Dias Toffoli, Luiz Fux e Gilmar Mendes (04 Ministros), embora tenham feito alusão a essa participação popular, defenderam a posição contramajoritária do STF, que deveria ficar livre desse tipo de influência, à vista do seu papel de guardião da Constituição e das minorias. Já os Ministros Ayres Brito e Joaquim Barbosa (02 Ministros) fundamentaram seus votos no sentido da aplicabilidade imediata da lei também na participação popular.

Os votos publicados no julgamento do RE 633.703-MG são classificados conforme mostra o quadro 5.

QUADRO 5: julgamento do RE 633.703-MG pelo STF

Ministro:	Fez referência no voto à participação popular?	Usou a participação popular como argumento?	Usou como argumento para defender o quê?	Votou pela aplicação da lei “ficha limpa” nas eleições de 2010?
Ayres Brito	Faz Referência	Usou a participação popular como argumento.	Para defender a “ficha limpa”.	SIM
Cármen Lúcia	Sem Referência	-----	-----	SIM
Celso de Mello	Sem Referência	-----	-----	NÃO
Cezar Peluso	Sem Referência	-----	-----	NÃO
Dias Toffoli	Faz Referência	Usou a participação popular como argumento.	Para defender a autonomia da Corte em relação a ela.	NÃO
Ellen Gracie	Faz Referência	Não usou a participação popular como argumento.	-----	SIM
Gilmar Mendes	Faz Referência	Usou a participação popular como argumento.	Para defender a autonomia da Corte em relação a ela.	NÃO
Joaquim Barbosa	Faz Referência	Usou a participação popular como argumento.	Para defender a “ficha limpa”.	SIM
Luiz Fux	Faz Referência	Usou a participação popular como argumento.	Para defender a autonomia da Corte em relação a ela.	NÃO
Marco Aurélio	Faz Referência	Usou a participação popular como argumento.	Para defender a autonomia da Corte em relação a ela.	NÃO
Ricardo Lewandowski	Faz Referência	Não usou a participação popular como argumento.	-----	SIM

Fonte: o autor.

E a decisão desse caso serviu para todos os demais recursos extraordinários que aguardavam julgamento, conforme informação da Ministra Ellen Gracie, em debate com o Ministro Ricardo Lewandowski. Na verdade, no dia do julgamento (dia 23 de março de 2011), pendiam de julgamento no STF os seguintes recursos, com o mesmo objeto: a) almejando uma cadeira na Câmara dos Deputados, os recursos interpostos por: Celso Alencar Ramos Jacob, PMDB-RJ; por Fábio Tokarski, PC do B-GO; Janete Maria Goés Capiberibe, PSB-AP; João Alberto Pizzolatti Júnior, PP-SC; Jocélio de Araújo Viana, PHS-CE; José Gerardo Oliveira de Arruda Filho, PMDB-CE; Natan Donadon, PMDB-RO; Ricardo Souza Oliveira, PMN-AP; e William Tadeu Rodrigues Dias, PTB-MT; b) almejando uma cadeira no Senador Federal, Cássio Cunha Lima, PSDB-PB; João Alberto Rodrigues Capiberibe, PSB-AP; Marcelo de Carvalho Miranda, PMDB-TO; Maria de Lourdes Abadia, PSDB-DF; e Paulo Roberto Galvão da Rocha, PT-PA; c) almejando uma cadeira nas Assembleias Estaduais: Antônio Casemiro Belinati, PP-PR; Francisco das Chagas Rodrigues Alves, PSB-CE; Francisco Flamarion Portela, PTC-RR; Francisco Vagner de Santana Amorim, PP-AC; João Ricardo Gerolamo de Mendonça, PTB-RO; Jorge Elson Silva de Souza, PCB-AP; José Luiz Nogueira de Sousa, PT-AP; Leonídio Henrique Correa Bouças, PMDB-MG; Marcos Antônio Ribeiro dos Santos, PRP-BA; Mário Osvaldo Correa, PR-PA; Ocivaldo Serique Gato, PTB-AP; Roberto Barros Júnior, PSDB-AC; Pedro Ivo Ferreira Caminhas, PP-MG; Raimundo Pinheiro dos Santos, PDT-PA; Sueli Alves Aragão, PMDB-RO; e Uebe Rezeck, PMDB-SP²⁶. Também serviu, conforme já dito, para Jader Barbalho.

Uma das linhas argumentavas daqueles que se manifestavam contrariamente à aplicabilidade imediata, era justamente que a entrada em vigo de nova lei, que versasse sobre inelegibilidade no ano eleitoral, não poderia produzir efeitos naquele mesmo ano para evitar casuísmos. Interessante que esse julgamento aproveitou a mais de 30 (trinta) candidatos que insistiram na defesa de suas posições de candidatos até a data de 23 de março de 2011, data do julgamento desse recurso, apesar dos dizeres da LC 135/2010. E insistiram com a interposição dos recursos cabíveis até a chegada ao Supremo. Para os demais, barrados nas convenções partidárias sob o temor da “ficha limpa” ou que seguiram a orientação da TSE retratada na consulta 1120-26.2010.6.00.0000, os que renunciaram ao posto de candidatos, a exemplo do próprio Joaquim Roriz, nenhuma serventia teve a decisão do STF. Ou seja, para uns a lei foi

²⁶ Esses dados estão publicados na seguinte dissertação de mestrado: ABREU, Daniel Borges de. Ficha Limpa: Decisões do Supremo Tribunal Federal, do Tribunal Superior Eleitoral e Judicialização da Política. Porto Alegre. Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, 2012. Dissertação de Mestrado. Páginas 75-76.

aplicada de um jeito e para outros de modo diverso. Sob o argumento de que a decisão do STF não poderia ser casuística, um casuísmo se viu.

O julgamento do RE 630.147-DF, embora tenha sido anterior, em 29 de setembro de 2010 e ao cabo tenha sido extinto sem análise do mérito, diante da renúncia à sua condição de candidato pelo recorrente Joaquim Roriz, também foi analisado. A justificativa é que, mesmo não representando nenhuma decisão, os Ministros que compunham o STF à época, em número de 10 (dez), já que uma cadeira estava vaga, publicaram votos onde enfrentaram o mérito recursal. Essas manifestações servem à pesquisa para se saber se, nesse julgamento, algum Ministro que dele participou mudou sua posição jurídica a respeito do tema quando do julgamento do RE 633.707-MG, cuja decisão serviu para balizar a posição do STF a respeito da aplicabilidade ou não da LC 135/2010 nas eleições de 2010.

O RE 631.192-PA foi julgado em 27 de outubro de 2010, também por dez Ministros, já que uma cadeira do Supremo Tribunal Federal estava livre. O resultado foi de empate, exatamente como no RE 630.147-DF, mas desta feita decidiu-se manter a decisão recorrida, ou seja, a decisão do TSE que julgava inelegível Jader Barbalho. Mas tarde, com o julgamento do RE 633.703-MG, Jader Barbalho acabou sendo beneficiado, à vista da repercussão geral dada nesse julgamento, que lhe aproveitou.

Comparando-se o julgamento do RE 630.147-DF com o RE 631.192-PA, verifica-se que os votos dos Ministros, os mesmos nos dois julgamentos, podem ser classificados conforme as categorias aqui defendidas exatamente da mesma forma. Há, entretanto, três divergências, quando comparados com o RE com o RE 633.703-MG, já analisado. No RE 633.703-MG a Ministra Cármen Lúcia não fez qualquer alusão à participação popular em seu voto, mas o fez nos julgamentos dos RE's 630.147-DF e 631.192-PA, sem, entretanto, utilizar tal circunstância como linha argumentativa. No RE 633.703-MG Cezar Peluso também não fez alusão à participação popular, mas o fez no RE 630.703-MG e no RE 631.192-PA, mas para defender a autonomia da corte em relação a ela. Já Ellen Gracie, que no RE 633.703-MG fez referência à participação popular, mas sem utilizá-la como linha argumentativa, nos RE's 630.147-MG e 631.192-PA não fez qualquer alusão a ela.

Conforme as categorias de votos utilizadas nesta pesquisa, sintetiza-se no quadro 6 o julgamento dos RE's 630.147-MG e 631.192-PA.

QUADRO 6: julgamento dos RE's n s 630.147-DF e 631.192-PA pelo STF

Ministro:	Fez referência no voto à participação popular?	Usou a participação popular como argumento?	Usou como argumento para defender o quê?	Votou pela aplicação da lei "ficha limpa" nas eleições de 2010?
Ayres Brito	Faz Referência	Usou a participação popular como argumento.	Para defender a "ficha limpa".	SIM
Cármen Lúcia	Faz Referência	Não usou a participação popular como argumento.	-----	SIM
Celso de Mello	Sem Referência	-----	-----	NÃO
Cezar Peluso	Faz Referência	Usou a participação popular como argumento.	Para defender a autonomia da Corte em relação a ela.	NÃO
Dias Toffoli	Faz Referência	Usou a participação popular como argumento.	Para defender a autonomia da Corte em relação a ela.	NÃO
Ellen Gracie	Sem Referência	-----	-----	SIM
Gilmar Mendes	Faz Referência	Usou a participação popular como argumento.	Para defender a autonomia da Corte em relação a ela.	NÃO
Joaquim Barbosa	Faz Referência	Usou a participação popular como argumento.	Para defender a "ficha limpa".	SIM
Marco Aurélio	Faz Referência	Usou a participação popular como argumento.	Para defender a autonomia da Corte em relação a ela.	NÃO
Ricardo Lewandowski	Faz Referência	Não usou a participação popular como argumento.	-----	SIM

Fonte: o autor.

No julgamento dos recursos 630.147-MG, 631.192-PA e 633.703-MG o STF cingiu-se na questão da aplicabilidade da LC 135/1990 no ano de 2010, embora alguns ministros tenham feito incursos em outros pontos polêmicos da lei. E a opção foi nesse sentido tendo em conta que no julgamento conjunto das ADC's 29 e 30 e da ADI 4578, também pelo STF, as demais questões polêmicas, notadamente a constitucionalidade da lei, seriam enfrentadas.

4.4.5. Análise do julgamento das ADC's 29 e 30 e da ADI 4578 pelo STF

O julgamento conjunto das ADC's 29 e 30 e da ADI 4578 foi iniciado em 09 de novembro de 2011. Foi suspenso, tendo continuidade em 01 de dezembro do mesmo ano e em 15 de fevereiro de 2012. Finalmente foi concluído em 16 de fevereiro de 2012. Tinha por objeto principal a questão da constitucionalidade da LC 135/1990, pois era preciso analisar a ponderação feita pelo legislador, com o apoio popular, dos princípios da presunção de inocência em confronto com os da moralidade e probidade. Mas não somente essa questão foi enfrentada, conforme se pode ver do relatório do Ministro Luiz Fux, relator do caso:

Há três questões a responder neste julgamento, quais sejam: (1) se as inelegibilidades introduzidas pela Lei Complementar nº 135/10 poderão alcançar atos ou fatos ocorridos antes da edição do mencionado diploma legal e (2) se é constitucional a hipótese de inelegibilidade prevista no art. 1º, I, "m", da Lei Complementar nº 64/90, inserido pela Lei Complementar nº 135/10. Sucede que o exame dessas questões demanda, previamente, (3) a própria fiscalização abstrata de constitucionalidade de todas as hipóteses de inelegibilidade criadas pela Lei Complementar nº 135/10, que podem ser divididas, basicamente, em cinco grupos, a saber: (i) *condenações judiciais* (eleitorais, criminais ou por improbidade

administrativa) proferidas por órgão colegiado; (ii) *rejeição de contas* relativas ao exercício de cargo ou função pública (necessariamente colegiadas, porquanto prolatadas pelo Legislativo ou por Tribunal de Contas, conforme o caso); (iii) *perda de cargo* (eletivo ou de provimento efetivo), incluindo-se as aposentadorias compulsórias de magistrados e membros do Ministério Público e, para os militares, a indignidade ou incompatibilidade para o oficialato; (iv) *renúncia a cargo público eletivo diante da iminência da instauração de processo capaz de ocasionar a perda do cargo*; e (v) *exclusão do exercício de profissão regulamentada*, por decisão do órgão profissional respectivo, por violação de dever ético-profissional (Ministro Luiz Fux, STF, ADC's 29 e 30 e da ADI 4578) (grifo do autor).

Esse julgamento contou com alusão à participação popular no voto de 07 (sete) dos Ministros: Gilmar Mendes, Dias Toffoli, Ayres Brito, Ricardo Lewandowski, Rosa Weber, Joaquim Barbosa e Luiz Fux.

O relator do processo foi o Ministro Luiz Fux, que iniciou o debate ancorando seu posicionamento na existência da participação popular. Sob o discurso de que o momento histórico era outro, conduziu seu voto para que o princípio da presunção de inocência fosse relativizado. Esse Ministro fundamentou seu voto na participação popular de forma extensa, inclusive considerando a repercussão negativa do resultado do julgamento do RE 633.703-MG. Deu mostras de que foi influenciado pelo movimento popular. Veja:

Em outras palavras, é reexaminar a percepção, consagrada no julgamento da ADPF 144, de que decorreria da cláusula constitucional do Estado Democrático de Direito uma interpretação da presunção de inocência que estenda sua aplicação para além do âmbito penal e processual penal. Assinale-se, então, que, neste momento, vive-se – felizmente, aliás – quadra histórica bem distinta. São notórios a crise do sistema representativo brasileiro e o anseio da população pela moralização do exercício dos mandatos eletivos no país. Prova maior disso é o fenômeno da *judicialização da política*, que certamente decorre do reconhecimento da independência do Poder Judiciário no Brasil, mas também é resultado da desilusão com a política majoritária, como bem relatado em obra coletiva organizada por VANICE REGINA LÍRIO DO VALLE (*Ativismo Jurisdicional e o Supremo Tribunal Federal*. Curitiba: Juruá, 2009). O salutar amadurecimento institucional do país recomenda uma revisão da jurisprudência desta Corte acerca da presunção de inocência no âmbito eleitoral. [...] De acordo com as lições de PATRÍCIA PERRONE CAMPOS MELLO (*Precedentes: O Desenvolvimento Judicial do Direito no Constitucionalismo Contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 233 e seguintes), o abandono de precedentes jurisprudenciais nos sistemas de *common law* se dá, basicamente, em virtude de incongruência sistêmica ou social. Nesta última hipótese, a possibilidade de *overruling* pode advir de obsolescência decorrente de mudanças sociais. *In verbis*: “[...] A *incongruência social* alude a uma relação de incompatibilidade entre as normas jurídicas e os *standards* sociais; corresponde a um vínculo negativo entre as decisões judiciais e as expectativas dos cidadãos. Ela é um dado relevante na revogação de um precedente porque a preservação de um julgado errado, injusto, obsoleto até pode atender aos anseios de estabilidade, regularidade e previsibilidade dos técnicos do direito, mas aviltará o sentimento de segurança do cidadão comum. Este será surpreendido sempre que não houver uma convergência plausível entre determinada solução e aquilo que seu bom senso e seus padrões morais indicam como justo, correto, ou, ao menos, aceitável, à luz de determinados argumentos, porque são tais elementos que ele utiliza, de boa-fé, na decisão sobre suas condutas. Para o leigo, a certeza e a previsibilidade do direito dependem de uma

correspondência razoável entre as normas jurídicas e as normas da vida real. Em virtude disso, embora para os operadores do Direito, justiça e segurança jurídica possam constituir valores em tensão, para os jurisdicionados em geral, devem ser minimamente convergentes.” (Os grifos são do original.) A mesma lógica é aplicável à ordem jurídica brasileira e, com ainda maior razão, ao presente caso. *Permissa venia*, impõe-se considerar que o acórdão prolatado no julgamento da ADPF 144 reproduziu jurisprudência que, se adequada aos albores da redemocratização, tornou-se um excesso neste momento histórico de instituições politicamente amadurecidas, notadamente no âmbito eleitoral. Já é possível, portanto, revolver temas antes intocáveis, sem que se incorra na pecha de atentar contra uma democracia que – louve-se isto sempre e sempre – já está solidamente instalada. A presunção de inocência, sempre tida como absoluta, pode e deve ser relativizada **para fins eleitorais** ante requisitos qualificados como os exigidos pela Lei Complementar nº 135/10. [...] Demais disso, é de meridiana clareza que as cobranças da sociedade civil de ética no manejo da coisa pública se acentuaram gravemente. Para o cidadão, hoje é certo que a probidade é condição inafastável para a boa administração pública e, mais do que isso, que a corrupção e a desonestidade são as maiores travas ao desenvolvimento do país. A este tempo em que ora vivemos deve corresponder a leitura da Constituição e, em particular, a exegese da presunção de inocência, ao menos no âmbito eleitoral, seguindo-se o sempre valioso escólio de KONRAD HESSE (*A Força Normativa da Constituição*. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1991, p.20), em textual: “[...] Quanto mais o conteúdo de uma Constituição lograr corresponder à natureza singular do presente, tanto mais seguro há de ser o desenvolvimento de sua força normativa. Tal como acentuado, constitui requisito essencial da força normativa da Constituição que ela leve em conta não só os elementos sociais, políticos, e econômicos dominantes, mas também que, principalmente, incorpore o estado espiritual (*geistige Situation*) de seu tempo. Isso lhe há de assegurar, enquanto ordem adequada e justa, o apoio e a defesa da consciência geral.” (Os grifos são do original) Em outras palavras, ou bem se realinha a interpretação da presunção de inocência, ao menos em termos de Direito Eleitoral, com o estado espiritual do povo brasileiro, ou se desacredita a Constituição. Não atualizar a compreensão do indigitado princípio, *data maxima venia*, é desrespeitar a sua própria construção histórica, expondo-o ao vilipêndio dos críticos de pouca memória. Por oportuno, ressalte-se que não pode haver dúvida sobre a percepção social do tema. Foi grande a reação social ao julgamento da ADPF 144, oportunidade em que se debateu a própria movimentação da sociedade civil organizada em contrariedade ao entendimento jurisprudencial até então consolidado no Tribunal Superior Eleitoral e nesta Corte, segundo o qual apenas a condenação definitiva poderia ensejar inelegibilidade. A Associação dos Magistrados Brasileiros – AMB, autora da ADPF 144, já fazia divulgar as chamadas listas dos “fichas sujas”, candidatos condenados por decisões judiciais ainda recorríveis, fato ao qual, inclusive, foram dedicadas considerações na assentada de julgamento daquela Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental. Na oportunidade, diante da manifestação da Corte no sentido de que não se poderiam criar inelegibilidades sem a previsão em lei complementar, foi intensa a mobilização social que culminou na reunião de mais de dois milhões de assinaturas e a apresentação do Projeto de Lei Complementar nº 518/09. Este, com outros projetos similares a que foi apensado, foram submetidos ao debate parlamentar, do qual resultou a Lei Complementar nº 135/10. Sobreveio, então, o pronunciamento desta Corte no julgamento do RE 633.703 (Rel. Min. GILMAR MENDES), no qual, por maioria de votos, foi afastada a aplicação da Lei Complementar nº 135/10 às eleições de 2010, a teor do que determina o art. 16 da Constituição Federal (“A lei que alterar o processo eleitoral entrará em vigor na data de sua publicação, não se aplicando à eleição que ocorra até um ano da data de sua vigência.”). Mais uma vez, a reação social contrária foi considerável, retratada em fortes cores pela crítica impressa de todo o país. [...] Obviamente, o Supremo Tribunal Federal não pode renunciar à sua condição de instância contramajoritária de proteção dos direitos fundamentais e do regime democrático. No entanto, a própria legitimidade democrática da Constituição e da jurisdição constitucional depende, em alguma medida, de sua responsividade à opinião popular. [...] Assim, não cabe a este

Tribunal desconsiderar a existência de um descompasso entre a sua jurisprudência e a hoje fortíssima opinião popular a respeito do tema “ficha limpa”, sobretudo porque o debate se instaurou em interpretações plenamente razoáveis da Constituição e da Lei Complementar nº 135/10. [...] A sociedade civil identifica-se na Constituição, mesmo que para reagir negativamente ao pronunciamento do Supremo Tribunal Federal sobre a matéria (Ministro Luiz Fux, STF, ADC’s 29 e 30 e da ADI 4578).

Mais adiante, Luiz Fux, em debate com os demais Ministros, volta a deixar claro que sofreu influência da participação popular. Veja:

E mesmo nessa postura - essa, sim, contramajoritária em relação ao legislador – de declararmos a inconstitucionalidade de uma lei, temos que, em primeiro lugar, levar em consideração que há uma presunção de legitimidade da lei; em segundo lugar, que essa foi a vontade do legislador; em terceiro lugar, que as nossas decisões tem que se legitimar democraticamente a partir do momento em que elas convergem para a aspiração popular. A afirmação de que o Supremo Tribunal Federal é um Tribunal contramajoritário, para bater no peito e dizer que ele julga contra a vontade do povo, não tem a menor procedência. O Supremo Tribunal Federal pode ser contramajoritário quando decide contra a maioria parlamentar, quando decide direitos da minoria previstos na Constituição. O Supremo Tribunal não é contramajoritário para ir contra a opinião da população, sobre o que ela entende a respeito da presunção de inocência ou sobre quem pode exercer um mandato político. Evidentemente ela não nos pauta, mas temos que ouvi-la porque todo poder emana do povo e em seu nome é exercido. [...] Não, claro, evidente, nem eu tenho essa postura de me esconder da opinião pública. Na realidade, fiz essa colocação à luz exatamente daquilo que, no meu modo de ver, traduz as suas lições. Vossa Excelência cita Konrad Hesse, "A Força Normativa da Constituição", quando ele diz o seguinte: "Quanto mais o conteúdo de uma Constituição lograr corresponder à natureza singular do presente, tanto mais seguro há de ser o desenvolvimento de sua força normativa [...]" (Ministro Luiz Fux, STF, ADC’s 29 e 30 e da ADI 4578).

O Ministro Joaquim Barbosa também utilizou na fundamentação do seu voto, pela declaração da constitucionalidade integral da lei, argumentos que faziam referência à participação popular. Veja.

Assim, e levando-se em consideração especificamente a vida pregressa dos candidatos, foi preciso que a sociedade brasileira, num raro momento de efetiva mobilização, reunisse número suficiente de assinaturas para apresentar projeto de lei complementar destinado a, de acordo com o § 9º do art. 14 da Constituição Federal, incluir hipóteses de inelegibilidade que visam a proteger a probidade administrativa e a moralidade no exercício do mandato. Somando-se a outros projetos já existentes sobre o assunto, não se pode negar que um projeto de lei de iniciativa popular que trata especificamente de um tema diretamente ligado à escolha dos nossos representantes, revela muito mais do que uma simples mobilização social. Revela, sobretudo, um despertar de consciência a respeito do real significado da democracia e de um dos seus elementos constitutivos essenciais que é a representação política. Sem dúvida, há na sociedade brasileira um clamor pela superação do nosso passado clientelista e patrimonialista e pela transição para um futuro de virtude e de coparticipação. O que se busca é o abandono da complacência e da conivência com a falta de moral, de honestidade, que aqui e ali ganham foros de aceitação até mesmo pela via de expressões jocosas que não raro caem no gosto popular, como é o caso da execrável “ROUBA MAS FAZ”. O objetivo é avançar rumo a uma exigência efetiva de ética e transparência no manejo da “coisa pública”, da *res publica*. Volto, pois, a enfatizar, não foi a iniciativa dos senhores parlamentares, mas sim a

mobilização de um número expressivo de nossos concidadãos que fez com que a Lei Complementar 135/2010 viesse finalmente a dar efetividade ao comando constitucional, homenageando um dos valores fundamentais da República que é a moralidade e a honestidade no exercício das funções públicas. [...] Nessa ordem de ideias, entendo que os critérios eleitos pelo legislador complementar, critérios estes, vale frisar, nascidos e fomentados no seio de nossa sociedade, defendidos e exigidos por movimento social expressivo, estão em perfeita harmonia com a Lei Maior. Com todas as vênias aos que pensam de modo diferente, as alegações de inconstitucionalidades dessa lei decorrem de uma interpretação limitada da Constituição Federal, que privilegia uma minoria de ocupantes de cargos eletivos em detrimento de toda a sociedade que anseia pela moralização da política brasileira, para que não haja mais engodo do eleitorado, manipulações e falsas promessas, para que os eleitores comecem a ter liberdade de escolha real, verdadeira (Ministro Joaquim Barbosa, STF, ADC's 29 e 30 e da ADI 4578).

A Ministra Rosa Weber seguiu pelos mesmos trilhos de Joaquim Barbosa. Confira:

Essas, portanto, as balizas que respeitarei no controle concentrado da constitucionalidade das hipóteses de inelegibilidade, trazidas ao ordenamento jurídico com o advento da LC 135/2010, exercício a ser empreendido após escorço da trajetória percorrida até a edição da norma complementar, porquanto entendo que a democracia se concretiza em um movimento ascendente, operando-se no poder estatal de baixo para cima, da base social para as cúpulas dos Poderes instituídos, que devem emprestar ressonância às legítimas expectativas da sociedade. [...] a Lei da Ficha Limpa detém o 4º lugar no ranking das leis de iniciativa popular que lograram aprovação no Brasil, o que evidencia o esforço hercúleo da população brasileira em trazer para a seara política uma norma de eminente caráter moralizador, tamanha a repulsa da sociedade pelo sistema até então vigente, em que pretendentes a cargos eletivos, mesmo gozando de péssima reputação, carecedores de honestidade e boa-fé, com vida pregressa emoldurada de extensa ficha de registros negativos junto aos órgãos da administração pública – incluídos no rol processos criminais em curso -, podiam lançar mão do poder político para encobrir as condutas desabonadoras passadas e presentes, utilizando o mandato eletivo em proveito próprio. [...] Ao contrário, a Lei da Ficha Limpa foi gestada no ventre moralizante da sociedade brasileira, que está a exigir dos poderes instituídos, primeiro do Legislativo, e, agora, do Judiciário, um “basta”. Certamente, sendo esta Corte uma instituição contramajoritária, seus julgamentos não se vinculam às aspirações da maioria. Mas igualmente não deve ser o Supremo Tribunal Federal insensível a elas, já que, em uma democracia pluralista, todos compõem a sociedade aberta dos intérpretes da Constituição, e diferentes pontos de vista devem ser levados em consideração para se alcançar a melhor interpretação possível do texto constitucional (Ministra Rosa Weber, STF, ADC's 29 e 30 e da ADI 4578).

Nos debates orais, antecipando seu voto, no sentido de reconhecer a constitucionalidade da lei, o Ministro Ricardo Lewandowski assim se pronunciou:

Mas, permito-me fazer apenas umas brevíssimas considerações apenas para que a minha participação não passe *in albis*, dizendo que esta Lei Complementar 135 é uma lei, como todos sabem, que surgiu da iniciativa legislativa popular, e foi apoiada por mais de um milhão e quinhentas mil assinaturas. Ademais disso, recebeu apoio de igual número de assinaturas por meio da *internet*, apoios, portanto, que foram formalizados pela *internet*; mereceu aprovação unânime das duas Casas do Congresso Nacional, depois de longos debates. Quinhentos e três deputados, oitenta e um senadores, o Congresso Nacional em peso sufragou essa lei, e mais, foi sancionada pelo Presidente da República, passando, evidentemente, pelos órgãos técnicos de assessoria do Poder Executivo, sem o veto. Portanto, nós estamos diante

de um diploma legal que conta com o apoio expresso, explícito dos representantes da soberania nacional (Ministro Ricardo Lewandowski, STF, ADC's 29 e 30 e da ADI 4578).

No voto escrito que fez juntar ao processo, Ricardo Lewandowski, citando o filósofo Evanildo Bechara, como “argumento de autoridade”, assim se pronuncia:

Já para o filólogo Evanildo Bechara, membro da Academia Brasileira de Letras – ABL, enquanto a expressão “tenham sido” é mais clara e aponta para uma só categoria, qual seja, a daqueles que já foram condenados no passado, a expressão “os que forem condenados” dá margem a duas interpretações: *“Uma dessas interpretações abrange só os que vierem a ser condenados. A outra, porém, abrange todos aqueles na condição de condenados, o que, portanto, inclui os que já tiverem condenações. Do meu ponto de vista, essa segunda interpretação é a mais próxima do espírito inicial do projeto pensado na sociedade. E eu escolho o que está mais próximo do espírito do projeto”* (Ministro Ricardo Lewandowski, STF, ADC's 29 e 30 e da ADI 4578).

Mas à frente, no seu voto escrito, Ricardo Lewandowski volta a tratar da participação popular como argumento:

Ademais, considerando tratar-se de uma opção legislativa, de iniciativa popular, aprovada por ampla maioria congressual e sancionada, sem ressalvas, pelo Chefe do Poder Executivo, entendo que não seria lícito ao julgador aplicar, de forma discricionária, o princípio da proporcionalidade ou da razoabilidade para restringir o âmbito de incidência da norma, pois tal equivaleria a permitir que este se substituísse ao legislador, em clara violação do princípio constitucional da separação dos poderes, salvo, evidentemente, em face de flagrante teratologia, o que, a toda evidência, não ocorre na espécie (Ministro Ricardo Lewandowski, STF, ADC's 29 e 30 e da ADI 4578)

O Ministro Ayres Brito, votando pelo reconhecimento da constitucionalidade da lei, também fundamenta seu voto na participação popular:

Mas, enfim, a Lei da Ficha Limpa veio dezesseis anos depois da Emenda Constitucional de Revisão nº 4. O Congresso Nacional estava em mora. Ele não atendeu, por conta própria, por impulso interno, o chamamento a Constituição para aportar outros casos de inelegibilidade em prol da probidade administrativa e da moralidade para o exercício do mandato. E o povo cansado, a população saturada, desalentada, se organizou, sob a liderança de mais de sessenta instituições da sociedade civil, dentre as quais, a CNBB e a Ordem do Advogados do Brasil - estou, aqui, a divisar fisicamente os seus representantes -, o povo tomou essa iniciativa, conjugando democracia direta ou representativa - ainda, ontem, dizia a Ministra Rosa Weber -com democracia indireta ou representativa, porque, quando a lei é de iniciativa popular, o Congresso Nacional atua quando a matéria já está a meio caminho, quando a iniciativa já está deflagrada. A democracia dita representativa, exercida pelo Congresso Nacional, já “pega o bonde andando”, mas quem “põe o bonde nos trilhos”, quem “põe o trem nos trilhos” é a própria sociedade civil, isso, no exercício do que a Constituição chama literalmente, no artigo 14, soberania popular. Diz o artigo 14: “A soberania popular será exercida pelo sufrágio universal e pelo voto direto e secreto [...]”, e, mediante: I - plebiscito; II - referendo; III -

iniciativa popular." Então, a iniciativa popular plenifica a democracia, a democracia procedimentalista ou representativa dá as mãos, dá os braços à democracia direta ou participativa. O que confere à lei, senão uma hierarquia jurídica maior - toda lei complementar tem a mesma hierarquia -, mas um tônus de legitimidade ainda maior, ainda mais denso. Então, essa lei complementar é fruto do cansaço, da saturação do povo com os maus-tratos infligidos à coisa pública [...]. Mas o Congresso Nacional merece elogios, por quê? Porque purgou a mora, pagou a dívida e produziu uma lei, que a meu sentir, **data vênia** de entendimento contrário, é de boa qualidade e foi votada por unanimidade - houve, Ministro Lewandowski, no painel, um voto contra, mas o então Presidente da Câmara, o Deputado Michel Temer fez a devida apuração e foi erro, não havia nenhum voto contra -, então, ela passou por unanimidade na Câmara dos Deputados e no Senado Federal (Ministro Ayres Brito, STF, ADC's 29 e 30 e da ADI 4578) (grifo do autor).

No seu voto, o Ministro Gilmar Mendes versou sobre a participação popular. Entretanto, fê-lo com o fim de defender a posição de independência da Corte em relação a ela, pregando que num julgamento os juízes deveriam ficar livres dessas influências, o que pode ser visto nas seguintes passagens do seu voto:

Para a democracia crítica, nada é tão insensato como a divinização do povo que se expressa pela máxima *vox populi, vox dei*, autêntica forma de idolatria política. Esta grosseira teologia política democrática corresponde aos conceitos triunfalistas e acrílicos do poder do povo que, como já vimos, não passam de adulações interesseiras. Na democracia crítica, a autoridade do povo não depende de suas supostas qualidades sobre-humanas, como a onipotência e a infalibilidade. Depende, ao contrário, de fator exatamente oposto, a saber, do fato de se assumir que todos os homens e o povo, em seu conjunto, são necessariamente limitados e falíveis. Este ponto de vista parece conter uma contradição que é necessário aclarar. Como é possível confiar na decisão de alguém, como atribuir-lhe autoridade quando não se lhe reconhecem méritos e virtudes, e sim vícios e defeitos? A resposta está precisamente no caráter geral dos vícios e defeitos. A democracia, em geral, e particularmente a democracia crítica, baseia-se em um fator essencial: em que os méritos e defeitos de um são também de todos. [...] Portanto, para a democracia crítica, a autoridade do povo não depende de suas virtudes, ao contrário, desprende-se – é necessário estar de acordo com isso – de uma insuperável falta de algo melhor”. (Zagrebel'sky, Gustavo. *La crucifixión y la democracia*, trad. espanhola, Ariel, 1996, p. 105 – Título original: II “Crucifige!” e *la democracia*, Giulio Einaudi, Torino, 1995). [...] **O argumento de que a lei é de iniciativa popular não tem peso suficiente para minimizar ou restringir o papel contramajoritário da Jurisdição Constitucional.** É compreensível a ação das várias associações e das várias organizações sociais tendo em vista a repercussão que esse tema da “ficha limpa” tem na opinião pública. Sabemos que, para temas complexos em geral, há sempre uma solução simples e em geral errada. E para esse caso **a população passa a acreditar que a solução para a improbidade administrativa, para as mazelas da vida política, é a Lei da Ficha Limpa.** A partir daí há, na verdade, a tentativa de aprisionar, o que nos dificulta enormemente a missão nesta Corte, como em outros casos, porque acabamos tendo de nos pronunciar de forma contramajoritária, claro, tendo em vista a opinião pública, segundo as pesquisas manifestadas de opinião. **Mas a missão desta Corte é aplicar a Constituição, ainda que contra a opinião majoritária. Esse é o ethos de uma Corte Constitucional. É fundamental que tenhamos essa visão.** [...] Não cabe a esta Corte fazer “relativizações” de princípios constitucionais visando atender ao anseio popular. É preciso garantir e efetivar tais princípios, fazendo valer sua força normativa vinculante, dando-lhes aplicação direta e imediata, ainda que isso seja contra a opinião momentânea de uma maioria popular. [...] **É completamente equivocado, portanto, utilizar “a vontade do povo” ou a “opinião pública” para se “relativizar” o princípio da presunção de inocência no âmbito do sistema de inelegibilidades do direito eleitoral. Não podemos proceder a uma tal “relativização” levando em conta uma**

suposta maioria popular momentânea que prega a moralização da política a custa de um princípio tão caro à toda humanidade, que é o princípio da presunção de não culpabilidade. Não se deve esquecer, ademais, que essa tal “opinião pública” ou essa imprecisa “vontade do povo” é a mesma que elege os candidatos ficha-suja. Se formos então levar em consideração a vontade do povo, a qual dessas vontades devemos dar prevalência: àquela que subscreveu o projeto de lei de iniciativa popular e que é representada por grupos de interesse e muitas vezes manipulada pelas campanhas e meios de comunicação, ou àquela legitimamente manifestada e devidamente apurada nas urnas? Certamente, a Jurisdição Constitucional não pode se basear em critério tão fluido e tão falacioso para tomar decisões a respeito de princípios enraizados em nosso constitucionalismo (Ministro Gilmar Mendes, STF, ADC’s 29 e 30 e da ADI 4578) (grifo do autor).

Nos debates com os demais Ministros Gilmar Mendes reafirmou seu ponto de vista:

Em relação à função contramajoritária, a rigor a Corte pode e deve, muitas vezes, decidir contra a opinião popular. É isso que dimana da doutrina firme da Suprema Corte. Querer decidir; senão, faríamos plebiscito toda hora e alteraríamos a Constituição; a pena de morte seria aprovada e assim por diante. O modelo contramajoritário pretende proteger o indivíduo contra si mesmo, muitas vezes. [...] Temos um papel didático-pedagógico de fazer valer o direito, às vezes contra a opinião popular. É preciso dizer isso com muita clareza. Esse é o *ethos* da jurisdição constitucional; do contrário – e vejo preladados aqui – nós validaríamos Pilatos. Há um clássico de Zagrebelsky, "A crucificação e a democracia", em que ele discute o julgamento de Cristo. Esse julgamento foi democrático? Quem tinha razão? (Ministro Gilmar Mendes, STF, ADC’s 29 e 30 e da ADI 4578)

O Ministro Dias Toffoli votou no sentido de que a lei deveria ser declarada inconstitucional quando declarava inelegíveis candidatos com condenações por certos crimes ou por improbidade administrativa, emanadas de órgãos colegiados do Judiciário, mas cuja sentença ainda não havia transitado em julgado. Nos demais aspectos, reconheceu a constitucionalidade da lei. Mas seguiu os trilhos de Gilmar Mendes quanto ao argumento de independência da Corte quanto à participação popular e para esse fim fez referência a ela. Veja:

Senhores Ministros, é indubitável que, sob o prisma político, a propulsão do então projeto de lei, o qual culminou com a edição da Lei Complementar nº 135/10, refletiu um momento de relevante mobilização social, tanto quanto constituiu vivência da democracia direta pelo povo brasileiro. [...] Vale reprimir, como antecedente à análise destas ações, as premissas que coloquei quando do julgamento do RE 630.147, do RE 631.102 e do RE 633.703, acerca do papel institucional desempenhado pelo STF na guarida dos direitos e interesses das minorias deficientemente representadas na composição do corpo legiferante. O caso apresenta profundas implicações para o anseio social por práticas políticas éticas e pela eliminação, do sistema eleitoral, de agentes que se mostrem desafiadores da moralidade, assim entendida não sob o prisma do Direito Administrativo, mas sob a óptica de um conjunto de valores comuns em torno de condutas socialmente adequadas. Esse discurso ético tem, por conseguinte, forte apelo nas instâncias extrajudiciais, e nós, magistrados da Suprema Corte, não ficamos alheios a esses processos e ao impacto dessas emanções coletivas sobre nossa forma de enxergar

os problemas trazidos ao Poder Judiciário. Algumas vezes, deve-se proteger as maiorias contra elas mesmas e, muitas vezes, compete ao Poder Judicial o desagradável papel de restringir a vontade popular em nome da proteção do equilíbrio de forças democráticas, contra o esmagamento de minorias ou de pautas axiológicas que transcendem o critério quantitativo do número de votos em uma eleição ou um plebiscito. No caso em discussão, note-se que houve o processo legislativo, e seu resultado foi a Lei Complementar nº 135/10, norma que dispõe de inegável e significativa legitimidade popular (Ministro Dias Toffoli, STF, ADC's 29 e 30 e da ADI 4578).

Nem todos os Ministros trouxeram em seus votos esse discurso. Os Ministros Cezar Peluso, Celso de Mello, Marco Aurélio e Cármen Lúcia assim se pautaram. Chama atenção aqui o voto do Ministro Marco Aurélio, que vinha fazendo alusão à participação popular desde o julgamento do RO 1.069, em 2006, quando era Ministro do TSE, embora com o claro propósito de fazer a defesa da independência da Corte em relação a ela. No caso do julgamento conjunto das ADC's 29 e 30 e da ADI 4578 votou pela constitucionalidade parcial da lei, no mesmo sentido almejado pelo movimento social, com uma exceção: vota no sentido de que a lei é válida, mas apanha atos e fatos que tenham ocorrido a partir da sua entrada em vigor, em junho de 2010.

Cezar Peluso e Celso de Mello votam pela inconstitucionalidade integral da lei, pautando-se em argumentos técnico-jurídicos. Cármen Lúcia vota pela integral constitucionalidade da lei, mas não faz referência à participação popular em seu voto.

Os Ministros Gilmar Mendes e Dias Toffoli fizeram alusão a tal participação para defender a posição contramajoritária da corte, num discurso que pregava que todos os ministros deveriam manter-se distantes da opinião pública e fazer aplicar o texto constitucional. Já os Ministros Ayres Brito, Ricardo Lewandowski, Rosa Weber, Joaquim Barbosa e Luiz Fux seguiram caminho inverso, calcando nessa participação popular seus votos, obviamente, ao lado de outros argumentos.

Além dos aspectos já citados, nesse julgamento chama atenção o voto do Ministro Relator Luiz Fux, quando tratou da novel alínea “k” do artigo 1º, I, da Lei Complementar nº 64/90, inserida pela Lei Complementar nº 135/10, que assim dispõe:

k) o Presidente da República, o Governador de Estado e do Distrito Federal, o Prefeito, os membros do Congresso Nacional, das Assembleias Legislativas, da Câmara Legislativa, das Câmaras Municipais, *que renunciarem a seus mandatos desde o oferecimento de representação ou petição capaz de autorizar a abertura de processo* por infringência a dispositivo da Constituição Federal, da Constituição Estadual, da Lei Orgânica do Distrito Federal ou da Lei Orgânica do Município, para as eleições que se realizarem durante o período remanescente do mandato para o qual foram eleitos e nos 8 (oito) anos subsequentes ao término da legislatura; (BRASIL, 2010) (grifo nosso)

Em seu voto fez considerações a respeito desse dispositivo assim se pronunciando:

A instituição de hipótese de inelegibilidade para os casos de renúncia do mandatário que se encontre em vias de, mediante processo próprio, perder seu mandato é absolutamente consentânea com a integridade e a sistematicidade da ordem jurídica. *In casu*, a renúncia configura típica hipótese de **abuso de direito**, lapidarmente descrito no art. 187 do Código Civil como o exercício do direito que, manifestamente, excede os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes. Longe de se pretender restringir a interpretação constitucional a uma leitura civilista do Direito, é certo atentar para o fato de que, assim como no âmbito do Direito Civil, é salutar – e necessário – que no Direito Eleitoral também se institua norma que impeça o abuso de direito, que o ordenamento jurídico pátrio decerto não avaliza. Não se há de fornecer guarida ao mandatário que, em indistigável má-fé, renuncia ao cargo com o fito de preservar sua elegibilidade futura, subtraindo-se ao escrutínio da legitimidade do exercício de suas funções que é próprio da democracia. A previsão legal em comento, aliás, acompanha a dicção constitucional estabelecida desde a Emenda Constitucional de Revisão nº 6/94, que incluiu o § 4º do art. 55, de modo a que, no que concerne ao processo de perda de mandato parlamentar, restasse estabelecido, *verbis*: § 4º A renúncia de parlamentar submetido a processo que vise ou possa levar à perda do mandato, nos termos deste artigo, terá seus efeitos suspensos até as deliberações finais de que tratam os §§ 2º e 3º. Vale dizer, a própria Constituição Federal determina que o processo de perda de mandato parlamentar prossiga mesmo após a renúncia, justamente com o propósito de tornar ineficaz o abuso de direito à renúncia. Nesse caso, a inelegibilidade é *secundum eventum litis*, ou seja, a parte renuncia, mas se o resultado do processo não tiver nenhuma consequência, aquela renúncia não implica inelegibilidade; se o processo tiver consequência, a inelegibilidade tem procedência, porque há uma dissonância entre a realidade normativa e a realidade prática. Pela mesma razão, uma vez engendrada a renúncia antes da instauração de processo que possa gerar a perda dos direitos políticos, este não prossegue, e deveria prosseguir. Mas, de toda maneira, este voto é permeado por uma ideologia, que é a da hígidez da “Lei da Ficha Limpa”. Portanto, deve-se prestigiar a vontade do legislador para declarar-se também a constitucionalidade da alínea “k”, à semelhança do que antes foi pronunciado (Ministro Luiz Fux, STF, ADC’s 29 e 30 e da ADI 4578).

O voto do Ministro Luiz Fux, neste particular, repercutiu, pois a comunidade jurídica e os defensores do movimento interpretaram que a decisão, se acolhida pela maioria do STF, abriria uma brecha para candidatos que renunciarem antes da abertura do processo de cassação. Esclarecedor neste ponto a seguinte notícia:

O voto de Fux provocou reações de entidades que entenderam que se criou uma brecha para impunidade. De acordo com a Ordem dos Advogados do Brasil, o voto de Fux contém uma "excecência". "A se manter esse ponto do voto do ministro Fux, ficarão elegíveis todos os políticos que já renunciaram antes da abertura do processo pelo Conselho de Ética para escapar de cassações", assinalou o presidente da entidade, Ophir Cavalcante. Segundo Ophir, a Constituição já determina a suspensão da renúncia de um parlamentar submetido a processo de cassação enquanto não houver decisão sobre o caso, item incluído por uma emenda de 1994. "Por isso, os parlamentares acabam decidindo sobre eventual renúncia antes mesmo da abertura do processo pelo Conselho de Ética." (Em: <<http://www.conjur.com.br/2011-nov-10/ministro-luiz-fux-mudar-voto-lei-ficha-limpa>>. Acesso em 01 jun 2012)

Em outra notícia, é possível ver as críticas recebidas por Fux:

A posição do ministro do STF gerou reações. Em nota, divulgada nesta quinta, o presidente da Ordem dos Advogados do Brasil (OAB), Ophir Cavalcante, criticou a opção do voto de Fux que poderá "anular uma importante conquista" da Lei da Ficha Limpa. "A prevalecer o entendimento do ministro Fux, os políticos voltam a poder renunciar, na véspera da reunião do Conselho de Ética, para não serem cassados, ficando plenamente elegíveis para a eleição imediatamente seguinte, ou seja, nada muda", disse Cavalcante. (Em: <http://g1.globo.com/politica/noticia/2011/11/ministro-do-stf-diz-que-pode-mudar-voto-sobre-ficha-limpa.html>. Acesso em 01 jun 2012)

Em entrevista, Fux explicou seu voto:

Nesta quarta-feira, ao comentar seu voto, Fux disse que sua proposta vem dar mais seriedade ao critério da renúncia. "Uma petição todo mundo pode entrar, até um inimigo político. Se houver, então é preciso que haja seriedade. Para obedecer essa seriedade [a renúncia] tem que ocorrer quando for instalado processo de cassação. Aí o político sabe que já está a caminho de um processo que pode levar à cassação de seu direito político." (Em: <http://www.conjur.com.br/2011-nov-10/ministro-luiz-fux-mudar-voto-lei-ficha-limpa>). Acesso em: 01 jun 2012)

Ainda na mesma matéria jornalística, Fux admitia a possibilidade de mudar o seu voto.

Veja:

Mas, nesta quinta-feira (10/11), disse que vai reanalisar a matéria. Caso entenda que sua proposta abre brechas para impunidade, pretende modificar o voto concordando com o atual texto da lei diz que o político já fica inelegível se renunciar quando houver uma representação para abertura do processo que pode levar a cassação. "Vamos refletir e recolocar, porque o julgamento não acabou", ressaltou Fux. "E se nós entendermos que de alguma maneira essa proposição abre alguma brecha que tira a higidez desse item da Lei da Ficha Limpa, vamos fazer uma retificação." O ministro disse ainda que seu voto tinha o objetivo de manter todas as restrições da Lei da Ficha Limpa. Para ele, não lhe parecia razoável que a renúncia a partir de uma simples petição pudesse tornar alguém inelegível. "Posso mudar. Você sempre reflete sobre a repercussão da decisão. Então, até o termino do julgamento, a lei permite que o próprio relator possa pedir vista e mudar o seu voto. É uma reflexão jurídica e fática." (Em: <http://www.conjur.com.br/2011-nov-10/ministro-luiz-fux-mudar-voto-lei-ficha-limpa>). Acesso em: 01 jun 2012)

A repercussão do voto do Ministro Luiz Fux foi grande, tanto que, pesquisando na página de busca www.google.com.br, com o critério de busca "Fux diz que pode mudar voto", entre aspas, encontra-se 4.960 (quatro mil e novecentos e sessenta ocorrências)²⁷. E estavam todos apenas no primeiro dia do julgamento, no dia 09 de novembro de 2011, oportunidade em que apenas Fux votou, sendo o julgamento suspenso. E o julgamento seguiu no dia 01 de dezembro de 2012, oportunidade em que Luiz Fux esclarece seu voto para ficar claro que a

²⁷ Consulta realizada em 01 jun 2012.

novel alínea “k” do artigo 1º, I, da Lei Complementar nº 64/90, inserida pela Lei Complementar nº 135/10, era inteiramente constitucional. E o fez nos seguintes termos:

RETIFICAÇÃO DE VOTO. O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX (RELATOR): Senhor Presidente, na oportunidade em que votei, fiz uma exegese - que me parece correta - do artigo 55, § 4º, da Constituição Federal que estabelece que a renúncia tem efeito suspensivo. E a inelegibilidade é **secundum eventum litis**, ou seja, a parte renuncia, mas se o resultado do processo não tiver nenhuma consequência, aquela renúncia não implica inelegibilidade. Se o processo tiver consequência, a inelegibilidade tem procedência, porque há uma dissonância entre a realidade normativa e a realidade prática. Por isso é que, uma vez engendrada a renúncia, não se prossegue com o processo de renúncia, quer dizer, de perdas dos direitos políticos, e deveria prosseguir. Mas, de toda maneira, Senhor Presidente, o meu voto tem uma ideologia, que é a higidez da lei da ficha limpa. De sorte que eu gostaria de reajustar o voto para evitar qualquer interpretação divergente, e nesses casos de interpretação divergente, deve-se prestigiar a vontade do legislador para, reajustando o voto, declarar a constitucionalidade da alínea "k", à semelhança do que agora foi pronunciado. De sorte que, do meu voto, remanesce a declaração da constitucionalidade de todas essas alíneas até a alínea "k" [...] Então, o meu reajuste é apenas nesse particular, Senhor Presidente, e eu aproveitei a oportunidade, porque naquela assentada eu não toquei nesse pequeno ponto, porque acho até, para alguns, é despidendo, mas nós vamos evitar embargos de declaração. É que eu também fiz constar do voto que, diante da constitucionalidade parcial da Lei Complementar nº 135/10, ou seja, adstrito às causas de inelegibilidade, resta a mesma - porque está sendo declarada constitucional a Lei Complementar nº 135 - inaplicável às eleições de 2010 e anteriores e, por conseguinte, aos mandatos em curso, como já reconhecido por esta Corte no julgamento do RE 633.703, da relatoria do Ministro Gilmar Mendes, com repercussão geral. É aplicar, como naquela ocasião, a literalidade do artigo 16, de modo a que as inelegibilidades que foram instituídas pela lei nova sejam aplicadas apenas às eleições que ocorram mais de um ano após a sua edição, isto é, a partir das eleições de 2012. Quer dizer, se nós declaramos constitucional, pode eventualmente imaginar-se que isso tem uma aplicação retroativa, ou evidentemente que não (Ministro Luiz Fux, STF, ADC's 29 e 30 e da ADI 4578). (grifo do autor)

Chama atenção no caso o fato de que, no voto inicial, Fux julgava constitucional a novel alínea “k” do artigo 1º, I, da Lei Complementar nº 64/90, inserida pela Lei Complementar nº 135/10, conforme consta da conclusão do seu pronunciamento. Mas na fundamentação, dizia que a renúncia somente produzia a inelegibilidade se ao final do processo a decisão fosse de cassação. Segundo o voto de Fux a renúncia produzia efeitos “*secundum eventum litis*, ou seja, a parte renuncia, mas se o resultado do processo não tiver nenhuma consequência, aquela renúncia não implica inelegibilidade”. E uma frase constante do seu voto gerou a polêmica, qual seja: “Pela mesma razão, uma vez engendrada a renúncia antes da instauração de processo que possa gerar a perda dos direitos políticos, este não prossegue, e deveria prosseguir”. Assim, se a renúncia operasse efeito *secundum eventum litis*, se feita antes da instauração de um processo que pudesse gerar a perda dos direitos políticos, evitaria tal processo e, por consequência, não se corria risco de inelegibilidades.

Luiz Fux, no voto de retificação, corrige-se dizendo que a renúncia tem efeito suspensivo, ou seja, fica sem efeito até as deliberações finais do processo de cassação. A publicação da retificação de voto pelo Ministro Luiz Fux indica o quão estava influenciado pelos movimentos sociais em defesa da “Lei da Ficha Limpa” e pela participação popular presente na base da pretensão. Mas, apesar disso, manteve seu ponto de vista no sentido de que a renúncia produziria efeitos *secundum eventum litis*. E nesse particular não se viu críticas públicas ao posicionamento original e ao voto “retificação” de Luiz Fux.

Coube ao Ministro Joaquim Barbosa (o segundo a votar) abrir divergência nesse ponto, sustentando que a renúncia para evitar uma cassação produziria a inelegibilidade em qualquer hipótese, seja lá qual fosse a decisão do processo cassação. E Joaquim Barbosa não fez referência à participação popular para fundamentar seu voto neste aspecto. Entretanto, seu ponto de vista culminou sagrando-se vencedor, saindo derrotado Luiz Fux.

Outro aspecto que merece ser citado é o entendimento do Relator Luiz Fux a respeito da contagem do prazo de inelegibilidade das alíneas “e” e “f” do artigo 1º, inciso I, da Lei Complementar nº 135/10. Segundo sua interpretação, a lei poderia conduzir ao entendimento de que, condenado o indivíduo em decisão colegiada recorrível, permaneceria o mesmo inelegível desde então, por todo o tempo de duração do processo e por mais outros 08 (oito) anos após o cumprimento da pena. Luiz Fux, sob o discurso de que tal opção era exagerada, passa a dizer que deve ser descontado do prazo de 08 (oito) de inelegibilidade após o cumprimento da pena o prazo em que assim permaneceu durante o transcurso do processo, após a sentença condenatória recorrível emitida por um órgão colegiado. Nesse aspecto não se encontrou na imprensa comentários, quer criticando, quer elogiado a posição do Ministro. Os líderes do movimento social tão pouco se manifestaram publicamente a esse respeito²⁸. Luiz Fux termina o julgamento sustentando seu ponto de vista, mas sucumbe diante da maioria, que votou que o prazo deveria ser contado nos termos da lei.

O Ministro Marco Aurélio, no último dia do julgamento, discordou da contagem do prazo proposta por Luiz Fux e foi quem provocou um debate específico a respeito do tema, tanto que levou a Ministra Cármen Lúcia, que antes havia votado com Luiz Fux, a retificar o seu voto e votar com a maioria. E a Ministra Cármen Lúcia fez a retificação do seu voto justamente quando Marco Aurélio suscita o debate.

²⁸ Em pesquisa no site www.google.com.br, buscando-se as expressões: luiz fux secundum eventum litis ficha limpa, não se encontrou ocorrências que retratassem uma crítica publicada quanto ao seu ponto de vista.

Assim, votam pela constitucionalidade integral da lei os Ministros Ayres Brito, Ricardo Lewandowski, Rosa Weber, Joaquim Barbosa e Cármen Lúcia. Pela constitucionalidade parcial votaram os Ministros Luiz Fux, Marco Aurélio e Dias Toffoli, mas cada qual divergindo em ponto específico, onde saíram derrotados. Pela integral inconstitucionalidade votaram os Ministros Cezar Peluso, Celso de Mello e Gilmar Mendes.

Os votos publicados no julgamento das ADC's 29 e 30 e da ADI 4578 são classificados conforme mostra o quadro 6.

QUADRO 7: julgamento das ADC's 29 e 30 e da ADI 4578 pelo STF

Ministro:	Fez referência no voto à participação popular?	Usou a participação popular como argumento?	Usou como argumento para defender o quê?	Votou pela constitucionalidade da lei “ficha limpa”?
Ayres Brito	Faz Referência	Usou a participação popular como argumento.	Para defender a “ficha limpa”.	SIM
Cármen Lúcia	Sem Referência	-----	-----	SIM
Celso de Mello	Sem Referência	-----	-----	NÃO
Cezar Peluso	Sem Referência	-----	-----	NÃO
Dias Toffoli	Faz Referência	Usou a participação popular como argumento.	Para defender a autonomia da Corte em relação a ela.	SIM, parcialmente
Gilmar Mendes	Faz Referência	Usou a participação popular como argumento.	Para defender a autonomia da Corte em relação a ela.	NÃO
Joaquim Barbosa	Faz Referência	Usou a participação popular como argumento.	Para defender a “ficha limpa”.	SIM
Luiz Fux	Faz Referência	Usou a participação popular como argumento.	Para defender a “ficha limpa”.	SIM, parcialmente
Marco Aurélio	Sem Referência	-----	-----	SIM, parcialmente
Ricardo Lewandowski	Faz Referência	Usou a participação popular como argumento.	Para defender a “ficha limpa”.	SIM
Rosa Weber	Faz Referência	Usou a participação popular como argumento.	Para defender a “ficha limpa”.	SIM

Fonte: o autor.

A pesquisa conduziu a esses achados, que agora precisam ser analisados, a fim de que seja respondida a dúvida que inspirar a presente pesquisa. É o que agora se faz.

4.5. As decisões do *hard case* “ficha limpa” tiveram a influência da participação popular?

Todas as decisões estudadas do TSE e do STF que abordaram o tema “ficha limpa” foram tratadas por seus julgadores como um *hard case*. Nos votos há várias referências ao princípio da proporcionalidade e à técnica proposta por Robert Alexy para a resolução de conflitos entre princípios. Encontra-se referência expressa a ele, por exemplo, na fala de Ricardo Lewandowski no julgamento das ADC's 29 e 30 e ADI 4578, pelo STF. Ademais, afora essa citação expressa, muito e muitos votos analisaram a questão posta nos julgamentos sob o paradigma jurídico proposto pela teoria desse autor. Só para ficar num exemplo, o

Ministro Luiz Fux, no seu voto nas ADC's 29 e 30 e ADI 4578, pelo STF, analisou a questão sob o prisma da teoria do jurista alemão Alexy, embora sem citá-lo expressamente, mas percorrendo o caminho por ele proposto, qual seja, com a técnica que prega pela análise em sequência da necessidade, da idoneidade e da proporcionalidade em sentido estrito, para decidir sobre a constitucionalidade (razoabilidade) de uma restrição a princípio constitucional.

Por outro lado, Ronald Dworkin não mereceu qualquer citação expressa e muito menos a sua teoria do “direito como integridade”. Tal fato se explica, talvez, pelo maior prestígio da teoria de Robert Alexy no meio jurídico brasileiro, notadamente entre os Ministros do Supremo Tribunal Federal, fato constatado nos casos analisados, onde o princípio da proporcionalidade, ou seja, a teoria de Robert Alexy deu a inspiração para a grande maioria dos votos. Apesar disso, é possível perceber nos votos certo esforço dos Ministros para encontrar para solução conforme a técnica de resolução de casos difíceis de Dworkin. São votos que buscam nas decisões políticas do passado, do próprio STF, bem como as advindas do legislativo as linhas mestras a inspirar a decisão, fazendo um discurso que busca manter coerência com o passado e à vista da nova tese e novel momento histórico. Tais votos, dentre as teorias jurídicas expostas no capítulo um, seriam classificadas como filiadas ao pós-positivismo jurídico de Dworkin.

Curioso que essa linha interpretativa serviu a Ministros que defendiam a tese “ficha limpa”, como também àqueles que a ela eram contrários. Só para ficar num exemplo, veja os votos da Ministra Cármen Lúcia e Gilmar Mendes no julgamento do RE 633.703-MG, que tinha por objetivo decidir se a LC 135/2010 teria aplicação já nas eleições de 2010. Cármen Lúcia defendeu que sim. Nesse voto, analisou a jurisprudência do STF e ampara seu posicionamento em precedentes, notadamente na decisão do RE 129.392, onde o STF, no ano de 1990, decidiu que a LC 64/90, a qual igualmente previa casos de inelegibilidades, tinha aplicação nas eleições de 1990, embora tivesse entrado em vigor a menos de um ano das eleições. Segundo a Ministra, a controvérsia era a mesma. Claro, também ampara sua decisão em outros precedentes. Em sentido contrário, Gilmar Mendes calçou seu voto em outras decisões do STF, que entenderam que leis novas, tratando sobre eleições, somente teriam aplicação se encontrassem em vigor a mais de um ano. Para a decisão citada por Cármen Lúcia, no julgamento da LC 64/1990, Gilmar Mendes destacou que o quadro à época era outro. Disse que, se tal lei não entrasse em vigor naquele ano não haveria lei que versasse sobre inelegibilidade, já que a lei anterior, LC 05/1970, não havia sido recepcionada pela Constituição da República de 1988. Em suma, sustentou que àquela época aquela era a melhor

decisão, mas que no caso da LC 135/2010, diante da realidade diversa, onde já havia uma lei tratando sobre inelegibilidade, a decisão correta seria outra. Nessa análise muito se vê da teoria de Dworkin, mas sem uma citação sequer. Enfim, ambos buscaram no passado âncora para decisões do presente, defendendo um discurso segundo o qual seus votos mantinham coerência com o sistema. Só isso demonstra a falácia da única resposta correta em casos difíceis, com o que soa interesse em pesquisar quais variáveis fazem os votos penderem para uma ou outra resposta admitida pelo discurso jurídico.

Dentre tantas variáveis possíveis, buscou-se descobrir se a participação popular pode ser uma delas. E o caso “ficha limpa” demonstrou que a participação popular, conforme a tipologia construída para os fins do presente trabalho, pode ser considerada uma das variáveis capazes de inferir no julgamento de um *hard case*. Especificamente no *hard case* “ficha limpa”, a pesquisa demonstrou que ela agiu, conforme se passa a demonstrar.

A participação popular, como discurso de fundamentação de votos, num ou outro sentido, nas decisões analisadas, mostrou-se tênue no ano de 2006, quando o movimento “ficha limpa” ainda era tímido, sem expressão nacional e com pouca força mesmo entre os operadores do Direito, tanto que o único caso que chegou ao TSE, versando sobre o assunto, foi o RO 1.069-RJ. Nesse julgamento apenas uma referência há a respeito da participação popular, do lavra do Ministro Marco Aurélio, que a fez justamente para defender a autonomia da corte em relação ela. Mesmo os Ministros que acataram a tese “ficha limpa” naquele ano se absteram de utiliza a participação popular nos seus discursos de fundamentação de voto.

Já o ano de 2008, quando o movimento social em torno da tese “ficha limpa” era mais intenso, com contornos nacionais, sensibilizando inclusive membros do Judiciário e do Ministério Público, no julgamento da ADPF 144-DF, o número de Ministros que a ela fazem referência subiu para cinco, num total possível de onze. Embora nenhum deles tenha utilizado em seus discursos de fundamentação de votos a participação popular para defender a “ficha limpa”, o fato é que a simples referência a ela para ressaltar o papel de independência da corte frente a essa influência é suficiente para demonstrar que tal participação não foi ignorada por 45,45 % dos julgadores.

No julgamento da CC 1120-26.2010-DF, no TSE, surge pela vez primeira a referência à participação popular no discurso de fundamentação de um voto em defesa da “Lei da ficha limpa”. E surgiu no voto da Ministra Cármen Lúcia. Chama atenção o voto dessa Ministra, pois debatia com o Ministro Marcelo Ribeiro, oportunidade em que disse que a LC 135/2010 não era casuística e por isso poderia ser aplicada já nas eleições de 2010. Lendo o voto,

verifica-se que, no contexto em que foi proferida a fala da Ministra Cármen Lúcia, o TSE estava envolvido numa dúvida: se a referida lei era ou não casuística, ou seja, feita para atingir certos candidatos. Caso a conclusão fosse positiva, deveria ser aplicada somente nas eleições de 2012. Cármen Lúcia ressalta a iniciativa popular da lei e a opinião pública, dois modos de participação popular no conceito aqui empregado, justamente para defender a impessoalidade da lei, ou seja, estava em consonância com a vontade popular, que tão somente queria barrar candidatos “fichas sujas”, num critério impessoal.

Obviamente que, analisando o julgamento da CC 1120-26.2010-DF pelo TSE, o número de votos que fizeram referência à participação popular como argumento de defesa da “lei ficha limpa” é pequeno, um de sete possíveis. Mais dois Ministros, Marcelo Ribeiro e Marco Aurélio, fizeram referência à participação popular, mas num discurso que visava defender a autonomia da corte em relação a ela. Aldir Passarinho e Ricardo Lewandowski fizeram referência à participação popular, mas não a utilizaram como argumento a amparar seus votos a favor da tese “ficha limpa”. Os outros três Ministros ignoraram a participação popular, vale dizer, a minoria (42,85% dos Ministros).

No julgamento dos RE's 630.147-DF, 631.102-PA e 633.703-MG, julgado pelo STF em 23 de setembro de 2010, 27 de outubro de 2010 e 23 de março de 2011, respectivamente, o cenário manteve-se, ou seja, a maioria dos votos fez referência à participação popular para utilizá-la como argumento em defesa da “ficha limpa” ou em defesa da autonomia da corte em relação a ela. Tal fato indica que participação popular já fazia considerável pressão sobre os Ministros e que o movimento da sociedade era por eles considerado em suas manifestações, ainda que para ressaltar o papel de autonomia da corte em relação a ele.

Só para ficar num desses julgados, pois a posição dos Ministros, em todos eles, foi similar, no RE 633.703-MG Gilmar Mendes defendeu a independência da corte em relação à participação popular, sendo seguido por três ministros: Marco Aurélio, Luiz Fux e Dias Toffoli. Ayres Brito e Joaquim Barbosa fundamentam seus votos na participação popular em defesa da tese “ficha limpa”. Ricardo Lewandowski faz referência à participação popular, mas sem utilizá-la como argumento em seu discurso para amparar seu voto favorável à tese “ficha limpa”. Três Ministros ignoraram a participação popular. Dentre estes, chama atenção o voto da Ministra Cármen Lúcia, a mesma que no julgamento da CC 1120-26.2010.6.00.0000, no TSE, utilizou também a participação popular como argumento de fundamentação em seu voto, mas nesse julgamento sequer fez referência a ela. No julgamento dos RE's 630.147-DF e 631.102-PA a Ministra faz referência à participação popular, mas não a utiliza como

argumento. No RE 633.703-MG sequer fez referência, mas nesses três casos vota a favor da “lei da ficha limpa”.

Ainda no julgamento desses RE's, precisamente o RE 633.703-MG, chama atenção o voto do Ministro Luiz Fux, que defendeu a autonomia do STF em relação à participação popular, mas com discurso ameno. De início discursou ressaltando a participação popular e o seu confronto com a ética na política, mas ao cabo votou contrariamente à tese defendida pelo movimento social, dizendo que a lei deveria ser aplicada somente nas eleições de 2012. Luiz Fux era o 11º Ministro que faltava e desempatou o placar, pois no julgamento dos RE's 630.147-DF e 631.102-PA, quando o STF tinha apenas dez Ministros que decidiam a mesma questão, o placar ficou em cinco a cinco. Fux desempata justamente em sentido contrário ao pregado pelo movimento social em defesa da “lei da ficha limpa”.

Mas, no julgamento das ADC's 29 e 30 e ADI 4578, pelo STF, o discurso de Fux é outro: ampara seu voto, como principal linha argumentativa, justamente na participação popular. Ele foi o relator do caso e lhe coube publicar o primeiro voto. Uma das questões postas em julgamento foi precisamente o confronto entre o princípio da presunção da inocência e a “lei da ficha limpa”, que previa a inelegibilidade daqueles que estivessem condenados por um órgão colegiado por certos crimes ou por improbidade administrativa, embora sem o trânsito em julgamento. O Direito Brasileiro pós-constituição de 1988 sempre se pautou pelo absolutismo do princípio da presunção de inocência, fato que ficou claro no voto do Ministro Celso de Mello no julgamento da ADPF 144-DF. De fato, tratava-se de um entrave difícil de ser superado, tanto por seguidores de Alexy, como por seguidores de Dworkin. Entretanto, Fux relativiza tal princípio amparando seu voto justamente na participação popular, dizendo, em suma, que o movimento mostrou que a sociedade brasileira exigia outra leitura da Constituição da República. E que caberia à Corte Constitucional interpretar tal Constituição de modo a manter coerência com essa vontade.

Luiz Fux, com isso, dá mostras de que sofreu influência da participação em seus votos no julgamento do RE 633.703-MG e no das ADC's 29 e 30 e ADI 4578. No primeiro defendeu, apesar dela, a autonomia da corte em relação a ela, mas no segundo a utiliza justamente como principal linha argumentativa do seu voto, exatamente na questão envolvendo a relativização ou não do princípio da presunção da inocência. E as mostras de que esse ministro estava influenciado pela participação popular soa ainda mais clara quando relata no voto proferido nas ADC's 29 e 30 e ADI 4578 o impacto negativo na opinião público do julgamento do RE 633.703-MG.

Ademais, Fux é criticado pelas lideranças do movimento em defesa da “ficha limpa”, que interpretaram que a conclusão do seu voto poderia abrir uma brecha na “lei da ficha limpa” para candidatos que renunciarem antes da abertura do processo de cassação. A notícia foi reproduzida pelos principais meios de comunicação social. Tratava-se da parte do voto em que Fux sustentava que a renúncia a mandato eletivo, se feito “antes da instauração de processo que possa gerar a perda dos direitos políticos, este não prossegue, e deveria prosseguir”. Com isso, não tinha o condão de acarretar a inelegibilidade. Esse era justamente o caso de Jader Barbalho e de Joaquim Roriz. Fux dá declarações na imprensa dizendo que poderia rever seu voto e que sua intenção era manter a lei dura no seu objetivo. E de fato Fux faz a revisão do seu voto, retificando-o no segundo dia do julgamento.

Mas Luiz Fux defendeu em seu voto que a renúncia a mandato eletivo produziria efeitos *secundum eventum litis*, ou seja, somente se ao final houvesse a cassação, mas não a absolvição. Nesse particular Fux não é criticado pelas lideranças do movimento e muito menos pelos órgãos de comunicação social. Coube a Joaquim Barbosa abrir a divergência. Fux foi derrotado e nesse ponto não retificou seu voto, mantendo-o até o final. Assim, o Ministro mostrou que agia conforme desejava a opinião pública, retificando seu voto quando era criticado e o mantendo quando não o era.

Gilmar Mendes muito criticou a posição de Fux, defendendo o papel contramajoritário da corte, mas somente foi seguido neste aspecto por Dias Toffoli. Apenas esses dois Ministros nesse julgamento defenderam a posição contramajoritária da corte, em número muito menor do que então se via nos outros julgamentos. Já a quantidade de votos que fizeram referência à participação popular, como argumento em defesa da “ficha limpa”, aumentou de forma substancial nesse julgamento, alcançando a cifra de 45,45% dos votos.

E percebe-se que desse julgamento participou a Ministra Cármen Lúcia, a mesma que no julgamento da CC 1120-26.2010.6.00.0000, no TSE, utilizou também a participação popular como argumento de fundamentação em seu voto. No julgamento das ADC’s 29 e 30 e ADI 4578 a Ministra não seguiu a mesma linha, mas votou a favor da “lei da ficha limpa”.

Outro dado interessante no julgamento das ADC’s 29 e 30 e ADI 4578 é o voto do Ministro Marco Aurélio, que vota pela constitucionalidade da lei, mas dizendo que somente teria aplicabilidade a fatos ocorridos após a sua entrada em vigor, ou seja, não abarcaria fatos pretéritos (a vida pregressa antes da entrada em vigor da “lei da ficha limpa” não seriam considerados para desabonar a vida pregressa do candidato). Marco Aurélio vinha, desde o julgamento do RO 1.069-RJ, em 2006, defendendo que a corte deveria manter distância da

opinião pública (uma forma de participação popular, segundo a tipologia aqui construída), mas desta feita não repetiu o discurso.

Marco Aurélio não viu obstáculo ao princípio da presunção de inocência, considerando a solução da lei constitucional nesse aspecto. Entretanto, no julgamento do RO 1.069 e da ADPF 144-DF, defendeu que tal princípio não poderia ser relativizado. E seguiu no segundo o voto de Celso de Mello, o qual se manteve coerente em todos os julgados, votando no mesmo sentido. Mas o entendimento jurídico de Marco Aurélio foi alterado no julgamento as ADC's 29 e 30 e ADI 4578 e desta feita abstém-se de dizer que a corte deveria julgar de forma independente da participação popular. Isso indica que Marco Aurélio mostrou sentir os efeitos da participação popular quando proferiu seu voto, embora tenha defendido em todos os julgamentos a posição equidistante da corte em relação a ela. Desta feita, no principal questionamento da lei, qual seja, a possibilidade ou não de relativização do princípio da presunção de inocência, vota conforme a vontade popular.

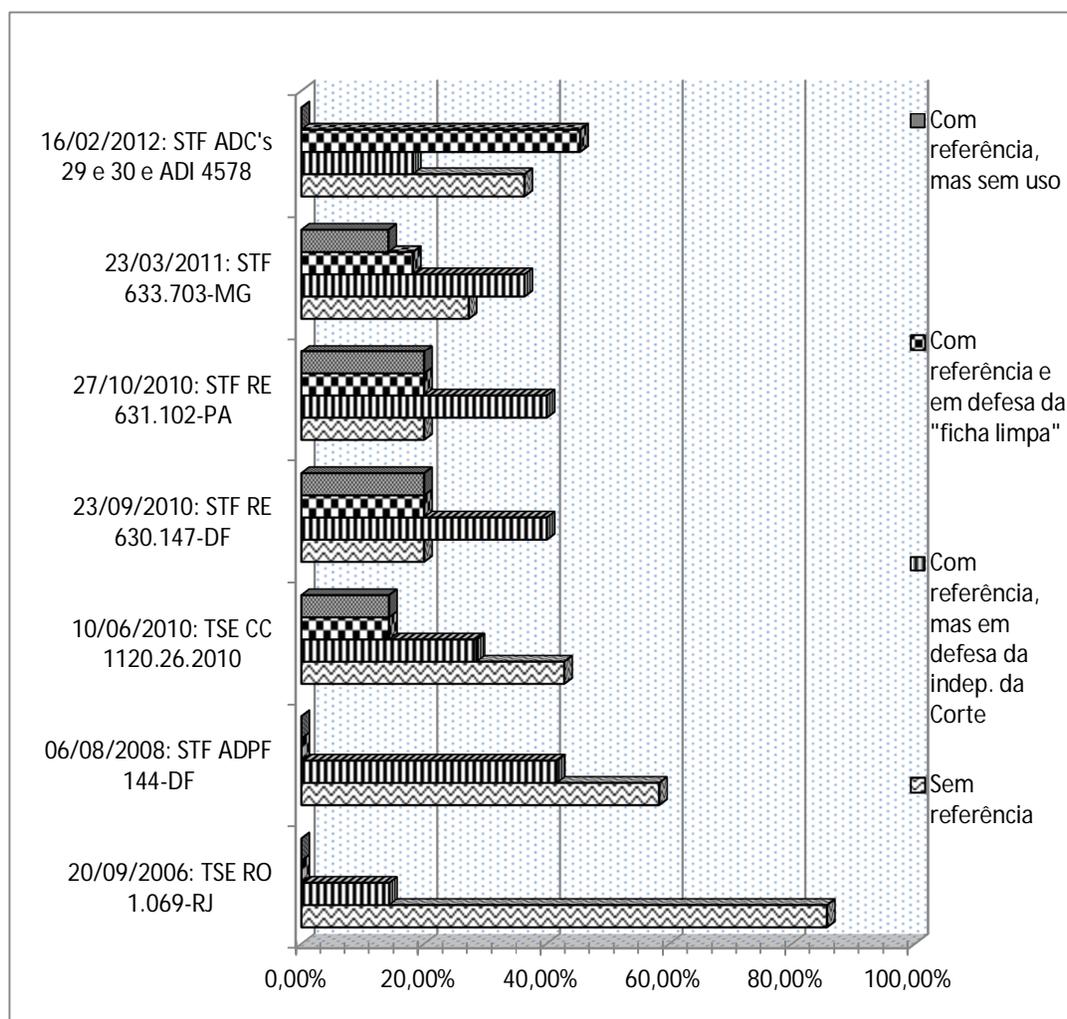
Os demais Ministros que votaram contra a “lei da ficha limpa”, Ministros Gilmar Mendes, Cezar Peluso e Celso de Mello, não fizeram alusão à participação popular. Dentre eles, chama atenção o Ministro Cezar Peluso, que no julgamento da ADPF 144-DF e RE's 630.147-DF e 631.102-PA defendia expressamente que o julgador não poderia ser influenciado por ela. Mas aqui, neste aspecto, silenciou-se, o que demonstra que procurou não agredir a “opinião pública”, ao menos se se considerar que essa mesma opinião pública poderia reprová-lo se repetisse seus argumentos anteriores. Atenua seu discurso, portanto.

O julgamento das ADC's 29 e 30 e ADI 4578 foi o mais importante dentre todos os estudados. Nele estava em jogo a constitucionalidade da LC 135/2010. Se a lei fosse declarada inconstitucional, todo o trabalho de mobilização social, vale dizer, a participação verificada em sua história seria enterrada. De igual modo, de nada serviria a opinião pública a respeito do tema. Se a lei fosse declarada inconstitucional sob o argumento de que o princípio da presunção de inocência não poderia ser relativizado, certamente a única solução jurídica possível para os defensores do movimento seria fazê-la valer seria através de uma nova constituinte, pois o princípio da presunção de inocência, à vista de uma conclusão desse tipo, seria escrito como uma cláusula pétrea, que não admite relativização. Ou seja, qualquer que fosse a solução, qualquer decisão legislativa que não considerasse o trânsito em julgado de uma decisão como causa de inelegibilidade seria inconstitucional. Só uma constituinte poderia mudar a regra.

E justamente nesse julgamento, o mais importante da série, a participação popular mostrou sua força e integrou o discurso de fundamentação de voto de vários ministros. Somando-se os votos que fizeram a ela referência para defender a “lei da ficha limpa” com os que o fizeram, mas para defender a autonomia da corte em relação a ela, tem-se que 63,63 % dos votos demonstrou a interferência.

O gráfico 01 resumi o percentual e cada categoria de votos idealizada no “item 4.3” nos julgamentos analisados. Mostra-se em percentagem e não em número de votos, para se possibilitar a comparação, já que nos julgamentos votaram números diferentes de ministros.

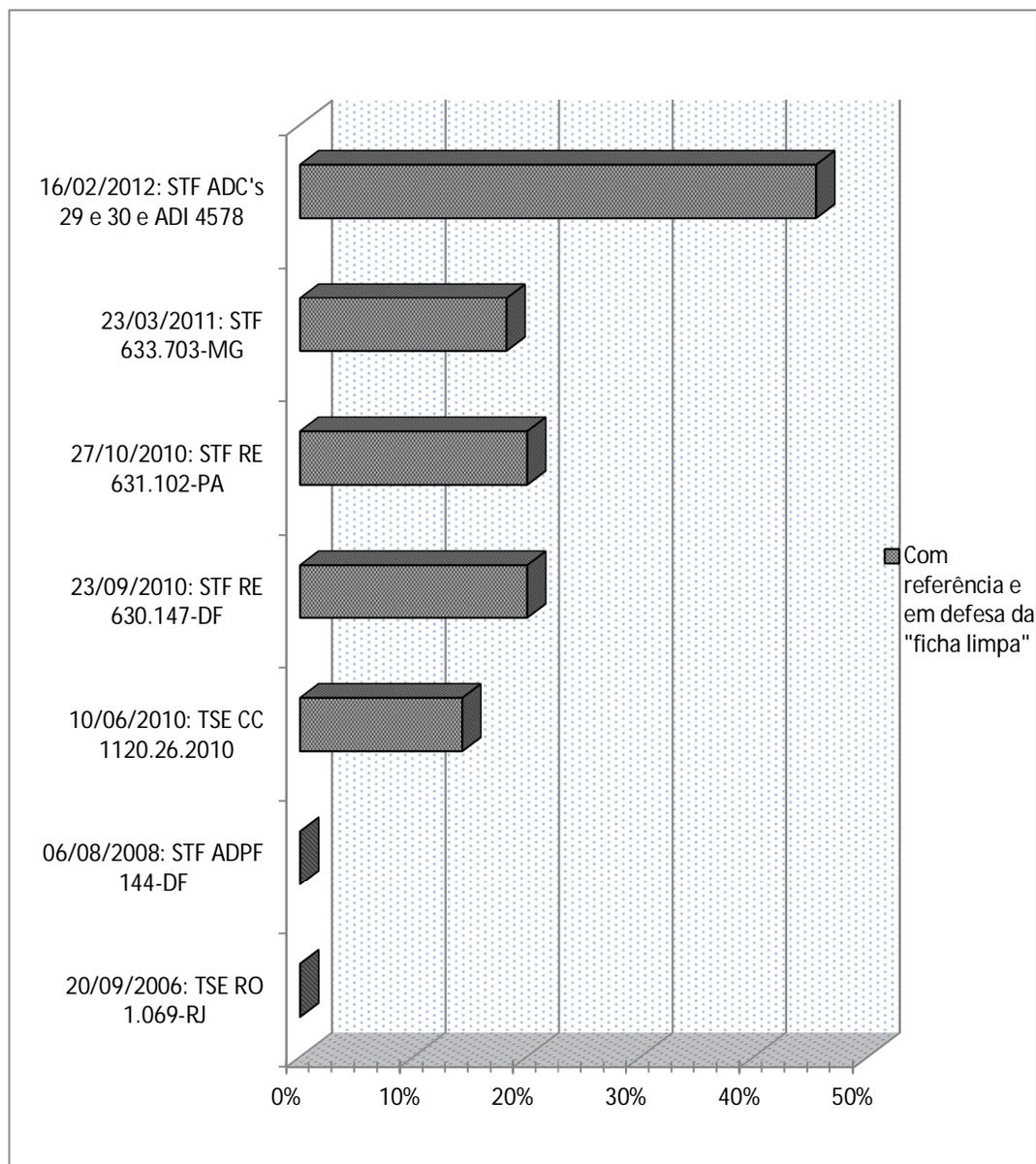
Gráfico 01 - Percentagem de incidência de cada categoria de voto nos julgamentos analisados.



Fonte: o autor. Dados coletados com a análise do RO 1.069-RJ, ADPF 144-DF, CC 1120.26.2010, RE 630.147-DF, RE 631.102-PA, RE 633.603-MG e ADC's 29 e 30 e ADI 4578.

Perceba no gráfico seguinte (gráfico dois) como cresceu de 2006 até 2012, em cada decisão, os votos classificados como: “com referência e em defesa da ficha limpa”:

Gráfico 02 - Percentagem de incidência da cada categoria de voto “com referência e em defesa da ficha limpa” nos julgamentos analisados.

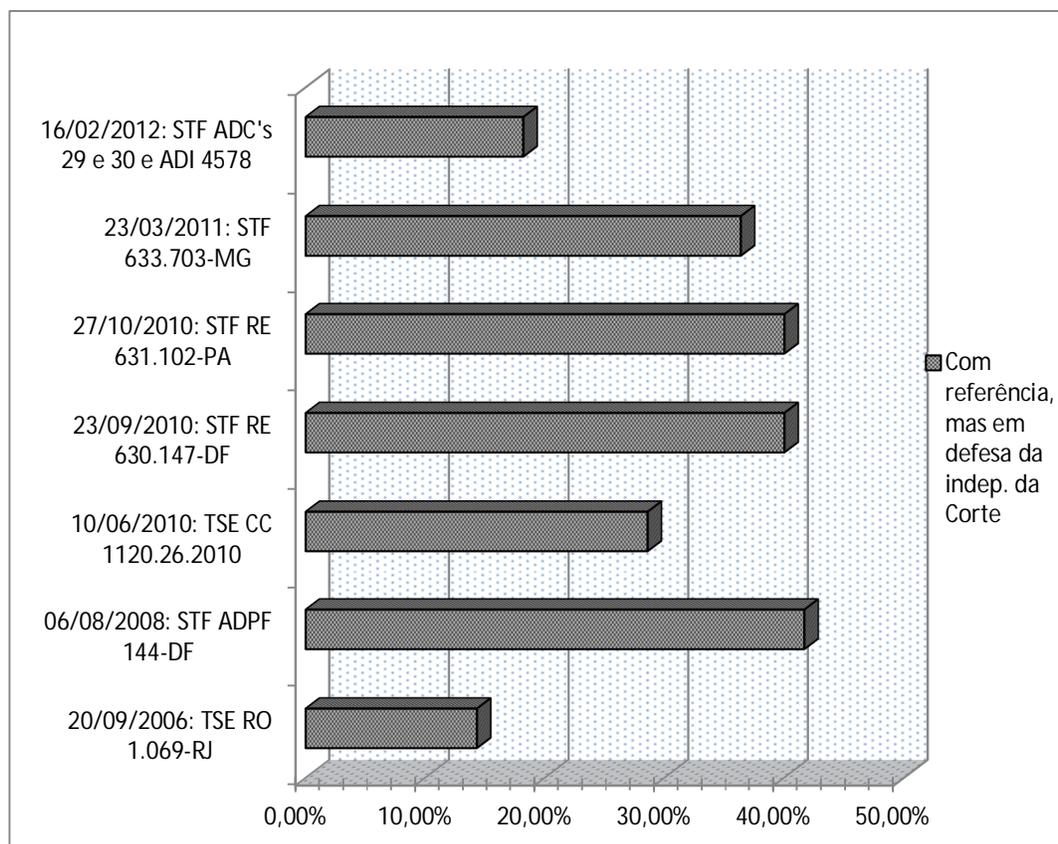


Fonte: o autor. Dados coletados com a análise do RO 1.069-RJ, ADPF 144-DF, CC 1120.26.2010, RE 630.147-DF, RE 631.102-PA, RE 633.603-MG e ADC's 29 e 30 e ADI 4578.

Por outro lado, o número de votos classificados como “com referência, mas em defesa da independência da corte em relação a ela”, que era pequeno em 2006, cresce em 2008,

quando a participação popular em torno do tema aumenta, mantendo-se praticamente estável nos julgamentos seguintes, mas volta a diminuir no principal julgamento, em 2012. O gráfico três é elucidativo neste sentido.

Gráfico 03 - Percentagem de incidência da cada categoria de voto “com referência, mas em defesa da independência da corte”.



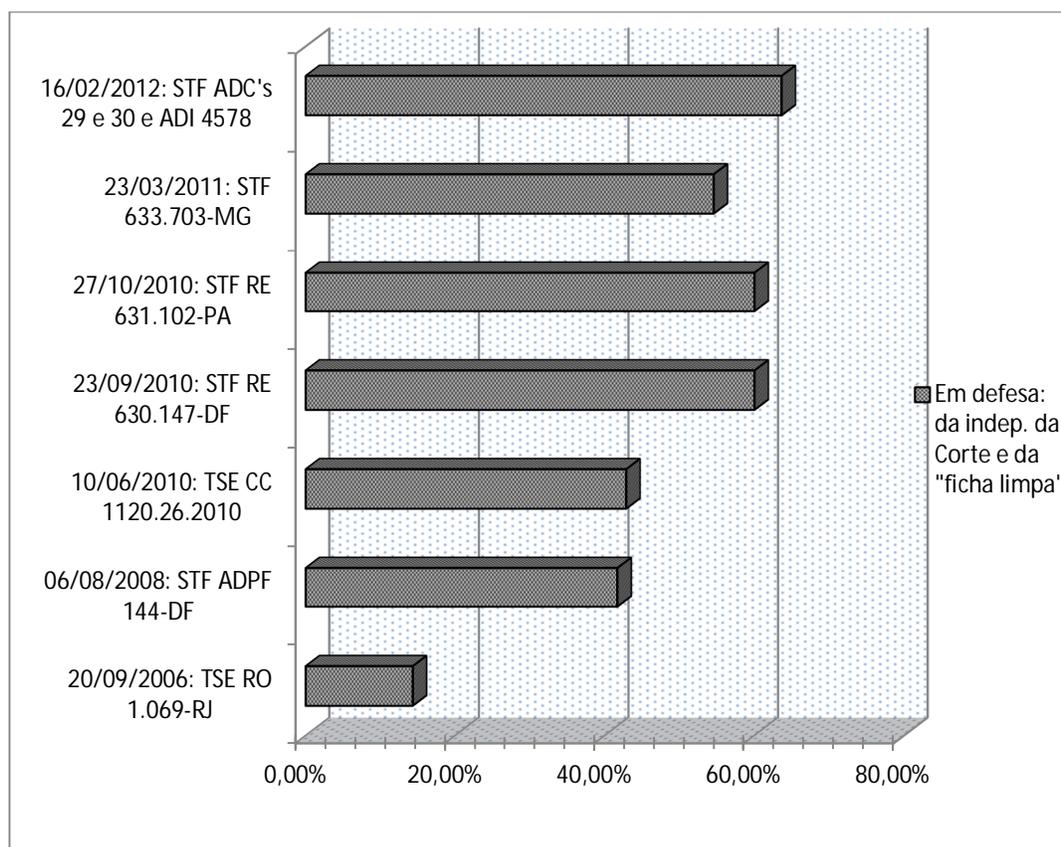
Fonte: o autor. Dados coletados com a análise do RO 1.069-RJ, ADPF 144-DF, CC 1120.26.2010, RE 630.147-DF, RE 631.102-PA, RE 633.603-MG e ADC's 29 e 30 e ADI 4578.

Isso demonstra a disposição dos Ministros em manter, perante a opinião pública, um discurso que pregava que a Corte deveria ficar alheia à opinião popular, apesar do movimento presente na sociedade. Essa disposição foi alta nos julgamentos menos relevantes ou quando o movimento não tinha tanta solidez, mas ficou tênue no principal julgamento, quando a “lei da ficha limpa” de fato estava em “xeque”.

Somando-se o resultado encontrado com as duas categorias de votos, “com referência e em defesa da ficha limpa” e “com referência, mas em defesa da autonomia da corte em relação a ela” obtém-se a percentagem de Ministros que enfrentaram a participação popular

no julgamento, mesmo que fosse para votar contra ela. O número é significativo e aumentou de 2006 a 2012. Veja no gráfico quatro essa evolução.

Gráfico 04 - Percentagem de incidência das categorias de voto “com referência e em defesa da ficha limpa” e “com referência, mas em defesa da autonomia da corte em relação a ela” nos julgamentos analisados.

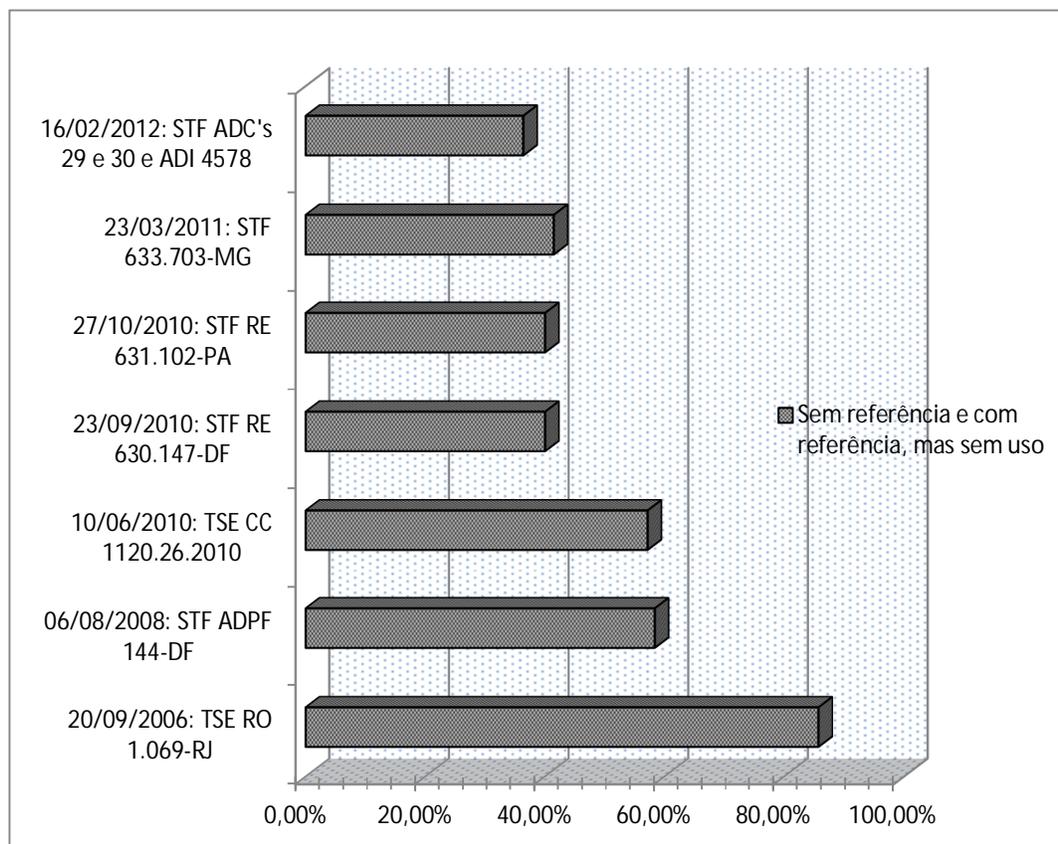


Fonte: o autor. Dados coletados com a análise do RO 1.069-RJ, ADPF 144-DF, CC 1120.26.2010, RE 630.147-DF, RE 631.102-PA, RE 633.603-MG e ADC's 29 e 30 e ADI 4578.

Chama atenção o fato de que, partir de 2010, nas decisões do STF, o número de Ministros que enfrentava a participação popular em seus votos representava a maioria e assim se manteve, crescendo ainda um pouco mais no último julgamento, em 2012. Em 2008, no STF, no julgamento da ADPF 144-DF, o número já era considerável, praticamente igual ao julgamento pelo TSE em 2010, na CC 11.20.26.2010. Já em 2006, no TSE, quando o movimento social apenas se iniciava, a percentagem é baixa em comparação com as demais (julgamento do RO 1.069-RF).

O gráfico cinco mostra a soma de duas categorias de votos: “sem referência” e “com referência, mas sem uso”, ambas em relação à participação popular. Trata-se de duas categorias de votos que, somados, revelam que a percentagem de Ministros que não usou em seu discurso de fundamentação a participação popular em cada julgamento estudado.

Gráfico 05 - Percentagem de incidência das categorias de voto “sem referência” e “com referência, mas sem uso” nos julgamentos analisados.



Fonte: o autor. Dados coletados com a análise do RO 1.069-RJ, ADPF 144-DF, CC 1120.26.2010, RE 630.147-DF, RE 631.102-PA, RE 633.603-MG e ADC's 29 e 30 e ADI 4578.

Conforme aumentou a participação popular, de 2006 até 2012, menos Ministros estavam dispostos a ignorá-la como linha argumentativa em seus votos. Esse dado mostra que a participação popular, conforme a tipologia aqui usada, cresceu em torno do tema “ficha limpa” entre os anos de 2006 e 2012. Ademais, a opinião pública em torno do tema era grande e essa era a representação que os Ministros do TSE e do STF tinham a respeito, sendo maior no julgamento mais relevante, das ADC's 29 e 30 e ADI 4578, em 2012.

À vista de todos esses dados, sustenta-se que a hipótese restou confirmada, ou seja, a participação popular teve o condão de interferir na decisão de *hard case* “ficha limpa”. E interferiu menos quando era menor, de que são exemplos os julgamentos realizados em 2006 e 2008, e mais quando era maior, especialmente no julgamento das ADC’s 29 e 30 e ADI 4578, iniciado em novembro de 2011 e concluído em fevereiro de 2012.

Ao cabo, resta chamar a atenção para o leitor que se cogita que, sendo maior a relevância do *hard case*, mas suscetível fica à participação popular, fato que poderá ser constatado em futuras pesquisas. Informa-se, também, que no julgamento “ficha limpa” vislumbrou-se a interferência de outras variáveis. O alinhamento político do julgador com uma ou outra tese e a posição do julgador frente à moral, a interferir na decisão jurídica. Outras pesquisas podem concluir que certos Ministros ostentavam identidade mais receptível à tese “ficha limpa”, vale dizer, o seu alinhamento político com o movimento. Podem ainda investigar como cada Ministro fez a separação entre o Direito e a moral, brindando-se ou não a argumentos de ordem moral em favor ou em prejuízo daqueles de ordem técnica. Uma maior ou menor capacidade de blindagem sem dúvida interferiu no julgamento, pois o discurso ético, contra a corrupção, que a corrupção era uma praga que necessitava ser contida, esteve presente em todos os julgamentos. Enfim, fica aqui uma sugestão para futuras pesquisas, que poderão ter por objeto os julgamentos da “lei ficha limpa” para investigar essas outras importantes variáveis, que supostamente interferiram no julgamento desse *hard case*.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A judicialização da política tem ocupado espaço nos debates acadêmicos pela sua novidade, implicações, variáveis e, principalmente, reflexos para a democracia. Trata-se de tema instigante na medida em que uma agência, o Judiciário, é apontada como protagonista em decisões políticas relevantes. Interessante é o estudo do ativismo judicial na política na medida em que essa agência tende a se comportar de modo mais dinâmico, não mais presa à clássica teoria da divisão tripartite de funções. Conhecer as variáveis do fenômeno, investigá-lo, mapeá-lo, verificar suas consequências sociais e políticas tem sido objeto de muitos estudos científicos.

Nesse sentido, essa pesquisa buscou oferecer uma contribuição, pois investigou como se comportou o STF e o TSE frente à participação popular nas decisões judiciais mais relevantes do caso “ficha limpa”. Tal caso chamava a atenção por três aspectos relevantes. O primeiro aspecto é visto no julgamento do RO 1.069-RJ, em 2006 pelo TSE e após, em 2008, no julgamento do ADPF 144-DF. Nesses julgamentos a letra expressa da lei não previa a inelegibilidade de candidatos com condenações por certos crimes ou por improbidade administrativa ainda não transitadas em julgado. Tinha-se, à época, apenas a redação do artigo 14, §9º, da Constituição Federal, que remetia para a Lei Complementar prescrever casos de inelegibilidade para a proteção da moralidade e probidade no exercício de cargos eletivos, considerada a vida pregressa do candidato. O comando desse artigo constitucional poderia ser interpretado como de aplicabilidade imediata, mas também era razoável a tese que sustentava que tal dispositivo dependia de regulamentação por lei complementar.

Nesse primeiro aspecto do *hard case* “ficha limpa” uma questão muito discutida por aqueles que pesquisam a judicialização da política pode ser vista, qual seja, saber se o Judiciário tem protagonizado decisões políticas. Em 2006 e em 2008 não havia uma decisão formal do legislativo, tomada no passado e em vigência, expressa, a impedir candidaturas de pessoas com condenações ainda não transitadas em julgado. Apesar disso uma tese jurídica foi sustentada e ganhou cada vez mais a adesão da população. Seu acolhimento implicava em importante decisão política: justamente a tese que sustentava que, considerada a vida pregressa e em nome dos princípios da moralidade e probidade na política, candidatos com condenações, mesmo que não transitadas em julgado, deveriam ser considerados inelegíveis. O protagonismo judiciário estava à prova no caso, já que o acolhimento da tese implicaria na tomada de importante decisão política à revelia do Legislativo.

Além desse aspecto, a análise do *hard case* “ficha limpa” revelou, ainda, outro, de indiscutível interesse de pesquisa: a corte, no caso, tomaria uma decisão positivista, pragmatista ou pós-positivista. Conforme a linha jurídica por ela seguida, mais ou menos protagonismo judiciário seria visto. Se a corrente positivista predominasse, a tendência era de recusa da novel tese nos anos de 2006 e 2008, quando não havia uma lei expressa dispendo sobre a exigência de “ficha limpa” para candidatos com condenações ainda não transitadas em julgado, salvo se o caso fosse interpretado como uma lacuna legal, quando então a decisão tenderia ao discricionarismo do julgador. Entretanto, não foi essa a linha seguida nos julgados, até porque na época já vigia a LC 64/1990, que previa a inelegibilidade para somente aqueles com certas condenações transitadas em julgado. Não havia lacunas portanto. Por outro lado, um maior afinamento com o positivismo conduzia ao julgamento de constitucionalidade da LC 135/2010, mas para as eleições de 2012. Uma decisão com essa inspiração fatalmente aplicaria a literalidade da regra do artigo 16 da Constituição da República, que impedia a incidência da norma nas eleições de 2010, mesmo ano em que entrou em vigor a citada lei. O motivo? Conforme já dito, tal regra prevê que leis que disponham sobre eleições devem entrar em vigor ao menos um ano antes das eleições para ter aplicabilidade.

O pragmatismo representaria a linha decisória com menor controle e, por consequência, previsibilidade. Justificaria uma decisão em qualquer sentido, já que sua inspiração é o futuro. Nele a decisão seria aquela mais adequada para o futuro, sob a ótica do julgador. A visão de futuro do julgador seria decisiva para o caso e o resultado do julgamento estaria pouco preso às amarras das decisões políticas tomadas no passado.

Também a linha decisória pós-positivista, por outro lado, poderia justificar uma decisão em qualquer sentido. Menos preso às decisões políticas do passado, o pós-positivismo seria capaz de construir uma tese a favor da “ficha limpa”, sustentando a aplicação direta dos princípios constitucionais da moralidade e da probidade, considerada a vida pregressa do candidato. E tal conclusão seria possível frente ao então momento histórico, capaz de justificar racionalmente uma nova decisão, na esteira da teoria de Ronald Dworkin.

Menos preso ao texto expresso da constituição, o pós-positivismo oferece ferramenta jurídica ao julgador capaz de instrumentalizá-lo a aplicar na decisão de casos difíceis os princípios, que ganham o status de norma. A consequência é que, aplicando-se os princípios constitucionais diretamente, o trabalho do legislativo, no sentido de regulamentar tais princípios e prever as hipóteses concretas em que devem ter incidência, passa a ser um

obstáculo que se pode vencer com mais facilidade pelo discurso jurídico. Por outro lado, a aplicação pura e simples de princípios traz uma grande dificuldade, exatamente a construção da moldura da norma, geral e abstrata, a ser aplicada. Não havendo uma decisão do legislativo ordinário a respeito, a moldura deve ser construída na decisão judicial. E conflitos surgirão entre os julgadores. Uns sustentarão uma moldura com provável discordância de outros.

Ainda no pós-positivismo, mais uma questão pode surgir já quando publicada a lei regulamentadora de princípios, como ocorreu no caso, quando a LC 135/2010 entrou em vigor e teve sua constitucionalidade posta à prova. O julgador, inspirado por tal corrente teórica, passa a investigar se a moldura legislativa dada aos princípios constitucionais, a sua regulamentação, permaneceu dentro do critério de razoabilidade, dentro das margens deixadas pela Constituição. Mais uma vez o conflito pode se fazer presente, sendo crível pensar que uns poderão sustentar a não razoabilidade (desproporcionalidade) da ponderação levada a cabo pelo legislador e outros podem defendê-la.

Um último aspecto relevante do caso “ficha limpa” pode ser visto no julgado de 2008 (ADPF 144-DF) e nos que se seguiram, mas principalmente no último, concluído em 2012, quando as ADC’s 29 e 30 e ADI 4578 foram julgadas pelo STF. Trata-se da participação popular presente na base da pretensão e que objetivava ver acolhida pelas instâncias decisórias do Judiciário a exigência de “ficha limpa” para candidatos. Exigência sem lei expressa em 2008, mas já com lei aprovada pelo legislativo, após mobilização social de que resultou na apresentação popular de projeto de lei, nos julgamentos que se seguiram. As instâncias judiciais onde o caso foi julgado de 2008 a 2012 se viram pressionadas pela participação popular, clara no sentido de ver reconhecida a constitucionalidade da tese “ficha limpa” e, por consequência, a sua aplicabilidade nas eleições que se seguiam, de 2008, de 2010 e de 2012. Saber até que ponto essa participação influenciou nas decisões foi o objeto desta pesquisa.

O caso “ficha limpa” assim, conforme sustentou o Ministro Gilmar Mendes no julgamento das ADC’s 29 e 30 e ADI 4578, é um caso que espelha a tensão entre a jurisdição constitucional e a democracia. E a pesquisa revelou que assim foi tratado nos julgamentos. Da análise, para esse caso, tendo em conta o objeto da pesquisa, algumas conclusões podem ser extraídas.

Embora esse não tenha sido o objeto da pesquisa, observou-se que a linha teórica seguida nos julgamentos, com raras exceções, foi o pós-positivismo, com menções expressas à teoria de Robert Alexy. Também muitos votos, ou parte deles, podem ser explicados com a

teoria de Dworkin. Apesar do pós-positivismo possibilitar um discurso jurídico racional capaz de justificar a exigência da “ficha limpa” mesmo sem uma lei expressa, nas eleições de 2006, no caso concreto julgado (RO 1.069-RJ), e nas de 2008, para todos os candidatos (ADPF 144-DF), a opção dos julgadores foi outra.

A tese não saiu vencedora em 2006 e em 2008. E o principal argumento para afastá-la foi justamente a necessidade de prévia aprovação de lei pelo Legislativo. Ou seja, o Judiciário, nesse passo, não se aventurou a romper com os dogmas da teoria da divisão de funções. A decisão foi clara no sentido de que, para que candidatos fossem barrados sob o pretexto da “ficha suja”, antes era necessária uma decisão política. A corte entendeu que, para barrar um candidato, no passado deveria haver uma decisão política que a justificasse. E tal decisão seria do legislativo. E mais, à época havia lei regulamentadora do artigo 14, §9º, da Constituição da República, exatamente a LC 64/1990, cujos termos não autorizava a conclusão almejada pelo momento “ficha limpa”.

A baixa disposição para o protagonismo também pode ser observada em 2010, quando a LC 135/2010 entrou em vigor e a dúvida surgiu sobre sua aplicabilidade já nas eleições daquele ano face à regra constitucional do artigo 16, que dispõe que somente tem eficácia nas eleições as leis publicadas a mais de um ano. Duas correntes se formaram, uma defendia a aplicabilidade nas eleições daquele ano, mas que contava com um obstáculo, exatamente o referido artigo 16. O TSE decidiu pela aplicabilidade nas eleições de 2010 na CC 1120.26.2010. Entretanto, o STF, decidindo casos concretos, concluiu em sentido contrário.

Quando levado a decidir sobre a constitucionalidade da LC 135/2010, o STF julgou por maioria pela adequação constitucional da lei. Respeitou-se a decisão política tomada pelo Legislativo. É claro que esses casos não podem ser vistos ignorando-se a participação popular formada em torno do tema e presente nos julgamentos analisados, desde muito tênue no primeiro julgamento analisado, em 2006, mais forte nos demais, principalmente no julgamento das ADC's 29 e 30 e ADI 4578. Viu-se a participação popular do tipo deliberativa, através da opinião pública habermasiana, desde 2008 até 2012. Também esteve presente o tipo direta (participativa), com a colheita de 1,6 milhões de assinaturas, em apoio ao projeto popular de iniciativa de lei. Os demais tipos tratados no capítulo três não foram identificados.

A participação popular esteve presente no caso “ficha limpa” no ano de 2008. Apesar disso no julgamento da ADPF 144-DF o STF optou por não protagonizar uma decisão política acolhedora da tese “ficha limpa”. A opção foi respeitar o Legislativo. A participação popular

não teve força para sensibilizar o STF a inovar, para que tomasse originalmente a decisão política. Do mesmo modo, apesar da pressão popular, em 2010, quando o STF foi instado a decidir sobre a aplicação da lei “ficha limpa” para as eleições daquele ano, o resultado do julgamento foi justamente contrário ao pleito popular, preferindo-se aplicar uma decisão política do passado, no caso, a redação do artigo 16 da Constituição da República. Mas o TSE, em 2010, na CC 1120.26.2010, acabou decidindo conforme a vontade popular, sendo este o único julgamento que pode ser classificado como protagonista, por ter superado a letra expressa da constituição em outro sentido.

No julgamento das ADC’s 29 e 30 e ADI 4578 a participação popular era evidente. O julgamento foi acompanhado pela mídia e estava em jogo uma lei que nasceu na sociedade, através da apresentação de um projeto de lei de iniciativa popular. A decisão política, assim, já estava tomada pelo Legislativo, cabendo tão somente ao STF decidir pela sua constitucionalidade ou não. A decisão foi pela constitucionalidade e, pela vez primeira nos julgados desse *hard case*, o STF julga conforme a vontade popular.

Uma primeira conclusão, portanto, que se pode tirar da análise dos casos é que o STF não protagonizou decisões políticas, aplicando sempre para a resolução de casos decisões políticas do passado pelo legislativo. Somente quando a lei finalmente é publicada, decide conforme a vontade popular, o que não indica protagonismo. Já o TSE dispôs-se a protagonizar uma decisão política na CC 1120.26.2010, quando decidiu contra a redação do artigo 16 da Constituição da República, para que a LC 135/2010 tivesse aplicação já nas eleições de 2010. Entretanto, vendo os votos proferidos nesse julgamento, percebe-se que a participação popular adentrou no discurso de justificação apenas em 14,28% dos votos. O mesmo TSE, no julgamento do RO 1.069-RJ, em 2006, também não mostrou tal disposição (0% dos votos).

A análise revela a baixa disposição ao protagonismo pelo STF. Pelo TSE, num dos casos julgados foi observado (CC 1120.26.2010), mas não no outro (RO 1.069-RJ). Essa circunstância, entretanto, não elide a hipótese dessa pesquisa, segundo a qual a participação popular interferiu nos julgamentos do *hard case* “ficha limpa”. A hipótese é confirmada quando os votos são decompostos e classificados conforme a metodologia proposta.

Tendo ficado assente que num *hard case* o julgador comumente se vê diante de mais de uma opção de decisão capaz de ser justificada pelo racionalismo jurídico, seja lá qual for a linha teórica seguida, positivismo, pragmatismo e pós-positivismo, soa evidente que algumas variáveis interferem na escolha da decisão a ser publicada. Algumas são conhecidas, outras

em fase de cogitação. Nos casos analisados investigou-se a participação popular. E ela se fez presente no discurso jurídico em vários votos, mesmo que fosse para atestar a independência que a corte deveria ter em relação a ela.

Olhando-se mais de perto os casos, a análise revelou que de 2006 a 2012 a participação popular em torno do tema “ficha limpa” aumentou. E também aumentou o número de referências a ela nos discursos de fundamentação de votos. No julgamento das ADC's 29 e 30 e ADI 4578, iniciado em novembro de 2011 e concluído em fevereiro de 2012, ficou muito visível a influência da participação popular. 45,45% dos votos fizeram referência a ela como razão de decidir em favor da “ficha limpa”. O discurso judicial nesses votos, portanto, foi amparado também na participação popular. O Ministro Luiz Fux fundamentou exaustivamente seu voto na participação popular e, embora no julgamento do RE 633.703-MG houvesse feito referência a ela, mas votado contra a pretensão popular, aqui passa a fazer justamente o contrário. Ampara na participação popular seu voto que relativiza o princípio da presunção da inocência, o principal obstáculo jurídico da LC 135/2010. E ainda fez considerações sobre a publicidade negativa da decisão do RE 633.703-MG em seu voto, dando mostras de que estava influenciado pela participação popular. Já Marco Aurélio, que no julgamento da ADPF 144-DF havia decidido com o relator no sentido de que o princípio da presunção de inocência não admitia relativização, desta feita não levanta tal questão e agora, neste ponto, vota pela constitucionalidade da lei. Esse Ministro, desde 2006, vinha defendendo a independência da corte em relação à participação popular, agora não repete tal discurso e vota conforme o anseio popular, com exceção de um único aspecto, para que a lei incidisse para considerar como vida pregressa somente sobre fatos consumados após sua entrada em vigor. Chama a atenção o placar do julgamento do RE 633.703-MG, de seis a cinco contra a tese defendida pelo movimento social. Ao contrário do julgamento das ADC's 29 e 30 e ADI 4578, cujo resultado veio de encontro com a manifestação de vontade popular manifestada, por um placar mais estendido (oito votos pela constitucionalidade, sendo três pela parcial constitucionalidade, contra três votos pela inconstitucionalidade da LC 135/2010). O placar mais elástico no segundo julgamento também é um indicativo da influência da participação popular.

Nos julgamentos anteriores também já se via a influência da participação popular, notadamente no julgamento da CC 1120.26.2010 pelo TSE e RE's 630.147-DF, 631.102-PA e 633.703-MG pelo STF. Na 1120.26.2010 a decisão da corte foi no sentido da participação popular, mas apenas 14,28% dos votos calçaram nela a conclusão. Nos RE's 630.147-DF,

631.102-PA e 633.703-MG a participação popular é vista com elemento discursivo a amparar decisões conforme o movimento social em 19,39%²⁹ dos votos. Percebe-se nesses julgados que a minoria demonstrou estar influenciada pela participação popular. Ao contrário, a maioria dos Ministros ou não se referiu à participação popular ou sustentou que a corte deveria ficar livre dessa influência. 28,57% dos votos no julgamento da CC 1120.26.2010 e 38,78%, na média, no julgamento dos RE's 630.147-DF, 631.102-PA e 633.703-MG sustentaram que a corte deveria ficar livre da influência da participação popular. Já a percentagem dos que não fizeram referência à participação popular ou a ela se referiu, mas não como lastro argumentativo, foi de 57,13% no julgamento da CC 1120.26.2010 e de 40,48% na média nos RE's 630.147-DF, 631.102-PA e 633.703-MG. Em 2008 e 2006, na ADPF 144-DF e RO 1.069-RJ, a influência é ainda mais tímida.

Assim, a outra conclusão que se tira da pesquisa é que, no *hard case* “ficha limpa” a participação popular exerceu influência nos julgamentos conforme crescia a mobilização social em torno do tema. Mostrou-se mais forte no principal julgamento, das ADC's 29 e 30 e ADI 4578, quando a constitucionalidade da LC 135/2010 estava em jogo. Se a lei fosse julgada inconstitucional naquela oportunidade, talvez só através de nova constituinte seria possível tomar validamente tal decisão política. Mas também influenciou nos julgados anteriores. Em menor medida nos mais antigos e em maior nos mais recentes.

Tratando-se de um *hard case*, conforme se demonstrou ao longo do presente trabalho, a racionalidade e as teorias jurídicas justificavam a tomada de decisões diferentes em todos os julgados analisados. Conforme sustenta Robert Alexy (2011), a legitimidade de uma decisão judicial advém da racionalidade do discurso que a fundamenta. Nesse passo, em todos os julgados a racionalidade jurídica oferecia interpretações diferentes e, portanto, soluções diversas e até antagônicas para a resolução dos processos. Muitas vezes uma das interpretações racionais possíveis contava com o apoio popular, vindo de encontro com a participação vista na base da pretensão. Cada caso analisado, portanto, poderia ter sido decidido de forma diversa, já que no julgamento de *hard cases* comumente não há apenas uma única resposta correta, conforme se demonstrou no capítulo um.

E a linha decisória do STF e do TSE no *hard case* ficha limpa, antes da publicação da LC 135/2010, sempre foi no sentido de não relativizar o princípio da presunção de inocência. Tal fato ficou bastante claro no voto vencedor do Ministro Celso de Mello, relator da ADPF 144-DF. Nesse voto o ministro fez um estudo da história do princípio e buscou em decisões

²⁹ A percentagem é encontrada fazendo-se a média dos votos desta categoria nos três julgamentos.

políticas do passado, do Legislativo e do Judiciário, argumentos que levavam à conclusão que tal princípio era absoluto, sendo ilícita a imposição da inelegibilidade a candidatos com condenações ainda não transitadas em julgado. Mas, no julgamento das ADC's esse entendimento é relativizado, tendo a corte decidido que tal princípio admitia exceção, para que candidatos “fichas sujas” fossem considerados inelegíveis, nos termos da LC 135/2010. Esse princípio, no direito brasileiro, ostentava o status de dogma intransponível e as decisões políticas do passado eram todas no sentido de vê-lo como absoluto. Racional seria a decisão que julgasse a LC 135/2010 inconstitucional por afronta a tal princípio. E aqui a participação popular exerceu grande influência na escolha de uma dentre as decisões possíveis para o caso: a que considerava a lei constitucional, exatamente como almejado pelo corpo social. Com isso, no caso “ficha limpa”, sem ignorar o fato de que outras variáveis eventualmente tenham interferido, a conclusão é de que a hipótese restou confirmada empiricamente com a análise dos julgados.

Certamente que a participação popular não foi a única variável a influenciar na decisão do *hard case* “ficha limpa”. Suspeita-se que a disposição do julgador para o protagonismo, para tomar decisões políticas inéditas, numa interpretação mais alargada do papel do Judiciário numa democracia e frente à divisão de poderes, também exerceu grande peso. A própria formação ética do julgador foi outra possível variável, pois tal formação pode ter interferido em votos desse *hard case*, já que o apelo ético esteve presente nos discursos em defesa da “ficha limpa”. Cogita-se, também, da adesão do julgador ao positivismo, pragmatismo ou pós-positivismo como variável a interferir na conclusão do seu voto. Essas outras variáveis não foram pesquisadas e não se sabe em que medida contribuiu para o julgamento.

Assim, em síntese conclusiva, diz-se que a presente pesquisa confirmou empiricamente que a participação popular influenciou no desfecho judicial do *hard case* “ficha limpa”. Esclarece-se que não é possível quantificar tal influência. Para tal tarefa seria necessário investigar todas as variáveis suspeitadas, talvez com outra metodologia, além do socorro à matemática. Só assim seria possível conhecer a proporção de cada qual. A pesquisa jamais objetivou responder a tal questão, mas os resultados encontrados mostram aos menos a incidência concomitante dessas outras variáveis citadas. Fica a sugestão para novos esforços de pesquisa.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ABREU, Daniel Borges de. **Ficha Limpa: Decisões do Supremo Tribunal Federal, do Tribunal Superior Eleitoral e Judicialização da Política**. Porto Alegre. Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, 2012. Dissertação de Mestrado.
- ALEXY, Robert. **Constitucionalismo discursivo**. 3ª ed., Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.
- ARANTES, Rogério Bastos. **Ministério Público e Polícia no Brasil**. São Paulo : Editora Sumaré, 2002.
- ARAUJO, Cícero. **Entre o estado e a revolução**. *Rev. bras. Ci. Soc.* [online]. 2002, vol.17, n.49, pp. 39-54. ISSN 0102-6909. doi: 10.1590/S0102-69092002000200004.
- AZEVEDO, Paulo Roberto. **A democracia comunicativa: uma exposição da idéia de democracia em Jürgen Habermas a partir da análise dos volumes da obra “Direito e Democracia, entre facticidade e a validade”**. *Revista Tempo da Ciência*. 1º semestre de 2007, vol. 14, n.27, pp. 135-156.
- BARBER, Benjamín, **Strong Democracy, Participatory Politics for a New Age**. Berkeley: University of California Press, 1984.
- BRASIL. Constituição (1967). **Constituição da República Federativa do Brasil de 1967**. Brasília, DF : Presidência da República, 2012. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Constitui%C3%A7ao67.htm>. Acesso em 01 jun 2012.
- BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF : Senado, 2010.
- BRASIL. Emenda Constitucional (1977). Emenda Constitucional nº 8. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF. 14 abr 1977.
- BRASIL. Emenda Constitucional (1993). Emenda Constitucional de Revisão nº 4. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF. 15 mai 1993.
- BRASIL. Emenda Constitucional (1994). Emenda Constitucional de Revisão nº 4. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF. 09 jun 1994.
- BRASIL. Emenda Constitucional (1969). **Emenda Constitucional nº 1 à Constituição de 1967 da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF : Câmara dos Deputados, 2012. 69 p. Disponível em: <http://bd.camara.gov.br/bd/bitstream/handle/bdcamara/1738/Emenda_01_1969.pdf?sequence=2>. Acesso em: 01 jun. 2012.

BRASIL. Lei Complementar nº 05, de 29 de abril de 1970. Estabelece, de acordo com a Emenda Constitucional nº 1, de 17 de outubro de 1969, artigo 151 e seu parágrafo único, casos de inelegibilidades, e dá outras providências. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF. 29 abr 1970.

BRASIL. Lei Complementar nº 64, de 18 de maio de 1990. Estabelece, de acordo com o art. 14, § 9º da Constituição Federal, casos de inelegibilidade, prazos de cessação, e determina outras providências. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF. 21 mai 1990.

BRASIL. Lei Complementar nº 135, de 04 de junho de 2010. Altera a Lei Complementar nº 64, de 18 de maio de 1990, que estabelece, de acordo com o § 9º do artigo 14 da Constituição Federal, casos de inelegibilidade, prazos de cessação e determina outras providências, para incluir hipóteses de inelegibilidade que visam a proteger a probidade administrativa e a moralidade no exercício do mandato. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF. 07 jun 2010.

BOHMAN, J. **Public Deliberation: Pluralism, Complexity and Democracy**. Cambridge. MIT Press, 1996.

COHEN, Joshua. "Deliberation and Democratic Legitimacy" en James Bohman y William Rehg, *Deliberative Democracy, Essays on Reason and Politics*. Cambridge, Mass.: MIT Press, 1997.

COHEN, J. & SABEL. C. "Directly-Deliberative Poyarchy". *European Law Journal*, 1997, 3:313-342.

COHEN, J. 1998. "Reflections on Habermas on Democracy". *Paper* apresentado no European University Institute (mimeo).

DAHL, Robert. **La democracia y sus críticos**. Barcelona: Paidós, 1993.

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

_____. **Levando os direitos a sério**. 3ª ed., São Paulo : Martins Fontes, 2011.

_____. **O Império do Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

_____. **Direito da Liberdade: a Leitura Moral a Constituição Norteamericana**. São Paulo: Martins Fontes, 2006a.

_____. **Justice in robes**. Cambridge, London: The Belknap Press of Harvard University Press, 2006b.

DUBAR, Claude. **A Crise das Identidades: a Interpretação de uma Mutação**. São Paulo : Edusp, 2008.

- EISENBERG, José; POGREBINSCHI, Tammy. **Pragmatismo, direito e política**. Novos Estudos Cebrap, São Paulo, n. 62, p.107-121, maio 2002.
- FARIA, Cláudia Feres. Democracia deliberativa: Habermas, Cohen e Bohman. *Lua Nova* [online]. 2000, n.50, pp. 47-68. ISSN 0102-6445. Doi: 10.1590/S0102-64452000000200004.
- GUTMANN, Amy, **Why Deliberative Democracy?** Princeton: Princeton University Press, 2004.
- HABERMAS, Jürgen. **Faktizität und Geltung**. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1992.
- _____. **Direito e democracia: entre faticidade e validade**. Rio de Janeiro : Tempo Brasileiro, volumes I e II, 1997.
- HART, Herbert Lionel Adolphus. **O conceito de Direito**. 5ª ed. Lisboa : Fundação Calouste Gulbenkian, 2007.
- KELSEN, Hans. **Esencia y valor de la democracia**. Barcelona: Labor, 1977.
- _____. **Teoria Pura do Direito**. 2ª ed. São Paulo : Martins Fontes, 2006.
- LACLAU, Ernesto; MOUFFE, Chantal. **Hegemony and socialist strategy: towards a radical democratic politics**. London: Verso, 1985.
- LOCKE, John. **Segundo tratado sobre el gobierno civil**. Madrid: Alianza, 1996.
- MACHADO, Igor Suzano. **Dworkin e os desafios contemporâneos à epistemologia do Direito**. Revista de Direitos e Garantias Fundamentais, Vitória, n. 4, p. 147-167, jul./dez. 2008.
- _____. **Ronald Dworkin e os desafios contemporâneos à interpretação do direito: sua contribuição para uma sociologia da jurisdição**. Rio de Janeiro. Instituto Universitário de Pesquisas do Rio de Janeiro, 2007. Dissertação de Mestrado.
- MACPHERSON, C. B. **A democracia liberal**. Rio de Janeiro, Zahar, 1978.
- _____. **Ascensão e queda da justiça econômica e outros ensaios**. Rio de Janeiro, Paz e Terra, 1981.
- MADISON, James; HAMILTON, Alexander; JAY, John. **Os artigos federalistas**. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1993.
- MENDONÇA, Daniel de. **Para além da deliberação? Apontamentos sobre a normatividade da teoria pós-estruturalista da democracia radical**. Revista Mediações (UEL), v. 15, p. 100-126, 2010.
- MILL, John Stuart, **Del gobierno representativo**. Madrid: Taurus, 1985.
- MONTESQUIEU, Charles Louis de Secondat, baron de. **Do espírito das leis**. Bauru, SP : Edipro, 2004.

MOREIRA, José Roberto e ALVES, Gustavo Biasoli. **A democracia deliberativa em confronto com Bourdieu e Burawoy**. In: Fórum Brasileiro de Pós-Graduação em Ciência Política, 2, 2011. São Carlos-SP. Anais do II Fórum Brasileiro de Pós-Graduação em Ciência Política. Disponível em: <http://www.forumcienciapolitica.com.br/especific_files/papers/GT6530.pdf>. Acesso em: 01 dez 2011.

MOREIRA, José Roberto. **Alexy e sua fórmula para resolver o conflito na aplicação do Direito**. Em: <<http://www.casadenoticias.com.br/noticias/3044>>. Acesso em: 24 de dezembro 2011a.

_____. **Na aplicação do Direito há conflito?** Em: <<http://www.casadenoticias.com.br/noticias/2943>>. Acesso em: 24 de dezembro 2011b.

MOUFFE, Chantal. **The Return of the Political**, London: Verso, 1993.

_____. Democracy, power, and the “political”, in Benhabib, Seyla (ed.) *Democracy and Difference: Contesting the Boundaries of the Political*, Princeton: Princeton University, 1996, Press, 245-256.

_____. **La paradoja democrática**. Barcelona: Gedisa Editorial, 2003.

NORVAL, Aletta J. **Aversive democracy: inheritance and originality in the democratic tradition**. Cambridge: Cambridge University Press, 2007.

PATEMAN, Carole. **Participação e teoria democrática**. Rio de Janeiro, Paz e Terra, 1992.

POSNER, Richard A. Pragmatic adjudication. In: DICKSTEIN, Morris (Comp.). *The revival of pragmatism: new essays on social thought, law, and culture*. Durham: *Duke University Press*, 1998. p. 235-253.

POULANTZAS, Nicos. “Entrevista com Nicos Poulantzas: o Estado e a transição ao socialismo” (Entrevista a H. Weber). *Teoria Política*, n. 4, 1982.

_____. “O Estado, os movimentos sociais, o partido” (última entrevista com Nicos Poulantzas). *Espaço & Debates*, n. 9, 1983.

_____. **O Estado, o poder, o socialismo**. Rio de Janeiro, Graal, 1985.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. **Do contrato social**. 3ª ed. São Paulo : Martin Claret, 2010.

SADEK, Maria Teresa. A construção de um novo Ministério Público resolutivo. *De jure: revista jurídica do Ministério Público do Estado de Minas Gerais*, n.12, p.130-139, jan./jun., 2009.

SARTORI, Giovanni. **Partidos e sistemas partidários**. Brasília: UNB, 1979.

SCHMITT, Carl. **O conceito do político e Teoria do Partisan**. Belo Horizonte, Del Rey, 2009.

SCHUMPETER, Joseph A. **Capitalismo, socialismo e democracia**. Rio de Janeiro, Zahar, 1984.

TATE, C. Neal; VALLINDER, Torbjörn. The global expansion of judicial power: the judicialization of politics. In: TATE, C. Neal; VALLINDER, Torbjörn. *The Global Expansion of the Judicial Power. New York & London: New York/London*, New York University Press, 1995.

VIANNA, Luiz Werneck; CARVALHO, Maria Alice Rezende de; MELO, Manuel Palácios Cunha; BURGOS, Marcelo Baumann. **Corpo e alma da magistratura brasileira**. 3ª ed. Rio de Janeiro : Editora Revan, 1997.

_____. **A judicialização da política e das relações sociais no Brasil**. Rio de Janeiro: Revan, 1999.