



ESCOLA DE FORMAÇÃO

O STF COMO INSTITUIÇÃO CONTRA-MAJORITÁRIA: Uma análise empírica de decisões de Direito Eleitoral

Autora: MARIANA FERREIRA CARDOSO DA SILVA

Orientadora: CAROLINA MOTA

São Paulo

2007

SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO	3
2. METODOLOGIA	6
2.1 Racionalidade jurídica X Racionalidade política	6
2.2 Seleção de decisões	9
3. REGRA DA MAIORIA x DIREITOS DA MINORIA	11
4. A JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA E A POLITIZAÇÃO DO JUDICIÁRIO	15
5. ANÁLISE DE ACÓRDÃOS	19
5.1. ADI-MC 839-1 - Plebiscito sobre a forma e sistema de governo	19
5.2. RE 140.460 - Sistema Proporcional e Cômputo de Votos Brancos.....	21
5.3. ADI 1063-8 – Candidatura Nata	24
5.4. ADI-MC 1805-2 – Reeleição.....	28
5.5. ADI 2626 e ADI 2628 – Verticalização das Coligações I.....	32
5.6. ADI 1465 – Dupla Filiação	36
5.7. ADI 3685-8 – Verticalização das Coligações II	37
5.8. ADI 3592-4 – Corrupção Eleitoral	41
5.9. ADI 1351-7 - Cláusula de Barreira	43
6. CONCLUSÃO.....	52
7. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	56

1. INTRODUÇÃO

A revisão judicial dos atos do Poderes Executivo e Legislativo e a inclusão dos partidos na comunidade de intérpretes¹, pela atribuição de legitimidade ativa para a propositura de ações diretas de controle de constitucionalidade, foram fatores que determinaram que o Poder Judiciário assumisse o papel de um *tertius* na solução dos conflitos políticos entre os partidos.

O Supremo Tribunal Federal, como guardião da Constituição, tornou-se o responsável pelo controle de abusos e casuísmos da maioria parlamentar e pela proteção dos direitos das minorias. Essa seria a função contra-majoritária de uma corte constitucional, que como instituição neutra e apolítica, deve conter e constranger o poder dos governantes para a proteção da Constituição.

Ao mesmo tempo em que o judiciário afirmava seu papel institucional na arena política, as minorias descobriam o seu potencial como uma terceira casa legislativa, onde poderiam tentar fazer valer seus interesses.

O controle de constitucionalidade tornou-se então o veículo pelo qual os interesses sub-representados viabilizam sua participação no processo deliberativo. E os partidos políticos, como vetores das forças sociais, são os grandes responsáveis pelo estímulo à politização do judiciário.

As decisões judiciais passam a incorporar elementos de análise política e a arena jurídica, como fórum de debate político, multiplica as oportunidades de participação na construção do Direito. Essa nova atuação do Poder Judiciário seria conseqüência do fenômeno da judicialização da política.

¹ A legitimidade ativa dos partidos políticos para a propositura de ações diretas de controle de constitucionalidade só foi admitida na Constituição de 1988. O rol do artigo 103 da CF aumentou significativamente os possíveis "intérpretes" de nossa constituição.

Tomo como conceito de judicialização da política o processo pelo qual os juízes, principalmente nas cortes constitucionais, passam a interferir e, mesmo a dominar, o espaço decisório de competência dos poderes executivo e legislativo (VALLINDER, 1995). Tal acepção é freqüentemente adotada nas discussões sobre direitos sociais e políticas públicas. Todavia, o que se pretende neste trabalho é a verificação deste mesmo processo em um outro contexto, na esfera dos conflitos políticos-partidários.

Tenho como premissa desta pesquisa a existência de um circuito institucional que se iniciaria como uma decisão legislativa, legitimada pela aplicação da regra da maioria, mas em desconformidade com os interesses de minorias parlamentares. O meio pelo qual tais grupos sub-representados teriam para influenciar o processo decisório nas instituições majoritárias seria a revisão judicial. Os pequenos partidos acionariam então o Poder Judiciário alegando a inconstitucionalidade da lei aprovada em descompasso com seus interesses (MAUÉS, FADEL, 2004).

Em última análise, tal circuito seria o motivo pelo qual o Tribunal se tornaria o árbitro final dos conflitos políticos, estando em suas mãos a possibilidade de reforma da lei para assegurar a defesa dos direitos das minorias - fundamentada juridicamente na defesa da própria Constituição -, ou a afirmação da regra da maioria, como princípio de tomada de decisões no Estado Democrático de Direito.

Proponho neste trabalho empreender uma pesquisa empírica de decisões de direito eleitoral proferidas pelo Supremo Tribunal Federal. Decisões políticas têm em seu lastro procedimental sua fonte de legitimação, e nesse caso, é o processo eleitoral que legitima o sistema democrático representativo e justifica a legitimidade da regra da maioria no processo legislativo.

Por essa razão, colocar em jogo regras eleitorais é tão problemático do ponto de vista da teoria democrática, afinal é na dinâmica do processo eleitoral que se determina a forma como se dará o exercício da soberania popular e a

escolha daqueles a quem será atribuído o poder decisório nas questões políticas.

O escopo deste trabalho será fazer uma análise qualitativa das decisões do STF em matéria de direito eleitoral com objetivo de demonstrar a forma como o Tribunal decide esses casos, se política ou juridicamente, e se recorre a elementos argumentativos para se blindar a eventuais críticas quanto a sua legitimidade democrática na interferência na vida político-partidária. A hipótese inicial é a de que ocorrem os dois casos: decisões lastreadas exclusivamente em argumentos jurídicos e decisões em que o STF faz uso também de argumentos políticos.

O interesse da análise argumentativa nas decisões do tema reside também no fato de que tais decisões judiciais por terem grande impacto no cenário político nacional, exercem forte poder de influência nas decisões políticas futuras, levando a uma atuação dos demais poderes pautada nos precedentes judiciais criados no controle de constitucionalidade. E são os argumentos desenvolvidos em cada caso que criam os parâmetros jurisprudenciais para a atuação do legislativo e para a prática política no âmbito da sociedade civil².

²Tal afirmação pode ser questionável, sob o ponto de vista de que apenas o dispositivo da decisão criaria um parâmetro jurisprudencial, sendo de pouca relevância o caminho argumentativo desenvolvido nos votos. Todavia, considero aqui que os Ministros do STF debatem uma série de assuntos e evidenciam suas concepções políticas no desenvolver de seus votos, o que é inevitável na medida em que isto faz parte da interpretação geral da cultura jurídica e política em que se insere nosso ordenamento. De tal forma, como a discussão é pública, televisionada e publicada, torna-se certamente factível que sua argumentação possa ser considerada pelos demais atores sociais como parâmetros jurisprudenciais.

2. NOTA METODOLÓGICA

2.1 Racionalidade jurídica X Racionalidade política

A impossibilidade de classificações binárias das decisões e a quantidade insuficiente de decisões proferidas pelo STF em matéria de direito eleitoral para uma análise quantitativa consistente foram os fatores determinantes para a opção por um estudo das linhas argumentativas dos ministros, levando-me à primeira escolha metodológica deste trabalho: a análise qualitativa das decisões selecionadas.

Estabelecer critérios de classificação das decisões foi uma das preocupações centrais no empreendimento desta pesquisa, em função da dificuldade de estabelecer critérios objetivos em análises argumentativas substanciais. Verificou-se, todavia, que criar critérios estanques para o enquadramento das decisões, ou mesmo dos votos não seria suficiente para alcançar os resultados almejados.

Considerando a forma como são tomadas as decisões no STF, com votos individuais que não chegam a um consenso sobre os pontos em debate, nos quais muitas vezes vários pressupostos para o julgamento são desconsiderados pelos ministros, e considerando ainda que as *rationes decidendi*³ em cada voto são distintas, torna-se impensável classificar uma decisão como um todo uniforme. O que se vê na maioria das vezes ao final do somatório dos votos é um placar de conhecimento ou não da ação, procedência

³ O conceito de *ratio decidendi* diz respeito aos argumentos definitivos e de maior peso em uma dada decisão. A contrario sensu, os argumentos sem relevância seriam os chamados *obiter dicta*. Essa distinção é proveniente do direito anglo-saxão no qual as decisões judiciais tem uma grande importância pelo fato de que os precedentes são aplicáveis nos casos futuros. Nesse sentido, apenas as *rationes decidendi* poderiam ser transpostas para um caso futuro semelhante.

ou improcedência do pedido, sem que se possa esboçar uma *ratio decidendi* comum a todos que votaram em um mesmo sentido⁴.

Mesmo que se buscasse em cada voto a identificação de uma racionalidade política ou jurídica, ainda seria um grande problema a definição de critérios pelo fato de serem decisões com fundamento principalmente em princípios políticos assegurados na Constituição Federal. Nesses casos, a distinção entre um **princípio** e um **interesse político** torna-se extremamente problemática.

Verifica-se a existência de uma gradação entre a pura subsunção da hipótese normativa ao caso e a adjudicação com o sopesamento de princípios, a análise das conseqüências da decisão, ou da conveniência da legislação impugnada, quando se trata de controle de constitucionalidade. Ocorre, no entanto, que decisões enquadráveis no primeiro pólo dessa escala só ocorrem quando a lei oferece uma resposta clara ao problema.

De tal forma, buscaremos identificar a preponderância de argumentos políticos ou jurídicos em cada decisão. Será feita uma breve descrição do objeto da ação e da forma como o tribunal decidiu, trazendo a tona às razões preponderantes nos votos dos ministros. Pretendeu-se com isso verificar o nível de abstração da decisão, a relevância dos fundamentos jurídicos no contexto geral do caso e a existência de análises consequentialistas.

Tomo o cuidado aqui de diferenciar dois tipos de argumentos que podem ser considerados políticos em um primeiro exame, mas sob a perspectiva de uma análise argumentativa de decisões sobre matéria de forte teor político, sua diferenciação torna-se de grande relevância.

Os argumentos políticos propriamente ditos seriam aqueles que tentam demonstrar que uma comunidade estaria melhor se um determinado

⁴Embora a razão de ser de um órgão colegiado ser a possibilidade de divergência e do debate, a inexistência de uma *ratio decidendi* comum ao final das decisões é um obstáculo para o próprio Tribunal recuperar decisões anteriores e formar uma jurisprudência consistente, mantendo a coerência com os casos já julgados.

programa fosse seguido. O seu foco de análise é no objetivo, na promoção de uma certa concepção de bem-estar geral ou de interesse público. O outro tipo de argumento seria o que tem por base princípios políticos. Fundamentam-se nos direitos políticos e individuais dos cidadãos, voltando-se ao caso concreto e o resultado para as pessoas envolvidas.⁵

A preocupação central desta pesquisa será a identificação dos fundamentos jurídicos ou políticos que preponderaram em cada decisão. A concepção que aqui se assume é a de que o tribunal deve tomar decisões de princípio, sobre que direitos as pessoas tem sob nosso sistema constitucional, mas não decisões de política sobre como se promove melhor o bem-estar geral (DWORKIN, 2005).

É importante notar que as várias possibilidades interpretativas, que já são diversas pela própria textura aberta da linguagem, se multiplicam exponencialmente quando se trata de conflito entre princípios, criando um enorme ônus argumentativo para conferir legitimidade à decisão. Esse ônus se torna ainda maior em face da grande repercussão dos casos analisados na política nacional. Isso acaba por levar o Tribunal a levantar uma pluralidade de argumentos em cada acórdão, que dificultam a reconstrução de seu raciocínio argumentativo. Todavia o que se pretendeu analisar foi a integralidade da decisão e a postura do Tribunal como um todo em face aos conflitos de direito eleitoral.

⁵ A classificação adotada tem por base a obra de Dworkin, no trecho a seguir ele trata das possíveis diferenças entre argumentos se pautam nos princípios políticos conformadores de nosso sistema constitucional, e argumentos de *political policy*, no sentido de ponderações sobre como se promoveria o maior bem-estar geral: "*the debate neglects an important distinction between two kinds of political arguments on which judges might rely in reaching their decisions. This is the distinction (which I have tried to explain and defend elsewhere) between arguments of political principle that appeal to the political rights of individual citizens, and arguments of political policy that claim that a particular decision will work to promote some conception of the general welfare or public interest. The correct view, I believe, is that judges do and should rest their judgments on controversial cases on arguments of political principle, but not in arguments of political policy*" p.11 e ss.

2.2 Seleção de decisões

As decisões analisadas neste trabalho foram obtidas a partir de uma pesquisa no site do STF, na seção *Jurisprudência*, através da ferramenta *Pesquisa de Jurisprudência*, com os termos "*partido político e sistema eleitoral*"⁶⁷. Tal pesquisa resultou em dez decisões: ADI 1351, 1465, 3592, 2626, 2628, 2306, 1805, 1063, ADI MC 839 e RE 140460. A termos de busca foram determinados com base no recorte temático escolhido, já definido anteriormente.

Optei por descartar apenas um dos acórdãos, a ADI 2306-3, por ter sido proposta pelo Conselho Federal da OAB⁸. Considerei para o seu descarte que sua análise seria incoerente com as premissas e objetivos deste trabalho, que pretende verificar o ativismo do STF nos conflitos entre partidos políticos apenas⁹.

Um último acórdão foi acrescentado a essa pesquisa: a ADI 3685, que também foi obtida na ferramenta *Pesquisa de Jurisprudência*, com o termo "*verticalização*". Explico a inclusão desta última decisão pela convergência temática com as ADIs 2626 e 2628 que trataram das coligações partidárias, mas não haviam sido conhecidas pelo STF. A disciplina das coligações foi então decidida definitivamente na ADI 3685¹⁰.

⁶ Os termos de busca foram determinados com base no recorte temático escolhido, já definido anteriormente.

⁸ Outra razão considerada foi o fato de que a ADI 2306 trata de questão relativa a anistia de multas eleitorais. No caso, não estava mais em jogo as eleições: a lei impugnada seria beneficiaria todos os partidos, e sua impugnação foi feita pelo Conselho Federal da OAB.

⁹ Outras combinações de palavras-chaves foram buscadas, fazendo uso das recomendações do sistema de busca do site. Contudo utilizando-se por exemplo os termos "*partido\$ político\$ e sistema adj2 eleitoral*" *tem-se como resultado* apenas 5 das 10 decisões encontradas com a pesquisa definitiva - ADI 1351, 1465, 3592, ADI-MC 839, e RE 140460.

¹⁰ Devo acrescentar quanto a esta ADI que, apesar de ser da autoria da OAB, tinha como *amicus curiae* os partidos PFL, PPS, PMDB, PDT, além da Assembléia Legislativa do RJ.

Faço uma última ressalva quanto ao não esgotamento do assunto na jurisprudência do STF, o que era evidente dado o curto fôlego desta monografia. Por essa razão, optei por uma amostragem pequena, 10 acórdãos, para que fosse possível fazer uma análise um pouco mais detida e minuciosa de cada decisão.

3. REGRA DA MAIORIA x DIREITOS DA MINORIA

Nas democracias constitucionais contemporâneas, a articulação do processo judicial com o sistema político é de grande importância, na medida em que produzem implicações recíprocas e condicionamentos na composição dos conflitos políticos. Pretendo neste tópico analisar brevemente o debate sobre a tensão existente entre o processo democrático e a falta de responsabilização eleitoral do judiciário.

O debate sobre regra da maioria e direitos das minorias é relevante para o estudo de decisões em sede de controle abstrato de constitucionalidade, pois ao proferir uma decisão declarando a inconstitucionalidade de uma lei, há uma clara e inevitável interferência do STF no processo político. Isso porque o ato normativo impugnado é fruto de um processo de deliberação do legislativo, pautado pela aplicação da regra da maioria. Ao reverter a decisão do legislador, o STF constrange a atuação da maioria legislativa democraticamente eleita.

A princípio, um sistema democrático tem como pressupostos a igualdade de poder político e a resolução dos conflitos entre as distintas perspectivas sobre o bem comum pelo princípio da maioria. Se as decisões políticas são tiradas do poder legislativo e atribuídas ao judiciário, então o poder político individual dos cidadãos é afetado, na medida em que elegem legisladores e não juízes.

Todavia, se passarmos a considerar o fato de que o poder político dos cidadãos numa sociedade democrática é determinado por uma série de fatores, como poder econômico, organização social, entre outros, torna-se então pouco factível que haja equivalência de poder dos indivíduos no que concerne ao processo político, de tal forma que a transferência do poder decisório do legislativo para o judiciário, não acarretaria grandes perdas de poder político individual, sendo até positiva sob a perspectiva de certos grupos minoritários.

Isso porque o acesso aos tribunais pode ser algo mais factível do que a influência no processo político. Além disso, não haverá igualdade de poder político a menos que as decisões legislativas respeitem certos direitos fundamentais, e isso deve, inevitavelmente, afetar o cálculo de quando um processo político oferece igualdade genuína de poder político.

Nesse sentido, o limite à atuação das majorias numa democracia constitucional deve se materializar em uma Constituição rígida que delineie o processo legislativo, tanto do ponto de vista formal quanto do ponto de vista material. O judiciário exerce, nesse sentido, uma função contra-majoritária, impedindo que as majorias ultrapassem os limites constitucionais e assegurando o respeito e a aplicação da Constituição.

Essa função contra-majoritária torna-se necessária pelo fato de que alterações das leis são resultado de votações com a aprovação da maioria. Dessa forma, os líderes dos grandes partidos precisam apenas convencer os membros de sua própria bancada para operar mudanças restritivas dos direitos das minorias.

Enquanto os partidos da maioria tendem a tirar vantagem de seu tamanho superior, os partidos minoritários resistem aproveitando-se das possibilidades de obstrução da agenda da maioria e das regras protetoras dos seus direitos, sempre que preciso fazendo uso do judiciário, principalmente por meio do controle de constitucionalidade.

Diferentemente do que ocorre no processo legislativo, na arena judicial as minorias podem vir a se tornar vitoriosas, ocorrendo então uma mitigação da regra da maioria e, como consequência direta, a perda de sua influência sobre a produção legislativa.

Com isso, o controle de constitucionalidade torna-se o principal meio de atuação das minorias para a reversão dos resultados do processo legislativo. E o STF, como instituição responsável por esse controle, fica com a palavra final nessa disputa entre majorias e minorias parlamentares.

Por isso, os críticos da revisão judicial argumentam que o controle de constitucionalidade, ao invalidar uma escolha legislativa, subverteria a regra da maioria, fundamental no processo decisório de um sistema democrático.

Ademais, por não serem eleitos, os juízes não teriam legitimidade democrática para dar decisões substanciais sobre a validade de uma determinada lei aprovada pelo Legislativo, pois suas decisões devem se basear estritamente em regras pré-existentes e não em juízos sobre as melhores soluções legais para os problemas do sistema.

Já para os defensores da revisão judicial¹¹, o controle de constitucionalidade seria uma forma de balanceamento entre a regra da maioria e os direitos da minoria, na medida em que os embates políticos passam a ser arbitrados por um tribunal independente, neutro e apolítico.

Além disso, a revisão judicial obriga a inclusão no debate político de considerações de princípios e direitos individuais, mesmo antes da questão ser levada ao judiciário. Dessa forma, questões polêmicas são discutidas não apenas como questões políticas, mas também como questões de direito.

Finalmente, existem aqueles que, numa posição intermediária, defendem como missão do judiciário não a participação no jogo político, mas a garantia de suas regras de funcionamento¹².

Não obstante os vários pontos de vista sobre o assunto, a interferência do judiciário no sistema político é um elemento integrante das democracias contemporâneas. Os Tribunais são chamados a se manifestar sobre questões nas quais o legislativo ou o executivo foram falhos, insuficientes ou insatisfatórios. Nessas condições, ocorre uma aproximação cada vez maior

¹¹ Essa é a posição de Henry S. Commager e Ronald Dworkin. (Henry Steele Commager, *Majority rule and minority rights*, Oxford: Oxford University Press, 1944. e Ronald Dworkin, *A matter of principle*, Cambridge: Harvard University Press, 1985, respectivamente).

¹² Essa é conclusão de John Hart Ely em sua obra *Democracy and Distrust*, Cambridge: Harvard University Press, 1980.

entre Direito e Política, tornando cada vez mais difícil a distinção entre um 'direito' e um 'interesse político'.

4. A JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA E A POLITIZAÇÃO DO JUDICIÁRIO

O termo judicialização da política, cada vez mais presente nas pesquisas de direito, foi trazido por cientistas políticos e sociais que, no estudo da interação entre os poderes, perceberam uma participação crescente do judiciário no processo de tomada de decisões políticas.

A judicialização da política se materializaria em dois fenômenos principais: a transferência do poder decisório do legislativo, da administração pública ou outras instituições governamentais para o judiciário; e a adoção de procedimentos semelhantes aos jurisdicionais pelos demais atores políticos em suas esferas de atuação (VALLINDER, 1995).

A definição de Vallinder, proposta em uma conferência internacional¹³ na qual estudiosos do mundo todo apresentaram trabalhos sobre a atuação do judiciário em seus respectivos países, tornou-se de uso corrente desde então. Numerosas pesquisas mostraram que, para o bem ou para o mal, a expansão do poder judicial seria um dado na política mundial.

Não obstante o determinismo de alguns estudos, Neal Tate, em artigo¹⁴ apresentado no mesmo evento, asseverava que a judicialização da política somente ocorreria na confluência de condições institucionais específicas. Em primeiro lugar, seria necessário um sistema de separação de poderes que garantisse a independência do judiciário, atribuindo-lhe o papel de interpretar os textos legislativos e a Constituição como bem lhe aprouvesse. Seria preciso também que houvesse grupos de interesse com pouca representatividade nas instituições majoritárias e que tivessem descoberto o potencial da corte constitucional para atingir seus objetivos políticos. E, para

¹³ A conferência intitulada *Judicialization of Politics* ocorreu na Universidade de Bolonha em 1992, e teve como resultado a obra *The Global Expansion of Judicial Power*. A definição de Vallinder está no segundo ensaio do livro, *When the courts go marching on*, in *The Global Expansion of Judicial Power*, New York: New York University Press, 1995. p.13 e ss.

¹⁴ *Why the Expansion of Judicial Power?*, *The Global Expansion of Judicial Power*, New York: New York University Press, 1995, p. 27 e ss.

isso, seria necessária ainda uma política de direitos que permitisse a esses grupos a legitimação de seus interesses em direitos constitucionais.

A princípio, essas seriam as principais condições para que a corte passasse a ser usada pela oposição como uma terceira casa legislativa. Todavia, mesmo na presença destes fatores, a judicialização da política ainda não seria um dado. Mais do que tudo seria necessário que os juízes fossem ativistas e suas concepções políticas conflitassem com as do governo¹⁵.

Outros fatores que também poderiam estar relacionados ao fenômeno da judicialização da política seriam a ineficiência das instituições majoritárias na acomodação dos interesses das correntes minoritárias; a percepção do judiciário pela sociedade como uma instituição de grande respeito permitindo que os juízes não se preocupassem muito com a sua legitimidade democrática; e a delegação de poder decisório pelos outros poderes às cortes constitucionais, em função dos custos políticos que determinadas decisões trariam a sua representatividade.

Na visão de Tate e Vallinder, as culturas jurídicas romano-germânicas seriam as menos propícias para a judicialização da política, pelo fato de que a codificação seria um obstáculo à criatividade e ao ativismo judicial¹⁶.

Contudo, deve-se ter em conta que a extrema vagueza dos textos legislativos, e principalmente do texto constitucional, permite que diferentes decisões possam ser tomadas com base em suas molduras. Nesses casos não se pode falar que tal escolha já tenha sido feita pelo constituinte ou legislador, porque simplesmente a questão não foi considerada ou porque os custos políticos de uma lei conclusiva sob um determinado tema polêmico seria por

¹⁵ É evidente que essa oposição entre a orientação política do governo e dos juizes ou ministros pode ser apenas parcial. Mesmo quando há uma convergência política entre ambos haverá questões nas quais os juizes considerarão a performance das instituições majoritárias inadequadas. Nesses casos, se as condições institucionais forem favoráveis e o judiciário tiver uma tendência ativista haverá judicialização da política.

¹⁶ Não obstante isso, os autores afirmam que muitos países de tradição romano-germânica são hoje os que apresentam maiores graus de judicialização da política em decorrência de cenários políticos adverso, como na Itália e na França.

demais alto, sendo preferível a indefinição e a decorrente delegação do poder decisório ao judiciário.

Por um lado, as múltiplas possibilidades interpretativas da Constituição ampliam as possibilidades de construção do Direito pela atuação jurisdicional e abrem as portas do judiciário para a judicialização da política. Por outro, a incerteza legal acentua a necessidade do tribunal de fundamentar consistentemente suas decisões, na medida em que não teria legitimidade democrática para decidir fora dos parâmetros legais.

Isso porque as lógicas em que operam os poderes são completamente diferentes. Enquanto no legislativo funciona a racionalidade da **melhor solução política possível**, é um pressuposto da atuação do judiciário a busca pela **única solução correta** para aquele determinado caso, em dado ordenamento jurídico.

Deste modo, apenas com uma fundamentação consistente a interferência que esses Tribunais promoveriam na vida política e o seu envolvimento com os conflitos partidários poderiam ser admitidos pela comunidade jurídica e pelos agentes políticos (MAUÉS, LEITÃO, 2004).

No Brasil, a ingerência do judiciário em questões políticas foi sempre contida pelo legislativo. O controle abstrato só foi introduzido em 1965¹⁷ e mesmo antes disso haviam disposições constitucionais expressas sobre a vedação à apreciação pelo judiciário de questões exclusivamente políticas¹⁸. (vide art. 68 da CF 43 e art. 94 da CF 37).

Com a Constituição de 1988 não só foi omitida a ressalva quanto à judicialização das questões políticas, permitindo que qualquer questão constitucional fosse submetida ao STF, como foi dada ampla legitimação para propositura de ações diretas de constitucionalidade por diferentes órgãos da sociedade (art. 103 da CF).

¹⁷ O controle abstrato foi criado no Brasil pela Emenda Constitucional nº 16 de 1965.

¹⁸ Vide art. 68 da CF 43 e art. 94 da CF 37.

Outros fatores favoráveis à expansão do poder judicial foram a criação da Ação Declaratória de Constitucionalidade (ADC) pela EC nº 3 de 1993 com efeito vinculante e *erga omnes*, a extensão de tal eficácia às Ações Diretas de Constitucionalidade (ADI) em 1999, e a criação da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) para a apreciação de normas que o STF não admitia em controle de constitucionalidade¹⁹.

Todos essas alterações provocaram uma mudança substancial no modelo de controle de constitucionalidade brasileiro, fortalecendo sobremaneira o papel do STF em nosso sistema político. Todavia, só é possível afirmar se houve uma real mudança no papel institucional do tribunal analisando a evolução de sua jurisprudência. Passo então a análise dos acórdãos.

¹⁹ A extensão da eficácia e o efeito vinculante em relação aos órgãos do Poder Judiciário e à Administração Pública das ADIs foi dada com a lei n. 9.868 e a criação da ADPF ocorreu também em 1999 com a lei n. 9.882.

5. ANÁLISE DE ACÓRDÃOS

5.1. ADI-MC 839-1 - Plebiscito sobre a forma e sistema de governo

- **Data de julgamento: 17/02/1993**

Ajuizada pelo Partido Democrático Trabalhista (PDT) a ADI 839-1 questionou a outorga do direito de representação das formas e sistemas de governo a frentes parlamentares apartidárias, por ocasião do plebiscito previsto no Ato das Disposições Constitucionais Transitórias - ADCT.

A criação das mencionadas frentes parlamentares teria se dado com a edição da lei n. 8.624 de 1992, que regulamentava o art. 2º da ADCT, posteriormente alterada pela Emenda Constitucional n. 2 de 1992. As frentes representariam as três possibilidades de escolha da população quanto à forma e sistema de governo: Parlamentarismo com República, Presidencialismo com República, Parlamentarismo com Monarquia.

O autor argumentou que os partidos políticos como instituições representativas da vontade popular deveriam ter a prerrogativa de vinculação a uma das frentes. Argumentou ainda que o tempo para a divulgação das três possibilidades de escolha deveria atender a uma divisão proporcional entre os partidos.

O fundamento da inconstitucionalidade seria uma suposta exclusividade assegurada aos partidos políticos do direito a programas gratuitos na rádio e na televisão. Além disso, a divisão do tempo destinado a cada opção não poderia segundo o autor ser igualitária, mas proporcional à adesão dos partidos a cada uma das frentes.

O fundamento do pedido tal qual formulado pelo autor foi acolhido pelo Ministro Relator Néri da Silveira, que deferiu a liminar parcialmente, para que se retirasse o termo 'só' do art. 5º, § 1º, abrindo com isso a possibilidade

de participação dos partidos na divulgação do plebiscito. Os fundamentos de seu voto foram o pluripartidarismo, a universalidade de sufrágio e o sistema democrático.

O relator é seguido apenas pelo Min. Francisco Rezek. Também foi voto vencido o Ministro Marco Aurélio, que com um fundamento novo - a competência do Tribunal Superior Eleitoral (TSE) para expedir instruções de regulamentação do art. 2º da ADCT, que teria sido usurpada pela lei em questão -, inaugura divergência ainda maior, sendo seguido pelo Ministro Carlos Velloso. Eles deferem a cautelar em quase toda a extensão do pedido, indeferindo apenas quanto ao art. 5º caput e § 3º.

A maioria vencedora dos ministros é formada em torno do voto do Ministro Paulo Brossard que indeferiu a cautelar integralmente. Após ter feito uma retrospectiva histórica sobre as discussões políticas no Brasil quanto ao sistema e forma de governo, o ministro concluiu que os programas partidários em sua grande maioria não tratavam da questão. De tal forma, conviviam nos quadros dos partidos defensores de diferentes concepções, tornando inviável a delegação exclusiva da propaganda das frentes aos partidos, conclusão esta a qual já havia chegado o Legislador quando instituiu frentes parlamentares na lei impugnada²⁰.

Os partidos que tivessem deliberado a respeito ou cujos estatutos os tivesse vinculado a uma das opções teriam então a opção de aderirem às frentes se assim desejassem.

²⁰O voto vencedor do Ministro Paulo Brossard explica bem a razão da decisão final do STF nesse caso: *"De modo que, até para o funcionamento normal da votação plebiscitária, não se poderia adotar um sistema que supusesse a exclusividade dos partidos, por que eles não teriam condições reais para conduzir o debate, porque chegaria um partido, num dia, com um representante seu, defendendo uma tese e outro no dia seguinte. Creio que o legislador muito realista e sábio ao procurar um expediente, uma fórmula transitória, evidentemente, que exista até o dia vinte e um de abril, e que conduza e oriente o debate, a discussão, o esclarecimento, a propaganda. Isso quer dizer que os partidos ficam em férias nesse período? Eu acho que não, até por motivo de interesse. Se uma frente tem elementos partidários, ou um partido organizado que está disposto a dar a sua colaboração para defender a tese que ela espoca, seria pouco inteligente, e até contrário aos interesses mais tangíveis, que recusasse essa participação. Por isso é que me parece, Ministro Néri, que talvez fosse melhor deixar o pobre "só". p. 127.*

Seguiram o voto do Ministro Paulo Brossard os votos dos Ministros Ilmar Galvão, Sepúlveda Pertence, Octávio Gallotti, Celso de Mello e Sydney Sanches, todos indeferindo totalmente o pedido. Tem-se, portanto, que por maioria dos votos, o STF acabou preservando a decisão do legislativo, em detrimento do pedido do PDT.

5.2. RE 140.460 - SISTEMA PROPORCIONAL E CÔMPUTO DE VOTOS BRANCOS

- **Data de Julgamento: 19/05/1993**

O recurso extraordinário n. 140.460 foi interposto pela Coligação MDB, composta pelos partidos PMDB, PST e PMN, por ocasião das eleições ocorridas em 1992 no Estado do Mato Grosso, na qual a totalidade dos mandatos parlamentares havia sido destinada a uma outra e única coligação.

A coligação vencedora havia obtido apenas 33% dos votos válidos, mas em decorrência da determinação do quociente eleitoral com a inclusão dos votos em branco acabou por ocupar integralmente os cargos eletivos.

O autor alega que tal resultado seria incompatível com o sistema proporcional, na sua acepção lógico-matemática de atribuição das cadeiras *proporcionalmente* aos votos recebidos por cada partido. Sendo o cômputo dos votos em branco responsável pela distorção na proporcionalidade dos resultados eleitorais, a norma que determinava sua inclusão no cálculo dos quocientes eleitorais - art. 106 do Código Eleitoral (CE) - estaria em descompasso com a Constituição Federal.²¹

É travada uma grande discussão sobre a validade e a natureza do voto em branco como manifestação de vontade ou sua eventual equiparação ao

²¹ Alega-se a violação dos art 77, § 2º, 27 § 1º, 32 § 3º e 45, caput, da CF e art.5º da ADCT.

voto nulo. Todavia, o que era determinante para o julgamento da questão seria a recepção do art. 106 do CE pela Constituição Federal (CF).

O tribunal por maioria concluiu que para a plena aplicabilidade do art. 45 da CF, que estabelece como sistema eleitoral o proporcional, seria necessária lei ordinária para regulamentá-lo. Dessa forma, apesar de ser o art. 106 do CE anterior a CF, considerou-se que o referido artigo teria sido recepcionado.

Apesar da solução certamente jurídica, foram feitos em várias passagens juízos de conveniência sobre a legislação eleitora. Todavia, eles acabam sendo apenas *obiter dicta* no contexto geral dos votos:

*"Não é menos certo, também, que não diz ela (a CF) o que se deve entender por 'sistema proporcional', circunstância que coloca o texto em inexorável dependência de regulamentação, por meio de lei, lei essa já encontrada pela nova carta, no texto do Código Eleitoral, onde, de maneira incontestável, se acham traçadas regras conducentes à realização de eleição proporcional que, **se não corresponde ao melhor sistema que se poderia engendrar, pelo menos foi o estabelecido pelo legislador, não sendo dado ao Poder Judiciário nele introduzir modificações, como as pretendidas pelo recorrente (...)**". – Voto do Ministro Relator Ilmar Galvão. (Grifos meus)²²*

O Ministro Sidney Sanches, que havia votado no caso quando exerceu a função de presidente do TSE, reitera o seu voto, trazendo-o à colação:

"Os homens do congresso, da constituinte que fará a revisão, devem pensar que podem estar um dia numa situação como a dos recorridos, e devem verificar se convém manter um sistema como este".

O que não é possível é a justiça revogar a lei.

²² RE 140.460 p. 758.

*Lamento profundamente que situações como esta aconteçam. Mas é o que a lei permite e quer*²³.

Até mesmo no parecer da Procuradoria Geral da República é feito juízo de conveniência sobre a lei:

*"Se a opção legislativa não é a melhor, não há dúvida, contudo, que a lei aí está e deve ser cumprida, por inexistência de inconstitucionalidade*²⁴".

Diversamente, nos votos dos ministros vencidos Marco Aurélio e Sepúlveda Pertence, o argumento consequencialista foi a *ratio decidendi*. Preocupando-se com a representação das minorias em casos como o relatado, eles consideraram como não recepcionado o art. 106 do CE. O fundamento jurídico do Min. Marco Aurélio foi a inexistência de disposição específica sobre a possibilidade de regulamentação do sistema proporcional na CF; já o Ministro Pertence considerou a inexistência de definição exata do que seja sistema proporcional, sendo pressuposto na interpretação literal do termo que a atribuição dos mandatos devesse ser feita conforme as votações obtidas por cada partido. Decidem então pela reversão da eleição de 1990, com uma nova determinação do quociente eleitoral, excluindo-se os votos brancos.

Não obstante o fato de serem bastante comuns considerações sobre a conveniência da lei nesta decisão, o resultado final revela a superação dos argumentos de *political policy*²⁵. Isso demonstra uma certa restrição do ativismo do STF, fazendo preponderar a racionalidade jurídica no contexto geral da decisão²⁶.

²³ RE 140.460 p 811.

²⁴ p.757.

²⁵ Vide nota de rodapé n. 3.

²⁶ "O que se nos pede não é um juízo de qualidade sobre o texto ordinário. Nem se nos pergunta se ele está a reclamar, ou não aperfeiçoamentos para que a vontade do eleitor transpareça de modo exato. A questão constitucional é tão-só a de saber se o parágrafo único do artigo 106 do código eleitoral afronta, na carta, a regra que prescreve a proporcionalidade." – Voto do Ministro Francisco Rezek, p.760.

5.3. ADI 1063-8 – Candidatura Nata

- **Data de Julgamento: 18/05/1994**

Ajuizada pelo Partido Social Cristão (PSC), a ADI 1063-8 questionou a constitucionalidade da figura jurídico-eleitoral dos candidatos natos ou biônicos, como ficaram conhecidos na época aqueles que tinham a candidatura assegurada, independente de aprovação na convenção partidária, para o mesmo cargo para o qual haviam sido eleitos no pleito anterior.

Os dispositivos impugnados constavam na lei n. 8.713 de 1993, que disciplinava o processo eleitoral de 1994. Alegou-se inconstitucionalidade por omissão parcial, pois o âmbito de aplicação da norma que eliminava a necessidade de aprovação da candidatura era restrito aos deputados, configurando violação à isonomia entre as categorias de mandatos eletivos.

Pleiteava-se, portanto, a eliminação de tal restrição, para que se estendesse o privilégio aos titulares de qualquer cargo eletivo, objetivando-se com isso a inclusão dos senadores.

O reconhecimento desse primeiro pedido foi visto pelo tribunal como uma alteração substancial na regra jurídica que havia sido aprovada pelo legislativo. Dessa forma, acolhendo tal pedido o STF estaria fazendo papel de legislador positivo.

Para a superação de tal obstáculo, o Ministro Marco Aurélio levanta a possibilidade de aditamento da inicial a fim de que o autor incluísse no pedido não apenas expressões determinadas, mas todo o parágrafo em questão. A preliminar é rejeitada por todos os demais ministros, que consideram clara na petição inicial a intenção do PSC na impugnação de termos selecionados, objetivando não a supressão do benefício, mas a extensão da sua abrangência.

Dessa forma, por maioria dos votos, a primeira pretensão da ADI 1063 não foi nem mesmo conhecida. A razão da decisão fora a de que a supressão seletiva de termos acabaria resultando em inovação textual, fazendo com que o sentido da norma se tornasse completamente diverso do pretendido pelo legislador.

A segunda parte do pedido dizia respeito à competência do órgão de direção nacional do partido para impugnar a candidatura daqueles que já ocupavam um mandato eletivo de deputado estadual, federal ou distrital. Alegou-se que tal atribuição seria uma intervenção abusiva do Estado na organização, estrutura e funcionamento dos partidos. Seria, portanto, uma afronta à liberdade interna dos partidos políticos, assegurada no art. 17, § 1º, da CF, pois a definição do órgão partidário a quem caberia tal competência seria assunto adstrito à autonomia partidária.

Divergem deste ponto os Ministros Paulo Brossard, Octávio Gallotti, Sepúlveda Pertence e Néri da Silveira. Os dois primeiros por temerem a indefinição do órgão responsável pela deliberação, e os últimos por preferirem relegar ao controle difuso a análise da aplicação ou não de tal regra.

Finalmente, quanto ao terceiro pedido da presente ADI, referente ao art. 9º da mesma lei, alegou-se a criação de nova hipótese de inelegibilidade, o que segundo o art. 14 § 9º da CF só poderia ser feito por meio de lei complementar. Contudo, o posicionamento vencedor foi o de que não se tratava de hipóteses de inelegibilidade, mas de condições de elegibilidade, e quanto a estas não há restrições para a disciplina normativa por lei ordinária.

A tese vencedora estava fortemente embasada doutrinária e jurisprudencialmente, e sendo o ponto de menores discordâncias no acórdão em análise. É então indeferida a medida cautelar quanto a este dispositivo por não ter havido afronta ao devido processo legislativo.

Esse acórdão foi um importante precedente para a definição dos limites da autonomia partidária, que deve ressaltar a observância das regras

do sistema eleitoral. É o que se depreende desta passagem do voto do Ministro Celso de Mello:

"Esse regime de autonomia, portanto – que deve ser interpretado muito mais em função do estabelecimento de uma estrutura orgânica interna de caráter democrático no âmbito das agremiações partidárias -, não pode ser invocado para excluir os partidos, como se fossem entidades marginais, infensas e imunes à ação legislativa do Estado, da situação de necessária observância das regras que disciplinam o processo eleitoral em todas as suas fases²⁷".

Apenas o Ministro Marco Aurélio diverge dos demais, por considerar idênticas as conseqüências da inelegibilidade e da ausência de condições de elegibilidade. É bastante curioso o início de seu voto, onde evidencia ter considerado não apenas a questão jurídica em pauta, mas também as variáveis políticas e a imagem do tribunal após a decisão.

*"(...) a matéria com a qual o Tribunal se defronta não é, considerado um determinado desiderato, do tipo que possa ser tida como simpática, pois se concluir pela concessão liminar, pelo menos aos olhos da mídia, não ficará em posição agradável. Muito já se falou, nesses últimos dias, sobre a controvérsia com a qual ora nos deparamos. Constatamos, até mesmo, a existência de artigos, editoriais, **conclamando o Tribunal a distanciar-se da ordem jurídica constitucional para decidir, objetivando obstaculizar o que seria a caminhada oportunista de certos políticos**".*

Também o Ministro Sepúlveda Pertence afirma não estar muito confortável no julgamento do caso, dado o impacto político da decisão do tribunal:

*"Não me gratifica a contingência de participar deste julgamento, ante circunstâncias muito notórias da conjuntura política destes dias. Esta, porém, é contingência da investidura neste Tribunal. **No processo***

²⁷ ADI 1063 p.126.

democrático, nossa missão não é participar do jogo político, mas assegurar suas regras²⁸”.

Em seqüência, votam os Ministros Paulo Brossard e Sydney Sanches, que na linha de Marco Aurélio trazem argumentos políticos, mas acompanham a maioria, indeferindo o pedido do PSC e fazendo valer ao final o argumento de princípio:

“A exigência da lei atual pode trazer prejuízos e prejuízos graves porque, efetivamente no mundo do governo, da política, as coisas às vezes mudam e mudam com rapidez e profundamente e, segundo as prescrições legais, que são minuciosas, que vão ao pormenor, podem as melhores soluções ficar afastadas, com prejuízo do País, porque a pessoa melhor qualificada não está com sua caderneta eleitoral em dia. (...)

Sr. Presidente, deixadas à margem essas considerações nada jurídicas, mas muito verdadeiras, entendo que se pode discutir o acerto ou desacerto da medida, questionar sua sabedoria ou tacanhice, mas inconstitucional não é; como disse o Chief-Justice Stone, uma lei pode ser perfeitamente constitucional e requintadamente idiota. A solução adotada pela lei pode não ser a melhor, pode ser má, mas não vejo onde ofenda a Constituição²⁹”.

“Se tivesse levado em consideração fatos pretéritos, por exemplo, se tivesse exigido que a filiação ou domicílio antecederesse a lei, provavelmente o Tribunal faria o que fez na semana passada. Consideraria isso um casuísmo e reconheceria a inconstitucionalidade, ao menos para efeito de suspensão cautelar da norma.

No caso, porém, não foi o que fez a lei. Regulou o futuro. Pode ter levado em consideração fatos que talvez nem recomendasse essa solução, mas não estamos aqui para discutir o acerto, a conveniência da lei, mas a constitucionalidade dela ou não. Não vislumbro inconstitucionalidade³⁰”.

²⁸ ADI 1063 p. 192.

²⁹ Idem, Voto do Ministro Paulo Brossard, p. 197 à 199.

³⁰ Ibidem, Voto do Ministro Sydney Sanches, p. 201.

Feitas tais ressalvas de argumentos políticos explícitos, considerações sobre a conveniência da legislação impugnada no contexto político da época, e a necessidade de se preservar a imagem do tribunal frente à mídia e população, a maioria se formou no sentido da constitucionalidade da lei, apesar de ser considerada pelos ministros como uma opção do legislativo pouco inteligente. Mais uma vez verifica-se a restrição ao ativismo judicial do STF em barrar decisões majoritárias do legislativo no que concerne à estrutura político-partidária.

5.4. ADI-MC 1805-2 – Reeleição

- **Data de Julgamento: 26/03/1998**

A ADI-MC 1805 teve por objeto a Emenda Constitucional n. 16 de 1997, que mudou a redação do art. 14, § 5º, para que se autorizasse a reeleição dos titulares de cargos de chefia do executivo. O objetivo da ADI em questão era dar interpretação conforme ao dispositivo constitucional alterado, para que os candidatos que intencionassem concorrer à reeleição, renunciassem aos seus mandatos até seis meses antes da data do pleito.

Foram impugnados, além do dispositivo da emenda constitucional, o art. 75 e 76 da lei n. 9.504 de 1997 e três resoluções do TSE – n. 19.952, 19.954 e 19.955 que interpretavam a nova redação do artigo constitucional. A ação foi ajuizada pelos partidos: PT, PDT, PC do B e PL com fundamento jurídico na tutela do *"processo eleitoral idôneo e isonômico e a moralidade e probidade da coisa pública"*.³¹

O STF não conheceu do pedido por unanimidade quanto às resoluções do TSE. O fundamento da decisão foi o de que as resoluções não seriam atos

³¹ ADI 1805, trecho da inicial presente no relatório, p. 2285.

normativos passíveis de controle de constitucionalidade, mas apenas atos administrativos em resposta às consultas formuladas por partidos políticos.

Com relação aos dois artigos da lei n. 9.504, foi decidido por maioria, vencido apenas Marco Aurélio, que votou pela não procedência do pedido. A impugnação tinha por base a distorção e favorecimento criados pela permissão de uso do transporte e residência oficial pelos chefes do executivo no período de campanha. Alegou-se com isso a afronta à igualdade de oportunidades entre os candidatos e a possibilidade de abuso do poder econômico ou abuso de autoridade.

Todavia, a conclusão dos ministros vencedores foi de que *"se o presidente e governadores continuam administrando a República e os Estados, durante a campanha, porque não obrigados a se afastar do cargo, certo é que as medidas de segurança próprias da investidura – incluídas residência e transporte oficial – não se pode entender lhes foram subtraídas durante o período da campanha"*.³²

Finalmente, com relação à EC n. 16, invocava-se os *"princípios da isonomia, proporcionalidade e razoabilidade ou do pluripartidarismo, para criar, por via exegética, cláusula restritiva não desejada pelo constituinte derivado"*.³³

O Ministro Marco Aurélio divergiu também com relação à EC 16. Seu argumento principal foi o de que não se poderia compatibilizar a possibilidade de permanência no cargo dos candidatos à reeleição com a necessidade de afastamento dos cônjuges e parentes ou o afastamento dos próprios chefes de executivo quando candidatos a outro cargo. A base de seu argumento seria, portanto, a unidade e coerência do sistema, e o respeito à *"tradição de nosso Direito Constitucional"* que haviam sido rompidos no confronto entre os §§ do art. 14 da CF.

³² ADI 1805, voto do Ministro Néri da Silveira, p. 2372.

³³ Idem, p. 2368.

Argumentou também que no Projeto de Emenda Constitucional, que deu origem à EC n. 16, houve a supressão do dispositivo que autorizava explicitamente a permanência no cargo. A modificação implementada na redação final da Emenda revelaria a intenção restritiva do Poder Constituinte de Revisão, que deveria ser levado em conta pelo STF na sua interpretação - típico argumento intencionalista.

O Ministro Nelson Jobim interrompe o voto de Marco Aurélio rebatendo seu argumento da intenção do legislador com uma retrospectiva histórica da evolução das incompatibilidades eleitorais como *instrumentos políticos para a definição dos participantes da disputa político-eleitoral*. Com relação à incoerência entre os parágrafos do art. 14 da CF, Jobim afirma que o que Marco Aurélio *“examina como incongruência jurídica, na verdade, é exatamente uma enorme incongruência política de interesses”*. Trata-se **“da definição dos espaços políticos de cada grupo político. Ou seja, não é o sentido jurídico da proibição e sim o político – essa é razão histórica³⁴”**.

O Ministro conclui seu raciocínio argumentativo da seguinte forma:

*“inviabilizou-se a aprovação da reeleição, representando, assim, que o aspecto político de disputa aumentaria. Portanto, **não dá para se fazer uma leitura, principalmente neste texto constitucional, o qual se insere nas decisões políticas do Congresso, a partir, meramente, de uma perspectiva de um legalismo lógico-jurídico. Terá que se ver também, que foram decisões políticas tomadas, tendo em vista o critério político do sistema eleitoral brasileiro.** (...)”*

São essas as razões políticas que o sistema brasileiro vai se ajustar, e creio que precisará no mínimo dez anos para conseguir chegar a atingir essa logicidade jurídica, que V. Exa capta muito bem, mas que não coincide com a logicidade política do momento em que se vive³⁵”.

³⁴ A interrupção do Ministro Jobim se estende por duas páginas, p. 2380 e 2381.

³⁵ ADI 1805, p. 2382.

Depreende-se dessa última passagem que o Ministro Jobim apesar de não desconsiderar a incoerência jurídica entre os parágrafos do art. 14 da CF, faz a ressalva das razões históricas e políticas para que o legislador aprovasse a Emenda da forma como feita, e nesse caso não seria papel do judiciário, em sede de controle de constitucionalidade, alterar a decisão política do legislativo. Mesmo assim Marco Aurélio finaliza seu voto mantendo a mesma linha de raciocínio que o leva ao deferimento da liminar por não admitir *"sob o mesmo teto constitucional a permanência e a necessidade de afastamento se se pretende concorrer a cargo diverso"*.

Seguem então os votos dos Ministros Carlos Velloso e Moreira Alves que acompanham o relator com fundamento na continuidade administrativa, sustentáculo do instituto da reeleição e que seria prejudicada pelo afastamento dos titulares do mandato seis meses antes do pleito; na inelegibilidade como exceção no sistema eleitoral brasileiro; e na inexistência de cláusula pétreia envolvida na questão da constitucionalidade da EC. 16, pois segundo Moreira Alves: *"não se declara inconstitucionalidade por ofensa a sistema, mas por ofensa a dispositivo, senão teríamos inconstitucionalidade com base no espírito da Constituição, e obviamente, chegaríamos ao subjetivismo absoluto"*³⁶.

Nesse sentido, os próprios autores já haviam se manifestado em total incoerência com o seu pedido: *"seria descabido suscitar o controle jurisdicional de norma constitucional cujo objetivo fosse interferir na manifestação político substantiva, do Poder Legislativo em adotar este instituto, consoante o exercício das prerrogativas constitucionais que lhe são atribuídas"*³⁷.

E é justamente esse o argumento principal da Corte, conjugado com a continuidade administrativa, que dá sustentação ao indeferimento da liminar requerida:

"Se o constituinte derivado deveria ter incluído a cláusula da exigência de afastamento definitivo do titular, seis meses antes do pleito, tal

³⁶ ADI 1805, p. 2390.

³⁷ Idem, trecho da inicial presente no relatório, p. 2292.

*como a matéria foi efetivamente discutida no Congresso Nacional, ou não, resultou isso de decisão política que não pode ser, aqui, confrontada, a ponto de alterar-se o conteúdo do preceito constitucional, por via exegese da norma do art. 14, § 5º, em vigor da Lei Magna, a fim de, nele introduzir exigência que o constituinte reformador não quis fazê-la. Se é difícil admitir, como sustentam os autores, que para concorrer ao mesmo cargo não há necessidade de renúncia, fazendo-se esta necessária quando o titular pretenda disputar cargo diverso (Constituição art.14, §§ 5º e 6º), certo é que não cabe corrigir tal disposição em juízo de controle de constitucionalidade, onde a **Corte desempenha função de legislador negativo e não de legislador positivo, para exigir, restringindo direitos, o que não foi estabelecido como condição pelo legislador constituinte, o qual optou, é exato, pela dispensa de cláusula do afastamento**³⁸. (Grifos meus).*

Tem-se neste acórdão uma decisão com preponderância dos argumentos jurídicos na qual o STF, por maioria, decidiu respeitar decisão de caráter altamente majoritário, pois emanada pelo poder constituinte derivado de revisão, mantendo a escolha do legislativo .

5.5. ADI 2626 e ADI 2628 – VERTICALIZAÇÃO DAS COLIGAÇÕES I

- **Data de Julgamento: 18/04/2002**

Em fevereiro de 2002 o Tribunal Superior Eleitoral (TSE) aprovou resolução na qual, em resposta à consulta formulada por parlamentares quanto à possibilidade de formação de diferentes coligações para as eleições proporcionais e majoritárias, foi editada instrução de interpretação ao art. 6º do Código Eleitoral (CE).

³⁸ ADI 1805, Ministro Relator Néri da Silveira, p 2368;

A interpretação dada pelo TSE impedia a formação de coligações entre partidos que houvessem lançado candidatos diversos na eleição presidencial.

Em reação a tal instrução, vários partidos ingressam com ação direta de inconstitucionalidade (a ADI 2626 foi impetrada pelos partidos PC do B, PT, PL, PSB³⁹ e a 2628 pelo PFL) questionando a adequação de tal lei frente ao princípio da legalidade, do devido processo legal, da anterioridade de um ano da legislação eleitoral, da autonomia partidária, e da competência da União para legislar sobre direito eleitoral, exercida pelo Congresso Nacional.⁴⁰

A instrução do TSE, como ato interpretativo da lei n. 9.504 de 1997, seria manifestação do exercício da competência atribuída no CE para cumprimento das normas eleitorais e a operacionalização do processo eleitoral (art. 23, IX). Tal competência poderia ser exercida independente da consulta prévia, o que reforçava o argumento acolhido pela maioria dos ministros do afastamento de violação aos princípios da legalidade, do devido processo legal e da reserva legal.

Ademais, não se vislumbrou violação à autonomia partidária, que na concepção relativista adotada pelo STF, abrangeria apenas os aspectos estrutural, organizacional e de funcionamento partidário (17, § 1º).

Sendo a instrução ato secundário de interpretação, editado em resposta à consulta e baseado na legislação eleitoral, não seria suscetível de controle de constitucionalidade.

Com efeito, não havendo qualquer norma na CF que dispusesse sobre coligações partidárias e o âmbito das circunscrições eleitorais, a verificação da constitucionalidade da instrução imporia a necessidade de seu contraste com a legislação ordinária - o art. 6º da lei dos partidos políticos. Todavia, o entendimento do STF era pacífico quanto à impossibilidade de submeter a

³⁹ Também o PPS seria co-autor da adi 2626, mas não foi devidamente representado por procuração nos autos.

⁴⁰ Foi alegada "ofensa aos artigos 5º, II e LIV, 16, 17, § 1º, 22, I e 48 caput, da constituição federal".

controle de constitucionalidade à legalidade do poder regulamentar. Esse foi o posicionamento vencedor por maioria nas ADIs em análise não sendo necessário adentrar ao mérito, não se analisou a violação a regra da fixação do processo eleitoral no período de um ano que antecede as eleições.

Ficaram vencidos os Ministros Sydney Sanches, relator do acórdão, Ilmar Galvão, Sepúlveda Pertence e Marco Aurélio. Também a Procuradoria Geral da República havia opinado pelo conhecimento e procedência da ação, sugerindo alternativamente a procedência parcial com a interpretação conforme do dispositivo impugnado, para que só passasse a ter efeitos no próximo pleito eleitoral, solução esta que não foi acolhida por nenhum dos ministros vencidos, pelo fato de que tal instrução se destinaria exclusivamente às eleições de 2002.

Os ministros vencidos consideraram a instrução como ato normativo autônomo, portanto, passível de controle de constitucionalidade. No exame do mérito, feito à minúcia apenas pelo relator e por Ilmar Galvão, considerou-se a violação à anualidade do processo eleitoral e à competência do poder legislativo para definição do processo eleitoral.

A inovação seria para eles ainda mais evidente tendo em vista a não uniformidade entre as resoluções editadas pelo TSE quanto à interpretação do art. 6º, por ocasião dos pleitos já realizados após a CF 88. E se ao Poder Legislativo estaria vedada à alteração de norma relativa ao processo eleitoral no período de um ano que antecede as eleições, também ao TSE não seria permitido.

Cabe ainda apontar que os ministros vencidos consideraram que o posicionamento do tribunal pelo não conhecimento da ação – e, portanto, a admissão da validade da instrução do TSE - seria esta sim decisão de fundo político. Sepúlveda Pertence expressamente o diz quando considera que o não

conhecimento da ação seria *'a solução politicamente mais sábia'*, apesar de ter ao final votado pelo conhecimento e procedência da ação⁴¹.

Mais a frente quando traz trecho de voto que proferiu em recurso do TSE é ainda mais incisivo: *"óbvio, entretanto, que não as pode corrigir, substituindo pela de seus juízes a opção do legislador: por isso, não cabe ao TSE suprir lacunas aparentes da Constituição ou da lei, vale dizer o 'silêncio eloqüente' de uma ou de outra."*

A posição de Sepúlveda é reiterada no voto do Min. Nelson Jobim. Apesar de Jobim considerar como falhas do sistema as coligações assimétricas estaduais e a regionalização das decisões políticas, não se sente legitimado a alterar tais opções legislativas.

*"E a nossa leitura tem que ser da perspectiva jurídico-eleitoral e não da perspectiva político-eleitoral, que é a perspectiva da conveniência dos partidos na desobediência do ordenamento constitucional e da lei na formação de suas coligações".*⁴²

Apesar de admitir ter feito julgamento de conveniência quanto à aplicação da instrução do TSE, reconsidera suas colocações e ao final adere à maioria.

Decidiu-se ao final pelo não conhecimento da ação, mantendo a validade das resoluções do TSE que limitavam a liberdade dos partidos políticos na constituição de coligações. Dessa forma, o STF acabou por não definir um parâmetro jurisprudencial consistente para a atuação posterior do Legislador quanto ao tema. Mal havia sido julgado as ADIs 2626 e 2628, já tramitava um Projeto de Emenda Constitucional no Congresso Nacional para disciplinar as coligações eleitorais.

⁴¹ ADI 2626, p. 508.

⁴² Pág 462.

5.6. ADI 1465 – DUPLA FILIAÇÃO

- **Data de julgamento: 24/02/2005**

A ADI 1465 foi ajuizada pelo PFL para impugnação do art. 22 da lei dos Partidos Políticos - lei n. 9.096 de 1995. O dispositivo questionado tornava sem efeitos as filiações partidárias quando constatado que determinado candidato estivesse vinculado a dois partidos distintos.

Segundo o PFL, haveria violação ao princípio da autonomia partidária - art. 17, § 1º, CF - e criação de nova hipótese de inelegibilidade, pois o candidato com dupla filiação passaria a condição de não filiado a nenhum partido e, portanto, estaria inelegível.

A linha de argumentação do relator, Ministro Joaquim Barbosa, se constrói a partir da diferenciação teórica entre liberdade interna e liberdade externa no âmbito da liberdade partidária.

A liberdade interna dos partidos não admitiria intervenção estatal, sendo o campo de regulamentação dos estatutos partidários. Já a liberdade externa deveria ser tratada em lei, pois referente à relação partido e Estado.

A dupla filiação estaria abrangida na liberdade externa, na medida em que um candidato filiado a dois partidos diferentes ficaria sujeito às normas de fidelidade partidárias dos estatutos de ambos. Nesse caso a regulamentação estatal seria indispensável para a organização e a disciplina das relações entre os partidos, de forma a não permitir a interferência de normas internas de um partido em outro.

Ademais, sustenta o ministro relator que a liberdade partidária, diversamente da liberdade pessoal, tem seu âmbito de aplicação limitada à finalidade dos partidos políticos, visando garantir o exercício de suas funções. Seria dessa forma uma liberdade funcional e, portanto, relativa. Permitir a

dupla filiação seria prejudicial ao papel dos partidos de porta-voz da vontade popular e de espaço para o debate público, pois criaria na sociedade a falsa expectativa que um candidato filiado a dois partidos estivesse comprometido exclusivamente a uma das plataformas, que poderiam ser até mesmo incompatíveis sob o ponto de vista programático.

Quanto à inelegibilidade, argumentou-se que a filiação seria pressuposto de elegibilidade. O candidato que não estivesse filiado a nenhum partido não seria elegível e, dessa forma, não poderia estar sujeito a uma sanção de inelegibilidade.

Nota-se nesse acórdão que a fundamentação da decisão pautou-se exclusivamente em argumentos jurídicos. A tese sustentada pelo ministro relator estava fortemente embasada na doutrina jurídica e foi acolhida por todos os ministros, tendo sido indeferido o pedido por unanimidade.

5.7. ADI 3685-8 – VERTICALIZAÇÃO DAS COLIGAÇÕES II⁴³

- **Data de Julgamento: 22/03/2006**

Logo após o julgamento das ADIs 2626 e 2628 (item 5.5), iniciou-se a tramitação de um projeto de emenda constitucional no Congresso, com o objetivo de incluir na Constituição a disciplina legal das coligações partidárias - tema até então afeito à legislação ordinária⁴⁴.

Objetivava-se com isso que se estabelecesse ainda nas eleições de 2002 a liberdade de formação de coligações, o que era explicitado no art. 2º da emenda, dispositivo impugnado na ADI 3685:

⁴³ Não existe numeração de páginas neste acórdão, as páginas citadas são da numeração dada automaticamente pelo programa *adobe reader*.

⁴⁴ Art. 6º do Código Eleitoral.

Art. 2º Esta Emenda Constitucional entra em vigor na data de sua publicação, aplicando-se às eleições que ocorrerão no ano de 2002.

Em decorrência da demora nos trâmites legislativos, a EC n. 52 só viria a entrar em vigência em março de 2006, mantendo, todavia, a referência às eleições de 2002. Não se pretendia com isso a retroatividade da lei, mas a sua aplicação nas eleições iminentes, que ocorreriam dentro de seis meses.

O legislador, via Emenda Constitucional, tentava se sobrepor à atuação restritiva do judiciário. O direito dos partidos de livre formação de coligações havia sido negado pelo TSE em 2002, e a decisão do tribunal eleitoral foi reafirmada pelo próprio STF, quando este, por razões formais, se negou a invalidar resoluções do tribunal eleitoral⁴⁵.

Mais uma vez, no entanto, a questão voltaria ao judiciário. Desta vez por terem se valido de Emenda Constitucional, restringiram-se as possibilidades de atuação do STF, que só poderia invalidar a decisão do legislativo se demonstrasse violação à cláusula pétrea⁴⁶.

Os ministros do STF empreenderam, então, o que Sepúlveda Pertence chamou de pesquisa 'mineralógica' à procura de uma cláusula pétrea que pudesse ter sido ofendida.⁴⁷ Não obstante a dificuldade com que lidavam, invocam o princípio da segurança jurídica e a afronta ao artigo 16 da CF, do qual depreendem um direito individual ao *devido processo eleitoral*, envolto, portanto, pela garantia prevista no § 2º do art. 5º, da CF. Com isso é dada

⁴⁵ Adi 2626 – item 5.5

⁴⁶ "Não me parece que a Constituição Federal tenha pretendido suportar por ela mesma combatida quando a regra modificadora for integrada ao seu próprio texto. Por esse raciocínio, todas as vezes que se pretenda burlar a norma anticasuísta, será possível lançar mão da elaboração de emenda constitucional, até que o princípio consagrado pelo constituinte originário esteja completamente nulificado. Não é demais advertir que qualquer que seja o tema de direito eleitoral, a princípio disciplinável por legislação ordinária, pode ser regulamentado pelo exercício do poder constituinte derivado. Todas essas questões apontam, ao meu ver, para uma forte sinalização de que, no sistema de garantias fundamentais da Constituição, há impeditivos para a adoção de artifícios dessa natureza" - voto da Ministra Ellen Gracie, relatora do acórdão, p.20.

⁴⁷ Mas, não obstante o excepcional relevo que empresto a esse art. 16, confesso ter ficado frustrado e invejoso, na pesquisa 'mineralógica' à procura de cláusula pétrea ofendida, neste caso, a minha, ao contrário dos achado tão frutuosos dos meus eminentes Colegas, foi absolutamente infrutífera", p. 142.

procedência ao pedido para que a nova redação do art. 17 não fosse aplicada nas eleições de 2006, mas apenas nas subseqüentes.

O exercício exegético do STF é notável. Exemplar nesse sentido é o voto do Ministro Eros Grau que após larga explanação sobre a inaplicabilidade ao caso da segurança jurídica, e da não atribuição ao art. 16 do caráter de cláusula pétrea, conclui pela procedência da ADI, sem qualquer fundamento jurídico, considerando apenas que a aplicação do dispositivo nas eleições que se aproximavam seria a seu ver um casuísmo legislativo.⁴⁸

Restaram vencidos apenas os Ministros Sepúlveda Pertence e Marco Aurélio. Todavia, nos votos dos dois lados preponderaram argumentos políticos com análises consequencialistas e juízos de conveniência da lei. A título de exemplo, transcrevo aqui trecho do voto do Ministro Marco Aurélio (voto vencido) e do Ministro Joaquim Barbosa (voto vencedor):

"(...) como decorre da denominada verticalização, para mim engessamento, para mim retrocesso, como imaginando que, imposta numa interpretação a verticalização, se poderá ter dias melhores quanto a uma fidelidade partidária, quanto a uma correção de rumos, quanto ao afastamento da promiscuidade partidária (...)".

"Não é preciso grande esforço interpretativo para se concluir que mudança da tal magnitude, introduzida a poucos meses do início formal da disputa eleitoral, caso tenha admitida sua aplicação às eleições do corrente ano, não apenas interferiria de maneira significativa no quadro de expectativas que o eleitor (titular dos direitos políticos) e as agremiações partidárias vinham concebendo em vista do pleito que se avizinha, mas também – e disso não há dúvida – teria formidável impacto no respectivo resultado."⁴⁹

⁴⁸ O Ministro Sepúlveda Pertence ao finalizar seu voto faz referência irônica ao ininteligível voto do Ministro Eros Grau: *"Por isso, senhor presidente, encerrando, acompanho não só o voto do eminente Ministro Marco Aurélio, mas em princípio, a primeira parte do voto do meu querido amigo e mestre Ministro Eros Grau. Quanto à segunda, oportunamente levarei para a casa, para ver se aprendo"*. – voto do ministro Sepúlveda Pertence, p. 156.

⁴⁹ ADI 3685, voto do Joaquim Barbosa, p. 234.

Nos votos da maioria vencedora, um argumento bastante reiterado foi a necessidade de coibição do desvio do poder constituinte de revisão, argumento trazido no caso no parecer do professor Comparato. Em outras palavras, esse seria o papel de instituição contra-majoritária ou a função de controle dos casuísmos legislativos.⁵⁰

O voto do Ministro Lewandowski inicia tratando justamente da dificuldade contra-majoritária como função do STF de contenção dos abusos das maiorias parlamentares. Para o Ministro, "*o Judiciário está mais capacitado para lidar com questões de princípio, com os valores permanentes da sociedade, do que o Legislativo e o Executivo, em face de seu maior distanciamento das paixões político partidárias, não só do ponto de vista institucional com também temporal*".⁵¹

O fundamento da decisão se resumia na coibição de abusos e casuísmos legislativos que maculassem a legitimidade do processo eleitoral e permitisse a manipulação das regras eleitorais em favor das forças políticas preponderantes em determinado momento. Para que isso fosse traduzido em cláusula pétrea, argumentou-se pelo direito individual ao devido processo eleitoral, enquadrado, portanto, na disposição do § 2º do art. 5º. A lógica do devido processo eleitoral é bem explicada no voto do Ministro Cezar Peluso:

*"Sua racionalidade, entendida como correspondência a exigências historicamente condicionadas, é intuitiva: **resguardar, contra alterações casuísticas ditadas por interesses de grupos políticos, segundo conveniências do momento, às vésperas de eleições, a justa expectativa de candidatos, dirigentes partidários, eleitores e demais atores do sistema político de que as eleições se processarão nos precisos termos das regras em vigor a certo tempo de sua realização,***

⁵⁰ Outra pérola que não podia deixar de ser notada nesse acórdão é uma passagem do voto do Ministro Marco Aurélio que conta uma anedota ironizando a banalização das emendas constitucionais: "*Aliás, apenas para descontrair o ambiente – a sessão já vai longe -, conta-se, e acredito que isso seja folclore, que certo cidadão entrou em uma livraria e procurou adquirir a lei maior do país, do Brasil. Pediu uma constituição federal ao balconista. Este simplesmente responder que aquela livraria não trabalhava com periódicos – tantas são as emendas, em tão pouco tempo, desprezando-se a estabilidade própria às constituições*".p.112.

⁵¹ ADI 3685, p. 223.

de modo que se não frustrem, por mudanças abruptas e pontuais, os horizontes, as inspirações e os propósitos das decisões que, a respeito, segundo os respectivos projetos de vida, tomem aqueles destinatários a menos de um ano do escrutínio. Isto é, preservar as condições de competitividade e representatividade, sem surpresas, como, p. ex., pode dar-se em relação às filiações partidárias decididas segundo a ordem jurídica precedente⁵²”.

Essa decisão foi um importante marco na trajetória do STF como um caso de reversão de uma decisão legislativa sem um substrato jurídico consistente para tal.

Além disso, como se tratava de emenda constitucional, decisão legislativa de caráter altamente majoritário, sua invalidação só poderia ser fundamentada no confronto com alguma cláusula pétrea. Tal obstáculo foi contornado numa manobra argumentativa de interpretação sistemática da Constituição, que combinando dispositivos esparsos e aparentemente desconexos, criou um fundamento jurídico para a decisão, que apesar de não anular completamente a decisão legislativa, postergou sua aplicação para as próximas eleições.

Uma última questão que merece ser apontada neste caso foi a rapidez com que o STF julgou a ADI: proposta pela OAB em 09 de março de 2006, um dia após a edição da EC 52, foi julgada pelo Plenário em 23 de março, apenas 14 dias de sua distribuição.

5.8. ADI 3592-4 – CORRUPÇÃO ELEITORAL

- **Data de Julgamento: 26/10/2006**

⁵² ADI 3685, voto do Ministro Peluso, p.58.

Ajuizada pelo Partido Socialista Brasileiro (PSB) a ADI 3592-4 questionou a constitucionalidade do art. 41-A da lei n. 9504/97⁵³ em face do art. 14, § 9º da CF⁵⁴.

O dispositivo impugnado previa sanção de cassação do registro ou do diploma eleitoral em razão de captação ilícita de votos ou corrupção eleitoral. O partido alegou que a lei estaria criando nova hipótese de inelegibilidade, matéria que é reservada à lei complementar.

Sustentou-se também que a nova possibilidade de perda de mandato eletivo, em decorrência de abuso de poder econômico, de corrupção ou fraude, não observaria o procedimento previsto nos §§ 10º e 11º do mesmo art. 14.

Por unanimidade o tribunal julgou improcedente a ação considerando que não estaria configurada a inelegibilidade, mas apenas a proibição de participação em um pleito eleitoral específico. Quanto ao aspecto procedimental, não haveria também inconstitucionalidade, tendo em vista que a ação de investigação judicial eleitoral não se aplicaria para a cassação do registro ou do diploma.

Diferentemente da inelegibilidade que depende de sentença transitada em julgado, a conduta descrita no art. 41-A deveria ser apurada mediante representação e sua constatação daria ensejo à aplicação da pena com eficácia imediata.

⁵³Art. 41-A. Ressalvado o disposto no art. 26 e seus incisos, constitui captação de sufrágio, vedada por esta Lei, o candidato doar, oferecer, prometer, ou entregar, ao eleitor, com o fim de obter-lhe o voto, bem ou vantagem pessoal de qualquer natureza, inclusive emprego ou função pública, desde o registro da candidatura até o dia da eleição, inclusive, sob pena de multa de mil a cinquenta mil Ufir, e cassação do registro ou do diploma, observado o procedimento previsto no art. 22 da Lei Complementar no 64, de 18 de maio de 1990.

⁵⁴ Art. 14. A soberania popular será exercida pelo sufrágio universal e pelo voto direto e secreto, com valor igual para todos, e, nos termos da lei, mediante:

§ 9º 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.

O fundamento jurídico da decisão seria a proteção à vontade do eleitor em sua manifestação concreta: o voto. O Min. Gilmar Mendes, relator do processo, retoma, como de praxe em seus votos de decisões de direito eleitoral, a defesa do princípio da igualdade de oportunidades entre os partidos políticos, que teria como pressuposto a liberdade de escolha do eleitor, não podendo esta ser mitigada pelo abuso do poder econômico dos partidos políticos.

Todos os ministros acompanham o relator sem muitas considerações em sentido contrário, sendo unânime a decisão pela improcedência da ação. Mesmo que tenha se configurado conflito intra-partidário no Congresso, o STF não optou pela posição contra-majoritária, e deu preponderância a fundamentação pautada em argumentos jurídicos.

5.9. ADI 1351-7 - CLÁUSULA DE BARREIRA

- **Data de julgamento: 07/12/2006**

A cláusula de barreiras foi instituída pela lei dos partidos políticos, lei n. 9.096 de 1995. Restringia o funcionamento parlamentar dos partidos que não obtivessem na *eleição para a Câmara dos Deputados o apoio de, no mínimo, cinco por cento dos votos apurados, não computados os brancos e os nulos, distribuídos em, pelo menos, um terço dos Estados, com um mínimo de dois por cento do total de cada um deles* (art. 13 da lei).

Na própria lei dos Partidos criou-se um mecanismo provisório para o *período entre o início da próxima Legislatura e a proclamação dos resultados da segunda eleição geral subsequente para a Câmara dos Deputados*⁵⁵ com exigências mais brandas do que o sistema do art. 13, concedendo aos

⁵⁵ Art. 57 da lei n. 9.096.

pequenos partidos o tempo necessário para que se adaptassem aos novos parâmetros legais.

Logo após a publicação da lei, em setembro de 1995, foram propostas as ADIs 1351 e 1354 por alguns dos partidos que se viram prejudicados pelo novo sistema - o PC do B, PDT e PSC foram os autores devidamente representados nas duas ADIs.

Questionavam o extremo rigor dos critérios para a concessão do funcionamento parlamentar e as conseqüências drásticas no que concernia à distribuição dos recursos do fundo partidário e do tempo destinado aos programas de propaganda política gratuita na rede de televisão.

Argumentavam pela igualdade jurídica e pelo desrespeito aos direitos das minorias parlamentares. Sustentavam também o direito adquirido ao funcionamento parlamentar.

O raciocínio dos autores era o de que o registro dos partidos políticos perante o TSE seria um ato jurídico perfeito, de forma que verificado o caráter nacional no momento da criação do partido, conceder depois disso tratamento desigual em função da gradação de votos seria também uma violação à igualdade jurídica.

Foi impugnada a validade do já mencionado art. 13 e de todas as remissões que eram feitas a ele na lei n. 9.096, tanto nos dispositivos que estabeleciam a distribuição do fundo partidário e da propaganda política gratuita - art. 41, 48, e 49 -, quanto no dispositivo que estabelecia o regime provisório - art. 57.

A medida cautelar da ADI 1354 foi indeferida por unanimidade, sendo o relator o Ministro Maurício Corrêa. O julgamento definitivo só viria a ocorrer mais de nove anos após a propositura das ações, em dezembro de 2006, fora já do prazo de vigência do regime provisório do art. 57. Tendo sido dada procedência ao pedido foi necessário o estabelecimento de novo regime para

suprir o vácuo normativo no que dizia respeito aos critérios para a distribuição dos recursos do fundo partidário e do tempo destinado aos partidos para propaganda política gratuita.

A solução encontrada pelo STF foi a prorrogação do prazo de vigência do regime do art. 57. Seria necessário no caso que o Poder Judiciário pudesse constituir o Poder Legislativo em mora, para que este preenchesse a lacuna normativa, editando nova lei que se adequasse a interpretação do STF quanto aos princípios constitucionais violados pela lei anterior.

O resultado final da decisão foi, nas palavras do Ministro Sepúlveda Pertence, foi *uma declaração de inconstitucionalidade, ao mesmo tempo, com um tipo de interpretação conforme*⁵⁶. Até que se chegasse a um consenso sobre a procedência parcial da ADI, afastando-se o limite temporal do artigo 57, os ministros travam longos debates, que se estendem por mais de trinta páginas, nas quais o ministro relator, o único que já havia votado naquele momento, retifica e adita seu voto por mais cinco vezes⁵⁷, a maioria delas provocadas por sugestões do Ministro Gilmar Mendes.

O episódio evidenciou que o papel de legislador positivo⁵⁸ é sempre evitado pelo STF com muita razão, tendo em vista a dificuldade demonstrada pelos ministros para a formulação de uma regra jurídica que suprisse o vácuo normativo até que sobreviesse lei a respeito.

Ademais, a falta de linearidade na argumentação, a pluralidade de argumentos retóricos, de argumentos com caráter de *obiter dictum*, e a inserção entre os votos de debates sobre assuntos secundários, faz da decisão um emaranhado argumentativo, na qual tem-se uma enorme dificuldade para a identificação dos fundamentos jurídicos que levam o STF a declarar a inconstitucionalidade dos dispositivos legais impugnados.

⁵⁶ Página 68.

⁵⁷ Vide páginas: 66/67; 71; 72; 78; 82 e 84.

⁵⁸ *Precisaríamos retocar - e talvez, atuássemos como legisladores positivos - a cabeça do artigo, porque o que nele previsto e foi para vigor por período determinado.* - Ministro Marco Aurélio, pág 68.

Não obstante isso, o fundamento principal do voto do relator parece residir na defesa dos direitos da minoria e da ordem democrática. Profere seu voto em tom de discurso, reputando ao caso dimensão histórica:

“Está-se a ver que o disposto no artigo 13 da lei 9.096/95 veio a mitigar o que garantido aos partidos políticos pela constituição federal asfixiando-os sobremaneira, a ponto de alijá-los do campo político, com isso ferindo de morte, sob o ângulo político-ideológico, certos segmentos, certa parcela de brasileiros. **E tudo isso a partir da óptica da sempre ilustrada maioria**⁵⁹.

(...)

Que fique ressaltado, em verdadeira profissão de fé, em verdadeira alerta a desvisados, encontra-se subjacente a toda esta discussão o ponto nevrálgico concernente à proteção dos direitos individuais e das minorias, que não se contrapõe aos princípios que regem o governo da maioria – cuja finalidade é o alcance do bem-estar público, a partir da vontade da maioria, desde que respeitados os direitos dos setores minoritários, não se constituindo, de forma alguma, em via de opressão destes últimos.

No estado democrático de direito, a nenhuma maioria, organizada em torno de qualquer ideário ou finalidade – por mais louvável que se mostre -, é dado tirar ou restringir os direitos e liberdades fundamentais dos grupos minoritários dentre os quais estão a liberdade de se expressar, de se organizar, de denunciar, de discordar e de se fazer representar nas decisões que influem nos destinos da sociedade como um todo, enfim, de participar plenamente da vida pública, inclusive fiscalizando os atos determinados pela maioria⁶⁰.

(...)

É de repetir até a exaustão, se preciso for: democracia não é a ditadura da maioria! De tão obvio, pode haver o risco de passar despercebido o fato de não subsistir o regime democrático sem a manutenção das minorias, sem a garantia da existência destas, preservados os direitos fundamentais assegurados constitucionalmente⁶¹”.

O Ministro Gilmar Mendes sofisticava o argumento da defesa da minoria do Relator agregando a ele a violação ao princípio da proporcionalidade em sentido estrito:

“Tenho para mim que, entre nós, tivesse o legislador encontrado uma fórmula para fixar de fato uma cláusula de barreira semelhante, ainda que em patamares inferiores, talvez não estivéssemos tendo essa discussão. Acredito que se trataria de uma fórmula constitucional.

(...)

Todavia, a via eleita pelo legislador parece extremamente delicada, como já demonstrado no voto do relator, por duas razões. A primeira razão é

⁵⁹ ADI 1351, p. 54.

⁶⁰ Idem, p. 60.

⁶¹ ADI 1351, p. 62.

que se compromete o chamado funcionamento parlamentar **in totum**, uma violação claríssima do próprio princípio da proporcionalidade. Não se deixou qualquer espaço, não se fez qualquer mitigação, mas, simplesmente, negou-se o funcionamento parlamentar das instituições ou agremiações partidárias que, como vimos, obtiveram um expressivo cabedal de votos. Portanto, aqui, há um sacrifício radical da minoria⁶²”.

Mesmo assim, o viés conseqüencialista sobre a conveniência da lei em questão não é superado por Gilmar Mendes. Considera o ministro que seriam necessários critérios em patamares inferiores para que a cláusula de barreira fosse considerada constitucional pelo STF.

Outro fundamento do seu voto foi a igualdade de oportunidades, princípio do sistema constitucional alemão, sobre o qual discorre longamente no voto escrito. O ministro declara que: “*o modelo acabou por comprometer aqui o princípio da igualdade de chances ou da igualdade de oportunidades, que entendo presente na legislação brasileira*⁶³”. Esquece, todavia, de deixar claro onde este princípio estaria inserido no ordenamento brasileiro.

A dificuldade de se encontrar um dispositivo constitucional violado pela lei em questão foi um grande obstáculo nessa decisão, tendo em vista o princípio da presunção de constitucionalidade que deve pautar a atuação do STF tanto no controle abstrato quanto no difuso. Isso porque a ponderação sobre a conveniência da lei e o rigor dos critérios para a atribuição do funcionamento parlamentar era um juízo que já havia sido feito pelo legislativo e, a priori, não deveria ser refeito pelo STF.

Com efeito, a possível constitucionalidade do art. 13 é afirmada por mais de uma vez nesta decisão, pelo fato de ser perfeitamente enquadrável nas molduras constitucionais. É interessante quanto a esse ponto o voto do Ministro Carlo Britto:

“Como a nossa Constituição consagra muitos valores, alguns deles se antagonizam, na prática, levando-nos a um tipo difícil de opção — já tenho falado sobre isso —: se optamos de um jeito, prestigiamos a Constituição; se optamos de outro, prestigiamos igualmente a Constituição. E fica uma

⁶² Idem, p. 86.

⁶³ Ibidem, p. 89.

estranha opção interpretativa entre o certo e o certo, já que todas as opções têm lastro constitucional”.

(...)

Ou seja: entre o certo e o certo, qual a opção que menos ofende os outros valores da constituição? Dizendo de modo reverso: qual a opção mais afirmativa dos demais valores da constituição? ⁶⁴”.

No mesmo sentido é o voto do Ministro Cezar Peluso:

*“Quero dizer que a mim não me repugna e – na minha visão – **não repugna tampouco ao sistema jurídico-constitucional vigente, um tratamento normativo que, embora prestigiando o pluralismo, evite o que os autores costumam chamar de “multipartidarismo”**, essa pulverização, fragmentação, que, - a meu ver-, com o devido respeito, não serve propriamente à proteção de minorias, como tais, suscetíveis de múltiplas configurações, mas serve, antes, a expressar, em termos de convivência na pólis, como projeto de convivência ética – que componham um corpo organizado dentro da sociedade. Duvido muito que dentro dessa sociedade, qualquer que ela seja, possa encontra-se, nesses termos, “corpus” organizado de idéias ou de visão do mundo que ultrapasse a duas ou três dezenas, quando qualquer sistema poderia admitir pluralidade tal de partidos que comportaria, Por exemplo, o “partido de produtores de banana do vale do ribeira”. **Acho que não é essa a função do sistema partidário, até porque a tutela e a proteção de minorias podem ser objeto de programas partidários. As minorias podem ser tuteladas, podem ser protegidas por qualquer partido, cujo programa as contemple. Mas isso é mais próprio para um seminário**”.*⁶⁵(Grifos meus).

É evidente que com a aplicação da cláusula de barreira da maneira prevista no art. 13, e a restrição ao funcionamento parlamentar a 20 dos 27 partidos políticos, haveria uma restrição à representação das minorias partidárias. Todavia, para o Ministro Peluso, a fórmula legal da lei dos Partidos não configuraria violação ao pluripartidarismo, pois com a sua implementação restariam ainda sete partidos, e nesse caso haveria apenas uma mitigação do multipartidarismo, que a seu ver, no cenário político nacional já seria por demais exacerbado. Não obstante tais ressalvas quanto à desnecessidade de que cada segmento social tivesse representação por partido próprio, o ministro adere à maioria pela inconstitucionalidade da cláusula de barreiras.

Outra questão que não ficou resolvida foi a determinação do caráter nacional dos partidos como pressuposto de existência ou de criação dos

⁶⁴ Página 103 e 104.

⁶⁵ Página 109.

partidos - inciso I do art 17 da CF. A questão foi levantada com o argumento dos autores das ADIs de que o registro dos partidos políticos na Justiça Eleitoral seria um ato jurídico perfeito. Esse argumento é colocado em xeque pela Advocacia Geral da União, ao afirmar que *'a plenitude partidária resguarda somente a existência de partidos autênticos, que se amparam em porcentagem razoável da população*. Nesse caso, a cláusula de barreira viabilizaria o cumprimento do dispositivo constitucional na medida em que permitiria a verificação periódica e automática do caráter nacional dos partidos.

Apesar dos longos debates travados pelos ministros e da extensão de seus votos, a questão não é explicitamente resolvida, e não há uma resposta clara para a definição do caráter nacional como pressuposto de existência ou da criação dos partidos políticos.

Não obstante o fato de várias questões fundamentais não terem sido resolvidas nessa decisão, vários assuntos secundários foram discutidos pelos ministros e são transcritos sob a forma de debates. Foram debatidos vários temas referentes à reforma política, à fidelidade partidária, à alteração do sistema eleitoral vigente, entre outros assuntos. E isso chega até mesmo a incomodar alguns dos ministros, como o Ministro Eros Grau e o Ministro Cezar Peluso, segundo o qual *dar opinião sobre certos assuntos ficaria mais próprio para seminários*.⁶⁶

Também o Ministro Lewandowski discorre em seu voto sobre assuntos diversos, que a seu ver teriam ligação direta com a cláusula de barreiras, e, portanto, deveriam ter sido tratados concomitantemente pelo Legislador:

⁶⁶O Senhor Ministro Sepúlveda Pertence – O Ministro Eros Grau está inquieto com o "seminário".
O Senhor Ministro Eros Grau – Acho que nós estamos saindo do assunto.
O Senhor Ministro Marco Aurélio (Relator) – Estamos, sim.
O Senhor Ministro Gilmar Mendes - Estamos saindo conscientemente, neste caso, por conta da discussão que se coloca. Qual foi o móvel dessa legislação?
O Senhor Ministro Marco Aurélio: Mesmo porque se avizinha – e vamos ver se agora ela vem – uma reforma política. – p. 109.

"Digo que a criação pura e simples de uma cláusula de barreira sem que se desenvolva reflexões dentro de um quadro mais amplo, ou seja, sem que se tenha como pano de fundo a chamada reforma política, notadamente no que diz respeito à fidelidade partidária, à votação em listas, ao voto distrital puro ou misto, à questão da verticalização, à quebra da simultaneidade das eleições para os parlamentos estadual e federal, e ao fim da representação desproporcional dos Estados e do Distrito Federal na Câmara de Deputados, não levará aos resultados desejados. Se não se discutir essa questão dentro de um contexto mais amplo, insisto, acabaremos privilegiando os partidos maiores, melhor estruturados materialmente, em detrimento dos partidos menores e ideológicos⁶⁷".

Tem-se nesse caso uma decisão contra-majoritária pautada essencialmente em valores e princípios jurídicos como a defesa da ordem democrática, o pluripartidarismo e a proteção das minorias, mas sem um fundamento constitucional concreto a legitimar a invalidação da lei impugnada.

Essa decisão foi um *leading case* na jurisprudência do STF e é de especial relevância para esta pesquisa, não só pelo grande impacto na política nacional e forte repercussão na mídia⁶⁸, mas também pelo fato de ser uma decisão unânime de declaração de inconstitucionalidade e, portanto, de reversão de uma decisão majoritária do legislativo com uma fundamentação embasada em grande parte em argumentos essencialmente políticos. Ademais por ser o caso mais recente dos analisados neste trabalho é o que mais se

⁶⁷ ADI 1351, p. 96.

⁶⁸ Em uma rápida pesquisa no Google, obtive 66.000 resultados como os termos "decisão do stf sobre a cláusula de barreira", os primeiros cinco endereços eletrônicos trazem as seguintes manchetes:

- Partidos pequenos elogiam decisão do STF que derrubou cláusula de barreira - 7 de dezembro de 2006
- PSDB E PFL CRITICAM DECISÃO DO STF SOBRE CLÁUSULA DE BARREIRA - Para lideranças de PFL e PSDB, é "retrocesso". PT evitou comentar porque decisão beneficia aliados. 8 de dezembro de 2006 - 08h14m
- LÍDER DO PSDB PROPÕE RECRIAR CLÁUSULA DE BARREIRA - Arthur Virgílio pede reunião entre presidentes de Senado e STF. Supremo daria assessoria para elaboração de nova emenda. - 8 de dezembro de 2006
- Fim da cláusula de barreira divide opiniões no Congresso - 7 de dezembro de 2006
- Decisão do STF sobre cláusula de barreira dificulta reforma política - 10 de dezembro de 2006.

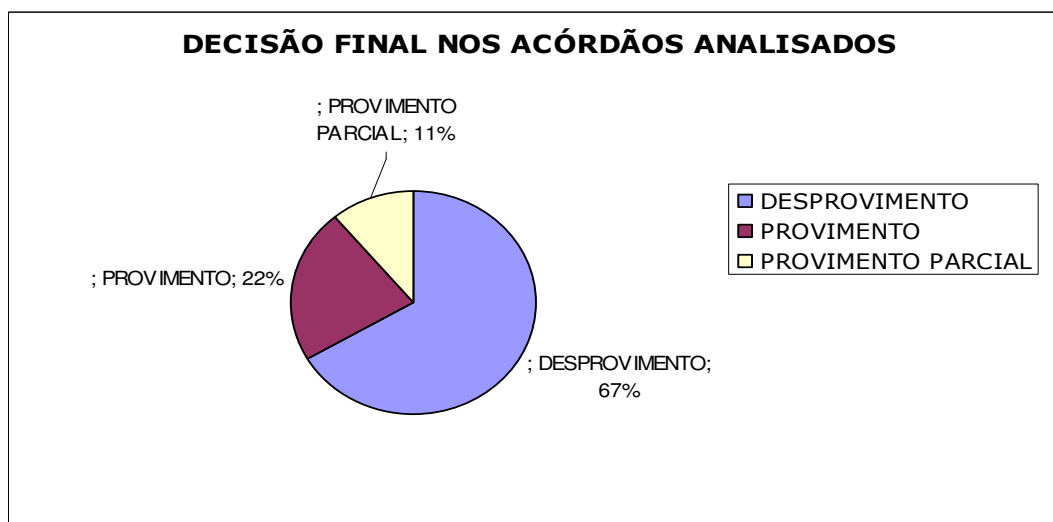
aproxima da composição atual do STF, o que pode apontar para uma nova tendência mais ativista do tribunal.⁶⁹

⁶⁹ Houve apenas uma alteração na composição que foi a substituição do Ministro Sepúlveda Pertence pelo Ministro Carlos Alberto Direito, em setembro deste ano.

6. CONCLUSÃO

Verificou-se ao final da pesquisa que apesar de terem sido apontados argumentos sobre a conveniência da lei impugnada, as conseqüências da decisão no cenário político, ou para a imagem do tribunal, os argumentos políticos tornaram-se parte essencial da *ratio decidendi* apenas em dois casos.

Com efeito, as ações desprovidas no gráfico abaixo abarcam mais da metade dos decisões analisadas⁷⁰, tendo sido deferidas integralmente apenas as ADIs 3685 e 1351, e parcialmente a ADI-MC 839⁷¹.



Nesse sentido, a conclusão da análise empírica seria a de que a interferência do STF nos conflitos entre partidos, pelo menos no que concerne às decisões em matéria de direito eleitoral, seria bastante contida. Essa tendência restritiva quanto à interferência no sistema político e seu pequeno grau de ativismo seriam obstáculos à judicialização de questões políticas.

⁷⁰ Para efeitos de gráfico foram somadas na rubrica DESPROVIMENTO as ações não conhecidas e as indeferidas.

⁷¹ Casos Verticalização (5.7), Cláusula de Barreira (5.9) e Plebiscito sobre forma e sistema de governo (5.1), respectivamente.

Tal conclusão é positiva do ponto de vista da legitimidade democrática do tribunal, na medida em que numa visão tradicional do Direito o papel de uma corte constitucional é a mera verificação da conformidade das leis impugnadas às molduras constitucionais. E isso requer imparcialidade dos juízes, não apenas no sentido de ausência de razões pessoais, mas neutralidade frente concepções políticas, religiosas e culturais e a desconsideração das possíveis conseqüências da decisão.

Não obstante isso, na concepção de Direito que aqui se adotou à luz da qual a análise jurídica é considerada fundamentalmente interpretativa, torna-se inevitável que os Ministros exponham suas convicções políticas, na medida em que elas fazem parte da interpretação geral da cultura jurídica e política da sociedade.

Além disso, deve se considerar que a posição institucional em que se encontra o STF não lhe permite evitar conhecer casos essencialmente políticos. Isso porque qualquer questão constitucional pode ser-lhe submetida e, não havendo problemas formais, é seu dever apreciá-la.

Nesses casos, as decisões do STF serão inevitavelmente aprovadas por um grupo político e reprovadas por outros, na medida em que de uma forma ou outra penderá para algum dos lados do conflito.

De tal forma, a aceitação da decisão pela comunidade jurídica e pelos agentes políticos torna-se factível apenas se houver uma fundamentação consistente que blinde o Tribunal a uma eventual repercussão negativa de sua atuação.

Na classificação argumentativa aqui seguida, consideramos que o Tribunal deve julgar com base em argumentos sobre que direitos as pessoas tem em nosso sistema constitucional, evitando argumentos políticos que se fundem numa concepção particular de promoção do

bem-estar geral. E o que se verificou ao final da pesquisa foi que o STF embasou suas decisões em argumentos jurídicos na grande parte dos casos.

E ainda que uma determinada lei submetida ao controle de constitucionalidade fosse justificável por argumentos de política, ao Tribunal caberia então analisar a existência de algum argumento de princípio que tenha sido prejudicado.

Foi nesse sentido a atuação do STF nos dois casos em que houve deferimento do pedido. No caso da verticalização das coligações o fundamento foi o devido processo eleitoral, e a decisão sobre a cláusula de barreira foi embasada na defesa da ordem democrática, no pluripartidarismo e na proteção das minorias. Não obstante, em ambos os casos foram identificados uma pluralidade argumentos políticos.

Nestas decisões o tribunal rompeu um pouco com a postura tradicional de legislador negativo e, ainda que de forma provisória, atuou positivamente, regulando uma situação ou modulando os efeitos da declaração de inconstitucionalidade.

Se por um lado isso é negativo, pois subverte a regra da maioria, elemento fundamental de um sistema democrático, por outro deve ser considerado que a base da democracia é a igualdade de poder político e a não ser que as decisões legislativas respeitem certos direitos fundamentais, não se poderá falar em igualdade política.

A Constituição de 1988 ao permitir a propositura de ADI pelos partidos políticos concretizou a idéia de defesa das minorias e contenção das majorias pelo controle de constitucionalidade. Dessa forma, se o STF assume a responsabilidade de proteção de direitos individuais, as minorias ganham em poder político, na medida em que as decisões dos tribunais sobre

seus direitos são efetivamente fundamentadas e o acesso é efetivamente possível.

7. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

CASTRO, Marcus Faro de, "O supremo tribunal federal e a judicialização da política", in *Revista Brasileira de Ciências Sociais*, Vol. 12, n. 34, junho de 1997.

COMMAGER, Henry Steele, *Majority rule and minority rights*, Oxford: Oxford University Press, 1944.

DWORKIN, Ronald, *A matter of principle*, Cambridge: Harvard University Press, 1985.

ELY, John Hart, *Democracy and Distrust: a theory of judicial review*, Cambridge: Harvard University Press, 2002.

MAUÉS, Antonio Moreira; FADEL, Alexandre Pinho, *Circuitos interrompidos: As ADINS dos Partidos Políticos no Supremo Tribunal Federal (1999, 2004)*, in: XV Congresso Nacional do CONPEDI, 2007, Manaus. Anais do XV Congresso Nacional do CONPEDI. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2006.

Disponível também em: www.conpedi.org/manaus/arquivos/anais/manaus/direito_e_politica_antonio_m_maues_e_alexandre_fadel.pdf

MAUÉS, Antonio Moreira; LEITÃO, Anelice F. Belém, *Dimensões da judicialização da política no Brasil – As ADIns dos partidos políticos*, Brasília a 41n, n.163 jul/set. 2004.

TATE, C. Neal; VALLINDER, Torbjörn, *The Global Expansion of Judicial Power*, New York: New York University Press, 1995.