

UNIVERSIDADE FEDERAL DO MARANHÃO
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO
MESTRADO EM DIREITO E INSTITUIÇÕES DO SISTEMA DE JUSTIÇA

JURACI GUIMARÃES JÚNIOR

**O CONTROLE JUDICIAL DE CONSTITUCIONALIDADE DA DEMOCRACIA
PARTICIPATIVA NA LEI DE INICIATIVA POPULAR:** Um estudo de caso a partir do
julgamento pelo Supremo Tribunal Federal da (in)constitucionalidade da Lei da Ficha Limpa
em relação à presunção de inocência e à irretroatividade das leis

São Luís
2015

JURACI GUIMARÃES JÚNIOR

O CONTROLE JUDICIAL DE CONSTITUCIONALIDADE DA DEMOCRACIA PARTICIPATIVA NA LEI DE INICIATIVA POPULAR: Um estudo de caso a partir do julgamento pelo Supremo Tribunal Federal da (in)constitucionalidade da Lei da Ficha Limpa em relação à presunção de inocência e à irretroatividade das leis

Dissertação apresentada ao de Curso de Mestrado em Direito e Instituições do Sistema de Justiça – PPGDIR da Universidade Federal do Maranhão para obtenção do título de mestre.

Orientador: Prof. Dr. Roberto Carvalho Veloso

São Luís
2015

Guimarães Júnior, Juraci

O controle judicial de constitucionalidade da democracia participativa na lei de iniciativa popular: um estudo de caso a partir do julgamento pelo supremo tribunal federal da (in) constitucionalidade da lei da ficha limpa em relação à presunção de inocência e à irretroatividade das leis / Juraci Guimarães Júnior. — São Luís, 2015.

112 f.

Orientador: Prof. Dr. Roberto Carvalho Veloso.

Dissertação (Mestrado em Direito e Instituições do Sistema de Justiça) — Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade Federal do Maranhão, 2015.

1. Democracia participativa. 2. Democracia deliberativa. 3. Direitos políticos. 4. Ficha limpa - Lei. 5. Inocência - Presunção. 6. Leis - Irretroatividade. I. Título.

CDU 342.565

JURACI GUIMARÃES JÚNIOR

O CONTROLE JUDICIAL DE CONSTITUCIONALIDADE DA DEMOCRACIA PARTICIPATIVA NA LEI DE INICIATIVA POPULAR: Um estudo de caso a partir do julgamento pelo Supremo Tribunal Federal da (in)constitucionalidade da Lei da Ficha Limpa em relação à presunção de inocência e à irretroatividade das leis

Dissertação apresentada ao de Curso de Mestrado em Direito e Instituições do Sistema de Justiça – PPGDIR da Universidade Federal do Maranhão para obtenção do título de mestre.

Aprovada em: ____/____/____

BANCA EXAMINADORA

Prof. Dr. Roberto Carvalho Veloso (Orientador)

Prof. Dr. Nelson Juliano Cardoso Matos

Prof. Dr. José Cláudio Pavão Santana

A

Lílian, minha esposa, em cujo sorriso vive o amor,

Júlia e João Guilherme, nosso amor em forma de gente, que nos ensinam que a vida é um universo de felicidade e esperança.

Juraci e Lourdinha, meus pais, aos quais tudo devo.

AGRADECIMENTOS

A Deus e Jesus Cristo, esses até bem pouco tempo desconhecidos para mim, pela paz, coragem e perseverança na conclusão desse mestrado.

A meus avós, Antônio e Irene, e Emiliano e Euricina, eternas lembranças.

Aos meus irmãos, Renato e Ronaldo, a meus afilhados Julie, Davi e Giovana, aos meus sobrinhos Samuel, José e Natália, aos meus tios Napoleão, Teresa, Mazé, Sérgio e Jôse e aos meus inúmeros primos, nas pessoas de Laerson, Lorena, Flávio, Eduardo, Pedro Júnior, Raíssa (prinhada do coração), Samira, Marcelo, Sérgio Victor, Bianca, Delfino, Willames, Ricardo, Jaciara, Jacirene, Ana Rosa, Ana Amélia, Mauro, Maurício, Antônio, Jorge, Paulinho, Arthur, Adriano, Napoleão Sobrinho, Pedrinho, Wellington, João Victor e todos aqueles que não daria para colocar aqui, pelo imenso amor e confraternização que existem entre nós e toda nossa família, ontem, hoje e sempre.

A Dondon, pelo amor incondicional.

Ao Prof. Dr. Roberto Carvalho Veloso, cuja orientação segura foi fundamental para o desenvolvimento dessa dissertação

Ao meu primeiro professor de Direito Eleitoral, Nicolao Dino de Castro e Costa Neto, hoje colega de Ministério Público Federal, por haver despertado em mim o interesse pela matéria ainda nos bancos da graduação da UFMA.

Aos professores do mestrado do curso de Direito e Instituições de Justiça da UFMA, pelo empenho e determinação em iniciar essa aventura no Maranhão.

Aos meus colegas da primeira e segunda turma do mestrado, formado pelas mais diferentes experiências profissionais e pessoais, que enriqueceram sobremaneira e pluralidade dos nossos debates em sala de aula.

Aos meus interlocutores na matéria de Direito Eleitoral de ontem e hoje, Nicolao Dino, Sergei Medeiros, José Leite Filho, Carolina Höhn, Marcilio Medeiros, Regis Silva, Thiago Oliveira e Pablo Bógea.

Aos meus demais colegas de Ministério Público Federal no Maranhão, Alexandre, Thayná, Flaubert, Tiago e Talita, pela árdua mais gratificante tarefa de construir no nosso estado uma sociedade mais livre, justa e solidária.

Pasmos sempre quando acabo qualquer coisa. Pasma e desolo-me. O meu instinto de perfeição deveria inibir-me de acabar; deveria inibir-me até de dar começo. Mas distraio-me e faço. O que consigo é um produto em mim, não de uma aplicação de vontade, mas de uma cedência dela. Começo porque não tenho força para pensar; acabo porque não tenho alma para suspender. Este livro é a minha cobardia.

Tudo quanto o homem expõe ou exprime é uma nota à margem de um texto apagado de todo. Mais ou menos, pelo sentido da nota, tiramos o sentido que havia de ser o texto; mas fica sempre uma dúvida, e os sentidos possíveis são muitos.

(Fernando Pessoa, por Bernardo Soares, ajudante de guarda-livros na cidade de Lisboa, no Livro do Desassossego)

RESUMO

A possibilidade e intensidade do controle judicial da democracia participativa no projeto de lei de iniciativa popular, a partir do julgamento pelo Supremo Tribunal Federal da Lei da Ficha Limpa. Inicialmente, aborda-se o conceito e evolução da democracia direta e representativa até a democracia participativa. Analisa-se os contornos da democracia na Constituição Federal de 1988 e a tensão entre a democracia e o Estado de Direito. Debata-se as diversas correntes teóricas democráticas até as vertentes deliberativas procedimentalistas e substancialistas. O segundo momento consiste em descrever os direitos políticos como direitos fundamentais, seu conceito, características e procedimento de restrição. Em um terceiro momento discute-se a legitimidade do controle judicial de constitucionalidade numa democracia, abordando as diversas correntes existentes e as contextualizando na realidade jurídica e política brasileira. Por fim, explana-se sobre a Lei da Ficha Limpa, sua formação democrática participativa e se analisa criticamente os fundamentos da decisão do Supremo Tribunal Federal que julgou a sua (in)constitucionalidade.

Palavras-chave: Democracia Participativa. Democracia Deliberativa. Direitos Políticos. Lei da Ficha Limpa. Presunção de Inocência. Irretroatividade das Leis.

ABSTRACT

The possibility and intensity of judicial review of participatory democracy in the popular initiative bill from the judgment by the Supreme Court of the Brasil of LC 135-2010, Law of Clean Record. After dealing the concept and evolution of direct and representative democracy to participatory democracy. Analyze the contours of democracy in the Brasil Federal Constitution of 1988 and the tension between democracy and the rule of law. Discuss to the various theoretical approaches to democratic deliberative aspects proceduralists and substantialists. The second step is to describe the political rights as fundamental rights, its concept, features and restrictions procedure. In a third step we discuss the legitimacy of judicial review in a democracy, addressing the various existing currents and contextualizing the legal reality and brazilian politics. Finally, it explains on the LC 135-2010, its participatory democratic formation and critically analyzes the reasons for the decision of the Brasil Supreme Court which ruled their (in) constitutionality.

Keywords: Participatory Democracy. Deliberative Democracy. Political Rights. Clean Record Law. Presumption of Innocence. Retroactivity of laws.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

a.C.	Antes de Cristo
Ac.	Acórdão
ADC	Ação Declaratória de Constitucionalidade
ADCT	Ato das Disposições Constitucionais Transitórias
ADPF	Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental
ADI	Ação Direta de Inconstitucionalidade
Art.	Artigo
ADNAM	Associação Democrática e Nacionalista de Militares
ANPR	Associação Nacional dos Procuradores da República
CF/88	Constituição Federal de 1988
CNBB	Confederação Nacional dos Bispos do Brasil
CNPL	Confederação Nacional das Profissões Liberais
EC	Emenda Constitucional
EUA	Estados Unidos da América
LC	Lei Complementar
MCCE	Movimento de Combate à Corrupção Eleitoral
MS	Mandado de Segurança
OAB	Ordem dos Advogados do Brasil
PLP	Projeto de Lei Popular
PPS	Partido Popular Socialista
RE	Recurso Extraordinário
RESP	Recurso Especial
Sec.	Século
STJ	Superior Tribunal de Justiça
STF	Supremo Tribunal Federal
v.	Versus

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO	12
2	DEMOCRACIA	15
2.1	Democracia Direta e Democracia Representativa	15
2.2	Democracia Participativa	17
2.3	A democracia representativa e participativa na Constituição Federal de 1988	19
2.4	O Paradoxo da democracia: Estado de Direito e Democracia	22
3	DEMOCRACIA DELIBERATIVA	26
3.1	O governo antidemocrático dos guardiães	26
3.2	Teorias Normativas Democráticas Clássicas	27
3.3	As Teorias Democráticas Realistas	30
3.4	A Democracia deliberativa	32
3.4.1	O modelo procedimentalista	34
3.4.2	O modelo substancialista	36
4	OS DIREITOS POLÍTICOS COMO DIREITOS FUNDAMENTAIS	42
4.1	Os direitos políticos como direitos humanos e direitos fundamentais	42
4.2	Os direitos políticos fundamentais na Constituição Federal de 1988	45
4.3	Os direitos políticos na estrutura dos direitos fundamentais	48
4.4	A restrição aos direitos políticos fundamentais	51
5	JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL E DEMOCRACIA	56
5.1	A dificuldade contramajoritaria da jurisdição constitucional	56
5.2	A desnecessidade de justificação democrática da jurisdição constitucional ou a lógica Marshall	58
5.3	A jurisdição constitucional como instituto antidemocrático	59
5.4	A jurisdição constitucional como garantidora dos pressupostos da democracia	61
5.5	A jurisdição constitucional como protetora da constituição contra a maioria política	64
5.6	A jurisdição constitucional na realidade jurídica e política brasileira	67
6	LEI DA FICHA LIMPA	70
6.1	Democracia participativa deflagradora do projeto de iniciativa popular	70

6.2	A decisão do Supremo Tribunal Federal em controle abstrato acerca da (in)constitucionalidade da Lei da Ficha Limpa.....	74
6.2.1	A inelegibilidade como “mero requisito” para que o indivíduo possa ser candidato	74
6.2.2	A constitucionalidade da Lei da Ficha Limpa em face do princípio da irretroatividade das leis: a possibilidade de sua aplicação a fatos anteriores a sua promulgação	76
6.2.3	A constitucionalidade em face do princípio da presunção de inocência.....	80
6.3	A análise crítica da decisão do Supremo Tribunal Federal em controle abstrato acerca da (in)constitucionalidade da Lei da Ficha Limpa	83
6.3.1	A natureza jurídica de sanção das inelegibilidades da Lei da Ficha Limpa.....	83
6.3.2	A inconstitucionalidade da aplicação retroativa da Lei da Ficha Limpa: ofensa ao art. 5º, XXXV, da CF/88	86
6.3.3	A constitucionalidade da Lei da Ficha Limpa em face do princípio da presunção de inocência: a restrição proporcional ao direito fundamental de ser candidato	93
7	CONCLUSÃO	101
	REFERÊNCIAS	104

1 INTRODUÇÃO

Em 4 de junho de 2010 foi sancionada pelo então Presidente Luís Inácio Lula da Silva a Lei Complementar nº 135, que ficou popularmente conhecida como “Lei da Ficha Limpa”, proveniente de um projeto de lei de iniciativa popular decorrente de intensa mobilização da sociedade civil organizada.

O intuito do projeto popular era, a partir do quadro de descrédito na classe política brasileira em razão dos sucessivos escândalos de corrupção, propor regras mais rígidas para que o cidadão pudesse pleitear um mandato político, com a pretensão de afastar candidatos “fichas sujas” da vida pública, indivíduos cuja vida pregressa fosse incompatível com a natureza dos mandatos eletivos.

Em um país marcado pela exclusão da participação do povo nas deliberações políticas, a Lei da Ficha Limpa apresenta um significativo avanço na democracia brasileira, ainda mais sendo apenas o segundo projeto de iniciativa popular aprovado em vinte e cinco anos de redemocratização.

As severas regras de restrição ao acesso de mandatos políticos apresentadas pela sociedade civil organizada no projeto de iniciativa popular Lei da Ficha Limpa não seriam de nenhuma forma aprovados pelo Congresso Nacional segundo o tradicional modelo democrático representativo, sem forte pressão da opinião pública e dos meios de comunicação social.

Entre essas drásticas medidas propostas para evitar a candidatura de indivíduos “ficha suja”, foram aprovadas o aumento acentuado do prazo de inelegibilidade – que pode alcançar até dezesseis anos –, a mitigação da exigência do trânsito em julgado da decisão condenatória para imputar ao cidadão a peja de inelegível e a possibilidade de aplicação da Lei da Ficha Limpa a fatos que ocorreram anteriormente a sua promulgação.

Desse modo, a lei proveniente da democracia participativa brasileira com caráter de moralização do processo eleitoral passou a ser questionada de afrontar direitos fundamentais estabelecidos na própria Constituição Federal de 1988, em especial o princípio da presunção de inocência e da irretroatividade das leis.

Esse debate foi suscitado no Supremo Tribunal Federal, indiretamente em controle difuso de constitucionalidade e diretamente em controle abstrato de constitucionalidade, por meio tanto de ação direta de inconstitucionalidade quanto de ação declaratória de constitucionalidade.

Passou despercebido pela comunidade política e jurídica nacional que a Lei da Ficha Limpa foi a primeira lei de iniciativa popular cuja constitucionalidade foi analisada pelo Supremo Tribunal Federal, guardião da supremacia do texto constitucional e da fundamentalidade formal e material dos direitos fundamentais.

A discussão da (in)constitucionalidade da Lei da Ficha Limpa traz como papel de fundo, portanto, a legitimidade da autonomia pública da democracia participativa e seus limites. Como questiona Monteiro (2006, p. 73) : “Se os cidadãos fazem as leis que fundam a ordem, o que pode limitá-los naquilo que é o legítimo exercício do poder?”

Também debate a legitimidade e a intensidade do controle de constitucionalidade das leis fruto da democracia participativa pelas Cortes Constitucionais.

Assim, a presente dissertação busca, a partir da análise do julgamento da (in)constitucionalidade da Lei da Ficha Limpa pelo Supremo Tribunal, discutir a atuação do Poder Judiciário na democracia brasileira em especial na tensão entre a autonomia pública e o Estado de Direito, perpassando pelo respeito aos direitos fundamentais.

Nessa perspectiva, será adotada a divisão dogmática proposta por Alexy (2008) em três dimensões, a saber: analítica, empírica e normativa.

Na dimensão analítica, a pesquisa se dará nos conceitos fundamentais do objeto da dissertação. A aplicação da Lei da Ficha Limpa pelo Supremo Tribunal Federal é abordada pela dimensão empírica, inclusive do acerto ou desacerto dessa decisão. Por fim, a dimensão normativa é a própria conclusão do trabalho científico: fornecer uma resposta adequada ao problema proposto.

No Brasil, infelizmente, não há uma tradição acadêmica de se utilizar a jurisprudência como objeto de análise científica. Quando ocorre, as decisões judiciais são utilizadas como argumento de autoridade e sem uma abordagem crítica dos fundamentos teóricos dos votos dos juízes (SILVA, 2011).

Por outro lado, os próprios tribunais dificultam essa abordagem científica ao não tratarem racionalmente seus precedentes colegiados, que muitas vezes não se configuram em acórdão sistemático, mas em várias sentenças individuais que têm dificuldade de dialogarem entre si.

A presente dissertação busca fazer uma análise sistemática da decisão em controle abstrato do Supremo Tribunal Federal na apreciação da (in)constitucionalidade da Lei da Ficha Limpa (ADC 29 e 30 e ADI 4.578), em relação à presunção de inocência e à irretroatividade das leis, com uma discussão crítica dos fundamentos apresentados nos votos

dos Ministros contextualizada com a abordagem teórica sugerida no trabalho.

No decorrer da dissertação serão desenvolvidos inicialmente os conceitos teóricos fundamentais do trabalho, em variáveis que se interrelacionam, contextualizado na realidade jurídica e política brasileira, para culminar na análise das decisões do Supremo Tribunal Federal.

No primeiro capítulo, será realizada a abordagem da democracia participativa, observando as teorias democráticas normativas e realistas, bem como a evolução da democracia direta, passando pela representativa até chegar à democracia participativa contemporânea. Será apresentada os contornos conferidos à democracia participativa pela Constituição Federal de 1988. Por fim, será discutido o “paradoxo da democracia” na restrição da autonomia pública pelo Estado de Direito.

No segundo capítulo será analisado os direitos políticos, quer na sua acepção referente ao direito de votar, quer na alusiva ao direito de ser votado, como autênticos direitos humanos internacionais e fundamentais. Buscar-se-á inserir os direitos políticos na classificação e nas gerações dos direitos fundamentais. Serão abordadas as características e as estruturas normativas dos direitos políticos no rol dos direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988. Por fim, será discutida a legitimidade da restrição constitucional e infraconstitucional dos direitos políticos fundamentais.

Será enfrentada a complexa relação entre a jurisdição constitucional e a democracia em razão da denominada “dificuldade contramajoritária” do Poder Judiciário no quarto capítulo. Serão debatidas as teorias que sustentam a ilegitimidade democrática da jurisdição constitucional e compatibilidade entre o *judicial review* e o regime democrático. Nessa última perspectiva, serão abordadas as teorias que vislumbram a jurisdição constitucional como garantidora dos pressupostos da democracia e as teorias que apontam a jurisdição constitucional como protetora dos direitos fundamentais contra a maioria política ocasional. Ao fim, serão contextualizadas todas essas teorias com a realidade jurídica e política brasileira.

No quinto capítulo será exposto o processo democrático participativo que redundou na Lei da Ficha Limpa. Serão abordadas as decisões do Supremo Tribunal acerca da (in)constitucionalidade da lei da ficha limpa, em especial aquela realizada em controle abstrato em relação à natureza jurídica da inelegibilidade, à presunção de inocência e à irretroatividade das leis. Depois, será realizada uma análise crítica dos fundamentos dessas decisões contextualizada com as questões ventiladas nos capítulos antecedentes.

2 DEMOCRACIA

“A chave constitucional do futuro entre nós reside, pois, na democracia participativa, que faz do soberano o cidadão-povo, o cidadão-nação, o cidadão titular efetivo de um poder invariavelmente superior e, não raro, supremo e decisivo” (PAULO BONAVIDES)

2.1 Democracia Direta e Democracia Representativa

A democracia surgiu na Grécia, mais especialmente na cidade-Estado Atenas, a partir do sec. VI a.C., fundamentada na liberdade de autodeterminação do povo que participava diretamente das suas decisões políticas. A instituição fundamental era a Assembleia (Ecclesia) na qual os cidadãos se reuniam uma vez por semana ao ar livre para ouvir os oradores e depois decidir pessoalmente prevalecendo o voto da maioria (DAHL, 2004).

Conquanto estabelecesse um procedimento democrático de deliberação, fundamentado na liberdade pública do cidadão, a democracia ateniense tinha severas restrições a quem poderia participar dessa decisão política, excluindo da participação as mulheres, os escravos e os estrangeiros (DAHL, 2004).

Ainda que regime político ateniense tivesse dificuldade de ser reconhecido atualmente como democrático, assenta Robert Dahl (2012) que ele foi responsável pela primeira transformação democrática de um governo de poucos para um governo de muitos e fincou bases que ainda hoje influenciam as discussões democráticas.

Durante o declínio da democracia ateniense, em 146 a.C., a cidade de Roma também vai experimentar um período democrático, denominado à época de república, mas com uma “[...] estrutura política tão complexa e idiossincrática” (DAHL, 2004, p. 17) formada por quatro assembleias, o Senado, a Comitia Curiata, a Comitia Centuriata e a Comitia Tributa.

Conquanto os tribunos tivessem até certo ponto uma atividade representativa, a maioria das deliberações políticas, tal como em Atenas, era exercida diretamente pelo povo (CONSTANT, 1985).

Assim, a democracia dos antigos¹ foi marcada pelo exercício do poder político diretamente pelo cidadão, que não delegava a outrem essa atividade primordial na vida pública. Isso decorreu da pequena extensão das cidades-Estados antigas², da homogeneidade do pensamento dos cidadãos e até mesmo da presença de escravos (BOBBIO, 1994).

Em razão da ampliação dos territórios dos Estados, do crescimento da população e da complexidade dos assuntos envolvidos, a democracia direta foi sendo substituída pela democracia indireta ou representativa, na qual o povo escolhe os seus representantes que decidirão as questões políticas da comunidade (HERTEL, 2007).

A democracia representativa, contudo, foi desenvolvida como uma instituição decorrente do governo monárquico e aristocrático no qual se destacou a influência do parlamentarismo inglês, surgido dos conselhos convocados pelo rei para tratar de assuntos do Estado, como impostos e guerras, na qual eram convocados representantes de várias regiões (DAHL, 2012)

Ao longo do tempo, entretanto, foi aumentando suas atribuições na qual se destacavam duas facções políticas que posteriormente converteram-se em partidos, os Whigs e os Tories. No sec. XVIII, a maioria das questões políticas fundamentais já eram da competência do parlamento, como a eleição do primeiro-ministro e de seu gabinete (DAHL, 2004).

De forma semelhante, os revolucionários norte-americanos e franceses também sustentavam, cada um ao seu modo, que a forma de exercício mais apto para a democracia seria o regime representativo. Isso decorreria do fato de que os representantes eleitos buscariam o interesse público, diversamente dos indivíduos que diretamente iriam pretender defender seus interesses particulares e até pela ideia de que os cidadãos estariam ocupados em suas questões particulares e sem tempo para se reunirem como os antigos

O próprio Madison, no Federalista 10, defendia que o governo representativo seria um remédio contra os governos populares que gerariam instabilidade e injustiça, tendo como finalidade “depurar e argumentar o espírito público, fazendo-o passar para um corpo escolhido de cidadãos, cuja prudência saberá distinguir o verdadeiro interesse da sua pátria e que, pelo patriotismo e amor a justiça, estarão mais longe de o sacrificar a considerações

¹ Em célebre discurso proferido no Ateneu Real de Paris em 1818, Benjamin Constant compara a “liberdade dos antigos” com a “liberdade dos modernos” (CONSTANT, 1985), clivagem que serviu de pano de fundo para Norberto Bobbio descrever a “democracia dos antigos” e a “democracia dos modernos” (BOBBIO, 1994).

² Mesmo com a expansão territorial da República Romana, as decisões políticas eram realizadas no foro, inviabilizando a participação de quem não morasse em Roma (BOBBIO, 1994).

momentâneas e parciais” (HAMILTON; JAY; MADISON, 2003, p. 64).

Mas de nenhum modo esses revolucionários pretendiam substituir a soberania popular, tanto que restou consagrado na Constituição da Virgínia de 1776, que “todo o poder repousa no povo e, em consequência, dele deriva” e de maneira similar na Declaração francesa de 1789 que “o princípio de toda soberania reside essencialmente na nação. Nenhum corpo, nenhum indivíduo pode exercer uma autoridade que não emane expressamente da nação”.

Como ressalta Norberto Bobbio (1994, p. 31-32):

[...] o que se considera que foi alterado na passagem da democracia dos antigos à democracia dos modernos [...] não é o titular do poder político, que é sempre o povo, entendido como o conjunto dos cidadãos a que cabe em última instância o direito de tomar as decisões coletivas, mas o modo (mais ou menos amplo) de exercer esse direito.

É importante observar que, conquanto na passagem da democracia dos antigos para a democracia dos modernos desapareça a praça, permanece necessária a visibilidade do poder, agora realizada pela publicidade das sessões do parlamento e pela liberdade de imprensa (AIETA, 2006).

Assim, ao final do séc. XIX, estava consolidada a representação política, principalmente por meio dos partidos, como a forma primordial do exercício da democracia que garantia o direito de voto aos cidadãos para escolha dos seus mandatários políticos.

Outra significativa mudança que ocorreu na passagem dos séculos XIX e XX foi a ampliação do conceito de cidadão, com a universalização do sufrágio, primeiramente derrubando as exigências referentes à propriedade, depois estendendo o direito de voto às mulheres e, em alguns locais finalmente concedendo a participação política aos negros, como nos Estados Unidos apenas em 1964 pelo *Civil Rights Act* (DAHL, 2001).

2.2 Democracia Participativa

Ao longo do séc. XX, em especial após a Segunda Guerra Mundial, começa a surgir a denominada democracia participativa, que não se satisfaz apenas com o exercício de sufrágio e da representação política, mas exige conjuntamente a participação efetiva do cidadão nas decisões políticas fundamentais do Estado (FERRARI, 1997).

Na democracia participativa há evidente aversão à hegemonia do sistema representativo. Aliás, o próprio Rousseau assinalava que “a soberania não pode ser

representada” pois “(n)o instante que um povo consente em ser representado, já não é livre, já não existe”. Adverte que “o povo inglês crê ser livre, mas se equivoca redondamente; só o é durante a eleição dos membros do parlamento; tão logo são esses eleitos, ele volta a ser escravo, não é mais nada” (ROUSSEAU, 2008, p. 33-34).

Há também na democracia participativa uma crítica à legitimidade do parlamento, cada vez mais longe dos anseios da população, portanto, busca-se uma abertura mais ampla das decisões políticas à efetiva participação de todos os cidadãos (BONAVIDES, 2001).

Nesse certo retorno à deliberação direta dos antigos, pretende-se “democratizar a democracia” (SANTOS, 2002), pois a maior participação popular diretamente na discussão das questões públicas conferem um maior grau de legitimidade política com a revitalização do regime democrático.

Boaventura de Sousa Santos (2002) aponta a democracia participativa como solução para atual crise do contrato social em razão da grande fragmentação da sociedade, especialmente em países periféricos, dividida em múltiplos *apartheids*, resultantes de questões econômicas, sociais, políticas e culturais. Desse modo, a presença mais direta e efetiva do cidadão na condução da decisão política pretende reverter a exclusão existente com uma nova inclusão dos cidadãos marginalizados no contrato social (SANTOS, 2002).

Como a participação popular constitui a própria essência da democracia participativa é fundamental a formulação de quem seria esse povo. Não simplesmente a resposta de “o que é o povo”, aquela parcela da população capaz de participar do processo político, mas uma análise mais concreta, imediata e dinâmica, que “nos põe em comunicação com um sujeito ativo, concretamente à vista, observável nas energias de sua vontade e mensurável na presença sensível de seu poder e grandeza” (BONAVIDES, 2001, p. 54).

Friedrich Müller, para responder essa indagação, analisa que por muito tempo os documentos constitucionais faziam alusão ao povo muito mais como símbolo que realidade, uma espécie de “povo icônico”, um “ninguém no âmbito do discurso de legitimação” (MÜLLER, 2003, p. 79), como função legitimadora precária da instituição do poder político e do ordenamento jurídico.

Sustenta Müller que deve ser levado a sério a utilização do termo “povo” nos textos constitucionais, a fim de que deixe de ser apenas uma instância global de atribuição de legitimidade e destinatário de prestações civilizatórias do Estado, para ser um “povo conceito de combate”, povo participante, povo militante, com a finalidade de transformações das exclusões sociais existentes para estabelecer uma democracia legítima onde ele seja efetivamente sujeito do poder político (MÜLLER, 2003).

A democracia participativa, assim, pretende afastar as abstrações teóricas existentes no contrato social para uma nova democracia direta que revitalize esse pacto político em direção a uma soberania verdadeiramente popular (BONAVIDES, 2001).

Inicialmente, todavia, a democracia participativa se incorpora na vida política contemporânea mesclando-se com a democracia representativa, com a aparência de uma forma mista, denominada semidireta (BONAVIDES, 2001).

É o que ocorre, por exemplo, com o plebiscito e o referendo no texto constitucional pátrio, no qual os cidadãos são diretamente consultados, mas a formatação jurídica dessa deliberação é realizada pelos parlamentares.

Segundo Canotilho (1998, p. 278), esse caráter misto é relevante

Em primeiro lugar, o princípio democrático acolhe os mais importantes postulados da teoria democrática representativa – órgãos representativos, eleições periódicas, pluralismo partidário, separação dos poderes. Em segundo lugar, o princípio democrático implica democracia participativa, i. e., a estruturação de processos que ofereçam aos cidadãos efetivas possibilidades de aprender a democracia, participar nos processos de decisão, exercer controle crítico na divergência de opiniões, produzir inputs políticos democráticos.

Ainda que seja uma forma de democracia mista, adverte Bonavides (2001) que o seu centro de gravidade é a vontade popular, sendo a democracia participativa uma espécie de fonte primária e a representativa secundária.

2.3 A democracia representativa e participativa na Constituição Federal de 1988

A democracia é um conceito constitucionalmente adequado, pois o seu específico sentido e suas consequências devem ser extraídos dos contornos concretamente estabelecidos em cada Constituição (CANOTILHO, 1998).

Representando o ponto culminante do processo de redemocratização do país após anos de exceção do governo militar, a Constituição Federal de 1988 proclama na abertura do seu texto o autogoverno do povo. Além do mais, inova ao incorporar no seu estatuto o conceito de Estado Democrático de Direito buscando conciliar a legalidade inerente ao Estado de Direito com legitimidade decorrente da democracia.

Em consonância com as constituições do pós-guerra, a Constituição Federal do Brasil de 1988 disciplina em seu art. 1º, parágrafo único, um sistema de democracia misto, ao determinar que a soberania popular será exercida por meio de representantes eleitos ou

diretamente pelo povo. Portanto, embora adote o regime democrático representativo, não se reduziu a ele, possibilitando também o exercício da democracia participativa e semidireta.

O arcabouço jurídico-democrático brasileiro é preponderantemente representativo, perpassando pelos partidos políticos, ao consagrar o sufrágio universal pelo voto direto (art. 14, *caput*), o mandato temporário dos Chefes do Poder Executivo e dos membros do Poder Legislativo (art. 2º) e ao dispor no rol dos direitos fundamentais acerca dos partidos políticos (art. 17).

Sem embargo, ao longo do texto constitucional são várias as hipóteses consagradoras da democracia participativa como o direito de petição do cidadão aos órgãos públicos (art. 5º, XXXIII), a participação de trabalhadores nos colegiados dos órgãos públicos de interesse profissional ou previdenciário (art.10) e perante os empregadores (art. 11), na gestão democrática do ensino público (art. 206, VI), da saúde (art. 198, III) e da seguridade social (art. 194, parágrafo único, VII), e na possibilidade de propositura da ação popular (art. 5º, LXXII) e da ação civil pública (art. 129, III).

Quanto à democracia semidireta, na qual se combina uma fase anterior ou posterior de democracia participativa com a democracia representativa, em geral para a criação de espécies normativas, a Constituição Federal de 1988 explicita, em seu art. 14, os seguintes meios de realização, a saber: plebiscito, referendo e lei de iniciativa popular.

O plebiscito e o referendo, disciplinados pela Lei nº 9.709/98, são espécies de consulta popular legislativa, convocados pelo Congresso Nacional, sendo aquele prévio, cabendo aos cidadãos aprovar ou rejeitar o que lhe tenha sido submetido, para depois ser realizado o ato legislativo, já no referendo a análise popular é posterior, para ratificação ou não da deliberação legislativa (BRASIL, 1998).

A iniciativa popular, na dicção art. 61, parágrafo 2º, da CF/88, ocorre na apresentação de projeto de lei à Câmara dos Deputados, subscrito por no mínimo de 1% do eleitorado nacional, distribuído por, pelo menos, cinco Estados, com não menos de 0,3% dos eleitores de cada um deles.

No entanto, ainda que o legislador constituinte tenha contemplado a democracia participativa na criação de espécie normativa, foi tímido na sua disciplina, fortemente vinculada ao Congresso Nacional, a quem compete convocar o plebiscito e referendo e, quanto à iniciativa popular, além de exigir elevado percentual de eleitores apenas para apresentar o projeto de lei³, ele pode ser profundamente modificado ou até mesmo rejeitado

³ Com a finalidade de facilitar o projeto de iniciativa popular, tramita há dezesseis anos no Congresso Nacional uma proposta de emenda constitucional (PEC nº 2/99) que visa diminuir o percentual de apresentação para 0,5% do eleitorado nacional.

pelo Parlamento.

A democracia participativa brasileira, em especial na sua possibilidade de alteração normativa, vê-se, desse modo, à mercê dos representantes parlamentares que praticamente bloqueiam e mutilam as conquistas advindas da Constituição de 1988 (BONAVIDES, 2001).

Acrescente-se a isso a incipiente mobilização da sociedade civil brasileira, fruto de anos de dominação e exclusão do cidadão brasileiro da seara de deliberação pública (BURGOS et al., 1999). Como acentua Sérgio Buarque de Holanda (2002, p. 183), “os movimentos aparentemente reformadores, no Brasil, partiram quase sempre de cima para baixo”.

Daí resulta que nos vinte e cinco anos da promulgação da “constituição-cidadã” são praticamente inexpressivas as situações de exercício da democracia semidireta na realidade política brasileira.

Houve apenas um plebiscito nacional exigido pelo próprio texto constitucional (art. 2º, do ADCT), que ocorreu em 1993, para escolha da forma e do sistema de governos, e um único referendo, em 2005, alusivo ao art. 35, da Lei nº 10.826/2003 (Estatuto do Desarmamento), no qual o povo se manifestou sobre a norma aprovada no Congresso Nacional que proibia a comercialização de armas de fogo e munição no território nacional.

Quanto à iniciativa popular, foram apenas dois projetos formalmente apresentadas pelo povo que se converteram em lei, a saber: a Lei nº 11.124/2005 (Fundo Nacional para Moradia Popular) e a LC nº 135/2010 (Lei da Ficha Limpa).

Nada obstante, a democracia semidireta brasileira se mostrou mais exitosa na seara eleitoral por meio de lei de iniciativa popular em duas significativas oportunidades: com a Lei de Combate à Corrupção Eleitoral e a Lei da Ficha Limpa.

A Lei nº 9.840/99, chamada de “Lei de Combate à Corrupção Eleitoral”, que alterou a Lei nº 9.504/97 (Lei das Eleições) e possibilitou a cassação do registro do candidato que praticou a compra de votos. Essa lei originou-se em 1997 de iniciativa popular capitaneada pela Conferência Nacional dos Bispos do Brasil (CNBB) e outras entidades da sociedade civil e foi subscrito por 952.314 cidadãos. Mas como, à época, eram necessárias 1.060.000 assinaturas e se pretendia que a alteração vigorasse ainda nas Eleições de 2000, o projeto de lei não foi apresentado como de iniciativa popular, mas de iniciativa parlamentar (LULA, 2012).

Já a denominada Lei da Ficha Limpa (Lei Complementar nº 135/2010) foi fruto de um projeto de lei de iniciativa popular que contou com a adesão de mais de um milhão e

trezentos mil cidadãos, coordenado pelo Movimento de Combate à Corrupção Eleitoral com o auxílio da sociedade civil organizada e entidades de classe do Poder Judiciário, do Ministério Público e da Advocacia (LULA, 2012).

2.4 O Paradoxo da democracia: Estado de Direito e Democracia

Stephen Holmes utiliza a expressão “paradoxo da democracia” em prestigiado artigo no qual aborda a legitimidade de uma geração que exercendo sua autonomia pública cria uma constituição limitando as futuras gerações (HOLMES, 1999).

A ideia básica do constitucionalismo é converter a vontade do poder político que criou uma constituição em supremacia jurídica, entrincheirando o seu produto, em especial os direitos fundamentais, da discussão e deliberação política ordinária e até mesmo da maioria popular (SARMENTO; SOUZA NETO, 2012).

Os institutos inerentes à Constituição e ao Estado de Direito, como o próprio rol de direitos fundamentais, a necessidade de maioria qualificada para modificar o texto constitucional, a existência de cláusulas pétreas, a tripartição dos poderes e possibilidade de poder judiciário declarar inconstitucional leis votadas pelo parlamento, já é inegavelmente uma forma de limitação da maioria.

A constitucionalização da democracia, ainda que normatize a sua atuação e preserve a sua eficácia, não deixa de “domesticá-la”, de restringir o seu exercício, pois a democracia, concretizada por meio da soberania popular “[...] deve ser entendida como aquela constitucionalmente positivada, daí decorre que o povo não pode tudo, pode apenas aquilo que a Constituição autoriza e, quando o faz, leva em considerações os direitos da minoria” (SILVA, 2012, p. 40).

Contudo, essa pretensão de excluir as normas constitucionais da vida política apresenta questionamentos de legitimidade em restringir a autonomia pública de uma futura geração que sequer participou da deliberação que resultou no texto constitucional. É famosa, a esse respeito, a objeção de Thomas Jefferson de que haveria um “governo dos mortos sobre os vivos” (SARMENTO; SOUZA NETO, 2012).

Essa discussão entre a democracia e o Estado de Direito (constitucionalismo), entre esses “dois corações políticos”, como denomina Canotilho (1998), é nevrálgica na contemporaneidade. O Estado de Direito criado pelo constitucionalismo é uma limitação do poder por meio do direito, contudo, o poder tem que ser e se fazer legítimo através do assentimento de seus cidadãos.

A legitimidade da constituição como norma superior limitadora da futura deliberação política da maioria é justificada atualmente em especial por duas teses, a primeira, a do pré-compromisso, a segunda, a da democracia dualista.

A teoria do pré-compromisso alude a auto-vinculação do povo que ao criar uma constituição protege seu conteúdo ao impor limitações às futuras maiorias ocasionais da tentação de corrompê-la (BARROSO, 2008).

Normalmente se utiliza da metáfora do herói grego Ulisses, da Odisseia de Homero, feita por Jon Elster (1979), que para não naufragar seu navio com o canto da sereia Loreley, ordena aos marinheiros que tapem seus ouvidos com cera e o prendam ao mastro, para que apenas ele ouça mas não possa conduzir a embarcação aos rochedos. Assim, o pré-compromisso de Ulisses é semelhante aquele que o povo impõe a si próprio ao criar uma constituição e evitar que futuramente possa cair na tentação de reformar profundamente seu anterior compromisso (ELSTER, 1979).

Entretanto, como observa Marmor (2005), essa simbologia é enganosa, pois na lenda o próprio Ulisses ordena que ele seja preso ao mastro, no constitucionalismo é como se Ulisses amarasse outros ao mastro com ele.

Além do mais, “o modelo de Ulisses funciona apenas quando o pré-compromisso resguarda contra diversas aberrações, não quando ele resguarda contra mudanças de opinião em relação à discordância genuína quanto ao que deveria ser um resultado razoável” (WALDRON, 2010, p. 143)

Noutro viés, Bruce Ackerman compreende o fenômeno democrático de forma dualista, assim, as decisões políticas seriam de duas espécies, “as decisões constitucionais” e as “outras decisões”. As decisões constitucionais que criam uma constituição ou que a modificam resultam de uma grande mobilização do povo, por isso estariam legitimamente respaldadas e afastadas do jogo político. Por sua vez, as “outras decisões” seriam fruto do parlamento, produzidas cotidianamente pelos representantes do povo e estariam na arena pública das futuras gerações (ACKERMAN, 2006).

Com respaldo na experiência política norte-americana, Ackerman observa três períodos de imensa mobilização dos cidadãos que promoveram a legítima criação ou alteração da Constituição dos Estados Unidos, ainda que em alguns deles não houvesse formalmente uma emenda constitucional. Inicialmente a Guerra de Independência dos Estados Unidos contra a Inglaterra que redundou na criação dos Estados Unidos e no surgimento da Constituição Federal em 1791. Um segundo momento ocorreria posteriormente à Guerra de Secessão, com o fim da escravidão e a aprovação da Décima Terceira, Décima Quarta e

Décima Quinta Emendas. Por fim, o período durante a Grande Depressão, na década de 1930, e a edição do Plano *New Deal* (ACKERMAN, 2006).

Nos momentos de decisões constitucionais a mobilização cívica que resulta na criação da constituição é extraordinária, atípica, reveladora de uma mudança de paradigma. Assim, as decisões políticas realizadas nesse período advêm explicitamente do povo que de maneira legítima poderia limitar as futuras decisões políticas cotidianas realizadas pelo parlamento (ACKERMAN, 2006).

A teoria dualista de Ackerman (2006) é a que melhor explicaria o fenômeno da legitimidade do constitucionalismo frente a democracia, inclusive porque não olha a constituição como uma camisa de força da autonomia pública, porque ela “[...] não pode significar o aprisionamento, o congelamento, de uma vez por todas, de seu conteúdo. Não pode significar o fim da democracia” (DE MORAES; STRECK, 2004, p. 120).

A própria ideia de Estado Democrático de Direito é a tentativa de ser uma síntese entre a necessidade do Estado de Direito para estabilizar as relações políticas e sociais e a democracia como algo em constante transformação referente à liberdade dos cidadãos de participar da vida política da comunidade.

É necessário, portanto, que a constituição seja readaptada constantemente às novas realidades e aos novos desafios políticos que serão enfrentados pela comunidade. A esse respeito, leciona Barroso (2009, p. 121):

A adaptação da Constituição às demandas dos novos tempos e das novas gerações dar-se-á por via da interpretação, da mutação e da reforma constitucional. Esse esforço de atualização tende a funcionar como uma renovação permanente do pré-compromisso original, uma manifestação de reiterada aceitação da ordem constitucional e dos limites por ela impostos.

Além do procedimento formal de alteração constitucional, como as emendas à constituição e a revisão constitucional, existem os procedimentos informais da interpretação e da mutação constitucional, que decorrem mútua relação entre o texto normativo e a realidade social (SARMENTO; SOUZA NETO, 2012).

A interpretação constitucional, pela qual se especifica o alcance de determinado preceito numa situação concreta é a forma mais comum de mutação constitucional. As mudanças fáticas e dos valores pelo quais passa a sociedade influenciam na interpretação das normas constitucionais, em especial aquela realizada pelas Cortes Constitucionais, fazendo com que determinada interpretação seja profundamente modificada sem que haja qualquer alteração no texto.

A mutação constitucional pode ocorrer ainda pela via legislativa. O Poder Legislativo também interpreta a constituição, mas o faz de maneira bastante diversa do Poder Judiciário, com a edição de leis. Em razão da sua raiz diretamente democrática, é bastante importante a mutação constitucional levada a cabo pelo Poder Legislativo, porque “atribui ao povo a possibilidade de influir politicamente na definição de sentido da sua Constituição e de participar do equacionamento dos temas controvertidos sobre os quais se debruça a hermenêutica constitucional” (SARMENTO; SOUZA NETO, 2012, p. 347).

O próprio Bruce Ackerman (2006) exemplifica a transformação ocorrida pelos direitos civis dos negros norte-americanos na década de 1960, que decorreu principalmente das mudanças advindas da legislação infraconstitucional.

Portanto, ainda que o Estado de Direito seja uma limitação à democracia, ela não pode ser analisada como modelo fechado e acabado, mas transformado em Estado Democrático de Direito, sujeito à constantes modificações e reinvenções, permitindo que o texto constitucional, inclusive os direitos fundamentais, sejam analisados e readaptados em face de alterações valorativas de determinada sociedade (AIETA, 2006).

3 DEMOCRACIA DELIBERATIVA

“Nada é tão insensato como a divinização do povo que se expressa pela máxima *vox populi vox dei*, autêntica forma de idolatria política” (Gustavo Zagrebelsky)

3.1 O governo antidemocrático dos guardiães

As formas de constituição da sociedade (*politeia*), segundo Aristóteles, classificam-se conforme o fim pretendido e o número de pessoas que governassem. As constituições ideais ou puras seriam aquelas em que os governantes buscam o bem comum, e dessas, se o governo fosse “de um” seria uma monarquia, “de poucos” uma aristocracia, “de muitos” uma organização política. As formas imperfeitas ou impuras de constituição decorreriam de governantes que não perseguissem o bem coletivo, mas fins egoístas e, em contraponto ao modelo ideal, ocorreria uma tirania no “governo de um”, uma oligarquia no “governo de poucos” e uma democracia no “governo de muitos” (ARISTÓTELES, 2004).

Roberth Dahl (2004, p. 35) esclarece que embora a classificação de Aristóteles tenha prevalecido por muito tempo, “[...] seu conceito desconcertante de democracia”, que certamente não espelhava o pensamento dos seus contemporâneos gregos, não teve a mesma sorte. A democracia, assim, passou para a história política como governo político do povo.

Ainda que atualmente exista uma grande disseminação do regime democrático, inclusive com a necessidade de muitos governos autoritários utilizarem o slogan de “governo do povo” e ao menos tentar se justificar por meio de algum elemento da democracia, subsiste determinado pensamento político que advoga a incapacidade do povo de se autogovernar, tarefa a ser destinada a poucos guardiães que seriam qualificados em descobrir o que é melhor para comunidade (DAHL, 2004).

Esse específico pensamento é devedor da filosofia política de Platão, que tendo vivido a derrocada do regime democrático em Atenas, que denominou de “teatrocracia”, desenvolveu entendimento antidemocrático com espírito elitista, no qual poucos seriam aquelas pessoas qualificadas e capazes de resguardar politicamente a comunidade (BOBBIO; MATTEUCCI; PASQUINO, 1998).

A partir das lições de Sócrates, Platão anota na “fábula da caverna” que condenadas a viver da projeção de suas sombras, apenas os filósofos seriam capazes de conduzir o governo de uma cidade para as luzes (PLATÃO, 2007).

Nessa ótica, as pessoas comuns são desqualificadas para governar, devendo o governo ser confiado a uma minoria especialmente preparada em razão de suas virtudes e conhecimento. Os guardiães são indivíduos claramente empenhados em descobrir a verdade, como verdadeiros filósofos, como especial capacidade, tanto física como intelectual, de discernir o que é melhor para comunidade (PLATÃO, 2007).

Como sustenta Conceição (2010, p. 17): “não há em Platão, o desenvolvimento de noções de democracia, de cidadania e de direitos de participação política”.

O pensamento político antidemocrático de Platão, contudo, não prevaleceu ao longo da história, ainda que aqui e acolá, em especial em países periféricos, subsista variações desse entendimento elitista.

3.2 Teorias Normativas Democráticas Clássicas

A explicação teórica da democracia como autogoverno do povo é objeto de diversas discussões e divergências. Duas perspectivas distintas se apresentam para a análise da democracia: a normativa e a realista.

Sob o viés normativo se busca um arcabouço teórico ideal para o modelo democrático, como ele deveria ser para atender às premissas de um poder verdadeiramente advindo do povo. Na ótica realista se vislumbra a democracia empiricamente praticada nos governos existentes, analisando a realidade democrática concreta de diversos regimes políticos (MELO, 2012).

Sem embargo, ainda que tenham perspectivas distintas, as teorias democráticas normativas e realistas se dialogam, pois enquanto as teorias normativas de alguma forma fazem um debate crítico dos regimes políticos existentes, as teorias realistas também não abandonam uma reflexão democrática das instituições, inclusive porque necessitam de parâmetros ideais para analisarem suas observações empíricas (MELO, 2012).

As teorias normativas clássicas de fundamental importância ainda hoje para o debate democrático são a teoria liberal capitaneada por John Locke e a teoria republicana de raiz em Jacques Rousseau.

Divergindo do entendimento aristotélico, John Locke (1994) defende que o indivíduo não é naturalmente um ser social que se realiza por meio do grupo social, mas um sujeito cuja existência precede a própria sociedade e a criação do Estado.

No contratualismo de Hobbes, o estado de natureza pré-contratual é caracterizado pela “guerra do homem contra o homem”, no qual cada indivíduo tem o poder de usar a força

e todos os meios existentes para preservar sua vida e sua propriedade. Assim, o Estado surgiria com a finalidade de garantir a vida e a segurança dos indivíduos, com a concessão de poderes ilimitados nas mãos do governante (HOBBS, 2004).

No entanto, na concepção contratualista de Locke, os homens já viviam livre e em condições iguais entre si no próprio estado de natureza. Daí surge a seguinte indagação: Porque sendo livres no estado de natureza os homens criariam o contrato social? É o próprio Locke (1994, p. 263-264) que responde nos seguintes termos:

[...] embora no estado de natureza tenha tal direito, a fruição do mesmo é muito incerta e está constantemente exposta à invasão de terceiros [...] O motivo que leva os homens a entrarem em sociedade é a preservação da propriedade⁴; e o objetivo para o escolhem e autorizam um poder legislativo é tornar possível a existência de leis e regras estabelecidas como guarda e proteção às propriedades de todos os membros da sociedade, a fim de limitar o poder e moderar o domínio de cada parte e cada membro da comunidade.

Desse modo, enquanto para Hobbes os homens firmam um pacto pelo qual transferem a um terceiro a preservação de suas vidas, trocando sua liberdade pela segurança do Estado, no contrato social de Locke os indivíduos concordam voluntariamente em criar uma sociedade civil para garantir os direitos que já possuíam no estado de natureza (MELO, 2012).

Como ressalta Canotilho (1998, p. 93), na concepção liberal lockeana, “[...] o homem civil precederia o homem político”.

A teoria democrática liberal, portanto, fundamenta a existência do Estado na proteção dos direitos naturais do indivíduo, como expressão da autonomia privada do cidadão limitadora do poder estatal.

Alexis de Tocqueville (2001), ao analisar o regime democrático da então nova nação norte-americana, sustenta que o fundamento do seu poder político não estaria tanto no autogoverno do povo, mas na liberdade do indivíduo, principalmente moral e religiosa, que conduz a uma igualdade entre todos.

O modelo democrático liberal encampa a liberdade dos modernos, na consagrada nomenclatura de Benjamin Constant (1985), que nasce no constitucionalismo e na criação do Estado de Direito, e celebra a autonomia privada na proteção aos direitos individuais, de nítido *status* negativo, frente ao Estado onipotente.

A perspectiva liberal tem evidente desconfiança com a vontade da maioria. Como assinala Tocqueville (2001, p. 299): “Quando vejo concedidos o direito e a faculdade de tudo

⁴ Locke utiliza propriedade como um direito subjetivo amplo que englobaria a liberdade (MORO, 2004).

fazer a uma potência qualquer, seja ela povo ou rei, democracia ou aristocracia, exercida numa monarquia ou numa república, afirmo: está ali o germe da tirania”.

A autonomia privada do cidadão prevaleceria se em confronto com a autonomia pública. “Se alguém for forçado a escolher entre as liberdades políticas e as restantes liberdades, o governo do bom soberano que reconhecesse estas últimas e que garantisse o domínio da lei seria preferível” (RAWLS, 1997, p. 187).

Na teoria democrática liberal existe uma dicotomia entre o Estado e sociedade civil, sendo o Estado o aparato burocrático da administração pública e a sociedade civil o *locus* onde se realizam as relações individuais e comerciais estabelecidas pelos cidadãos na esfera privada. A política visa congregar interesses privados que por meio das eleições, em concorrência com outros interesses privados, buscam influenciar o Estado (HABERMAS, 1993).

Assim, a concepção liberal não se fundamenta na autonomia pública dos cidadãos, mas na normatização de uma sociedade (na lógica do Estado de Direito) voltada para a satisfação dos interesses privados naturais em prol do bem comum (HABERMAS, 1993).

A perspectiva democrática republicana tem sua raiz teórica em Jacques Rousseau, cujo estado de natureza, tal qual Locke, também é de ampla liberdade dos indivíduos. Contudo, para Rousseau, os direitos apenas são instituídos com o surgimento do corpo político pelo contrato social (ROUSSEAU, 2008).

A questão fundamental a qual se debruça Rousseau (2008) no contrato social é a instituição de uma sociedade política sem dominação.

Encontrar uma forma de associação que defenda e proteja com toda a força comum a pessoa e os bens de cada associado, e pela qual cada um se uniria a todos, obedecendo, entretanto, só a si mesmo e permaneça tão livre quanto antes. Tal é o problema fundamental ao qual o contrato social fornece solução. (ROUSSEAU, 2008, p. 29)

A resposta apresentada por Rousseau é conferir à vontade geral dos indivíduos que celebram o contrato social a soberania de estabelecer os seus termos que serão seguidos por todos. Assim, quando o cidadão obedece às normas da sociedade política está, na verdade, atendendo à vontade geral da comunidade da qual pertence, ao fim, obedecendo a si próprio. (ROUSSEAU, 2008).

O modelo democrático republicano celebra a autonomia pública, de participação política efetiva do cidadão na discussão dos destinos da comunidade. Assenta-se, portanto, na denominada “liberdade dos antigos” de Benjamin Constant, na qual a ideia do indivíduo é

diluída na autoridade do corpo social, sendo que a autonomia privada cede quando em confronto com a autonomia pública (CONSTANT, 1985).

Atualmente, a teoria republicana tem sido reformulada como uma “teoria comunitarista”⁵, na qual, diversamente da concepção liberal de competição e hierarquia na regulação entre o Estado e a sociedade civil, ocorre uma formação horizontal solidária entre os cidadãos, baseada na racionalidade e na tradição dos valores compartilhados na sociedade (HABERMAS, 1993).

A política, no viés liberal, é um meio para se conquistar o aparato estatal, na vertente republicana é uma dimensão constitutiva da vontade democrática na busca do “bem comum” de uma determinada comunidade (MONTEIRO, 2006).

Nesse contexto, a legitimação do Estado para teoria republicana não reside no reconhecimento de direitos subjetivos dos cidadãos que não devem sofrer invasão, mas como ente garantidor de um processo que permite aos cidadãos se manifestarem e buscarem o interesse público (HABERMAS, 1993).

Em resumo, a democracia de viés republicano sustenta a soberania do poder do povo, enquanto a democracia liberal preconiza a limitação do poder em favor da liberdade dos cidadãos. “O primeiro aposta resolutamente na vontade das majorias e o segundo desconfia dela, temendo o despotismo das multidões” (BOBBIO; MATTEUCCI; PASQUINO, 1998, p. 192).

3.3 As Teorias Democráticas Realistas

As teorias democráticas realistas surgem da perplexidade de uma dupla insatisfação aparentemente paradoxal com o regime democrático ao longo do século XX. Inicialmente com a manipulação da vontade do povo na ascensão dos regimes totalitários ao poder na Europa pelos meios formais representativos, posteriormente com a própria perda de centro do poder pelo parlamento e pela atuação dos representantes políticos em busca de interesses diversos da vontade do povo (MONTEIRO, 2006).

⁵ Para alguns, como Sarmiento e Souza Neto (2012) e Mouffe (1996), embora houvesse um ponto em comum entre a teoria republicana e a comunitarista, pois ambas discordam da visão individualizada da teoria liberal, elas diferem no objetivo do republicanismo de efetiva autonomia pública do cidadão com a contribuição do pluralismo e do comunitarismo de consideração às tradições e valores compartilhados em determinada comunidade com feição aristotélica avessa ao pluralismo em nome do bem comum. Sem embargo, a presente dissertação utiliza a abordagem de Jürgen Habermas (1993) que, ao menos na análise teórico normativa democrática, utiliza o comunitarismo como sinônimo e evolução do republicanismo.

Assim, as concepções realistas formulam críticas aos pressupostos das teorias normativas democráticas da modernidade e dos próprios regimes políticos efetivamente praticada nos diversos Estados, ainda que não pretendam apresentar um outro regime político (MONTEIRO, 2006).

Joseph Schumpeter sustenta que o conceito clássico de democracia como uma efetiva participação do cidadão na busca pelo bem comum não apenas é idealizada, como é até indesejável. É idealizada porque não é possível se chegar com um argumento racional ao bem comum, ao consenso, na pluralidade da sociedade contemporânea (SCHUMPETER, 1961).

Indesejável pois o elitismo democrático de Joseph Schumpeter desconfia da capacidade dos cidadãos de conduzir racionalmente os destinos de um Estado, sendo que as escolhas por ele feitas são aleatórias e fruto de manipulação da propaganda, como no caso da ascensão do Partido Nazista na Alemanha, portanto, o povo muitas vezes serve de uma perigosa massa de manobra irracional (SCHUMPETER, 1961).

Schumpeter desenvolve um conceito restritivo e cético da democracia, pois substitui o “governo do povo” pelo “governo dos políticos” (tecnocracia) e fundamenta o regime democrático no simples modelo de escolha dos seus representantes pelo povo que se esgota nas eleições (MELO, 2012).

Utilizando a lógica do produtor-consumidor no processo político, Anthony Downs consagra a teoria econômica da democracia e discorda que os cidadãos façam escolhas aleatórias nas eleições, pois acredita que eles agem calçados numa racionalidade com a finalidade de maximizar sua utilidade. Vale dizer, os eleitores votam naqueles candidatos e partidos que lhes ofereçam melhores benefícios (MELO, 2012).

A legitimidade desse modelo, e inclusive seu ganho em relação ao elitismo democrático, decorreria de que nesse a decisão seria da elite política, enquanto na teoria econômica prevaleceria a vontade dos eleitores, pois os candidatos apresentariam propostas e plataformas políticas em consonância com a vontade do povo (MELO, 2012).

No entanto, para Robert Dahl (2001)⁶, os modelos elitista e econômico são incompletos, pois desconhecem a participação política de outros atores além do binômio eleitor-eleito, que surgem da sociedade civil como grupos intermediários e agem dentro do sistema político sem se confundir com o próprio aparato do Estado ou dos partidos.

⁶ A concepção democrática de Robert Dahl, embora seja realista, tem vários contornos normativos, pois sustenta que ainda que não exista um sistema político perfeito, a realização de determinadas práticas conduziria mais perto do ideal democrático (MELO, 2012).

Desse modo, o conceito de participantes do processo político é mais plural e capilarizado, contemplando inclusive grupos minoritários cujo concreto impacto na concepção tradicional é insignificante, mas na teoria de Dahl passa a fazer parte legítima e com real possibilidade de influência no jogo político (DAHL, 2001).

Embora concorde que a política se configure numa competição de interesses representados por facções para alcançar o poder, e não a busca pelo bem comum ou vontade geral, tal qual a teoria normativa liberal, Dahl considera esse fato positivo, que deve inclusive ser estimulado como uma busca de certo equilíbrio que evitaria a supressão de uma facção pela outra e impediria a tirania da maioria (VIEIRA, 2006).

Dahl chega a criar uma nomenclatura para o modelo democrático que apregoa denominada de “poliarquia”, como a “[...] situação aberta de concorrência entre partidos, grupos e indivíduos que enriquece a variedade de minorias existentes e cujas preferências precisam ser levadas em consideração pelos líderes na formulação de suas políticas” (DAHL, 2001, p. 163).

As instituições, práticas e direitos prescritos por Dahl (2001) em seu desenho de pluralismo democrático seriam: a) inclusão de todas as pessoas e grupos envolvidos; b) chances reais de participação no processo político como os direitos civis, liberdade de associação, liberdade de expressão, liberdade de imprensa com fontes alternativas de informação; c) eleições livres e periódicas; d) controle sobre as decisões governamentais tomadas pelos seus representantes.

3.4 A Democracia deliberativa

A democracia deliberativa surge como uma crítica às teorias elitista e economicistas, que vislumbram a impossibilidade de se alcançar um bem comum, além de discordar também da poliarquia de DAHL, que ratifica o entendimento de Madison da competição como fundamental à democracia (MONTEIRO, 2006).

Compreende que é insuficiente para o ideal democrático a mera decisão proveniente da formação da vontade dos representantes políticos ou mesmo diretamente da sociedade, pois o fundamental é que a deliberação política advenha de uma discussão pública, de uma formação de opinião de caráter comunicativo-inclusivo (TAVARES, 2010).

Não se satisfaz, portanto, com o governo da maioria obtido do conjunto de adesão de interesses individuais, pois para ser legítima a decisão deve ser fruto das discussões racionais travadas no espaço público e nos ambientes oficiais de decisão (SARMENTO,

2006).

Nesse aspecto, é importante observar que a democracia deliberativa não se confunde com a democracia participativa, como assenta SOUZA NETO (2006, p. 88):

A democracia deliberativa dá suporte a mecanismos de incremento da deliberação, não a mecanismos de participação direta na tomada de decisões. Todavia, a democracia deliberativa não é antagônica à democracia direta. Existem, inclusive, algumas propostas que investem na convergência entre participação e deliberação, como alternativa ao amesquinamento elitista que atinge a democracia representativa.

A democracia deliberativa busca articular os valores liberais (liberdade individual) com os republicanos (vontade geral) pregando a possibilidade de se alcançar o bem comum para resolver um litígio numa sociedade plural por meio do que Kant denominou “uso público da razão”, no qual os cidadãos no debate público não se orientem por razões egoístas mas buscam um bem comum (MONTEIRO, 2006).

O processo político requer muito mais do que uma competição entre interesses privados, que, no fundo, como adverte Habermas (1993), seria compreendido como “apolítico”, pois olvida das discussões e deliberações públicas dos cidadãos.

Assim, exige que eles tomem uma decisão legítima, convergindo a um ponto em comum por meio de um debate público (MONTEIRO, 2006).

No entanto, existe uma discussão doutrinária acerca desse ponto comum de conversão, redundando em dois modelos de democracia deliberativa, a saber: o modelo procedimentalista e o modelo substancialista. Essas perspectivas configuram umas das principais clivagens na filosofia política, ao analisar o adequado papel da democracia numa sociedade plural, em especial quanto aos direitos estabelecidos no texto constitucional, com desdobramentos inclusive para a legitimidade democrática da atuação da jurisdição constitucional (SARMENTO; SOUZA NETO, 2012).

O modelo procedimentalista abdica de qualquer fundamento universal e defende que o consenso apenas ocorrerá em relação ao próprio processo de deliberação (HABERMAS, 1993). Sustenta que a Constituição deve apenas estabelecer as regras básicas do jogo político, a fim de que cada geração decida essas questões polêmicas (SARMENTO; SOUZA NETO, 2012)

Por outro lado, o modelo substancialista propõe uma justificação valorativa a partir do próprio debate público no qual os cidadãos, por meio de suas doutrinas morais abrangentes, abdicam das verdades totais e chegam a um consenso sobreposto (RAWLS,

2011). Defendem que os direitos fundamentais determinados constitucionalmente devem resolver questões morais e econômicas divergentes (SARMENTO; SOUZA NETO, 2012).

3.4.1 O modelo procedimentalista

Habermas (2003) acredita que a tensão entre a perspectiva democrática normativa (validade) e a empírica (facticidade) não foi resolvida, já que até mesmo as abordagens realistas não abdicam de uma razão teórica para a democracia, vale dizer, o conteúdo normativo também estaria presente nos processos políticos observáveis.

Assim, como não é possível estabelecer as justificativas pelas quais os cidadãos mantêm as regras do jogo democrático exclusivamente pelo parâmetro empírico, Habermas fundamenta sua teoria de legitimidade democrática num retorno às teorias normativas da democracia (MONTEIRO, 2006).

Discorda de qualquer concepção material referente a um acordo moral entre os cidadãos e assim adota uma matriz democrática deliberativa de viés procedimentalista, pois “[...] o único objetivo possível numa sociedade plural é o consenso que se dá em tornos dos procedimentos democráticos” (HABERMAS, 1993, p. 198).

Conquanto procedimentalista como Dahl, Habermas acredita que a simples existência de práticas e institutos é insuficiente para considerá-lo como fonte de legitimidade democrática. Assim, o procedimento deve também assegurar condições necessárias de igualdade pública, como liberdade de associação e liberdade de expressão, em especial política, perpassando pelas condições sociais e econômicas mínimas e pelo pluralismo cultural (MELO, 2012).

Habermas busca conciliar a teoria normativa republicana de Rousseau assentada na autonomia pública e soberania popular com a teoria normativa liberal de Locke fundada na autonomia privada e na defesa das liberdades individuais. Desse modo, concebe uma conjunção entre a política discursiva republicana e a política instrumental liberal a partir de pressupostos de comunicação devidamente institucionalizados (HABERMAS, 1993).

As deliberações políticas se encontram atreladas ao “princípio do discurso” habermesiano e sua legitimidade advém da necessidade de que os destinatários das normas jurídicas sejam também seus coautores, coparticipantes de um discurso racional (HABERMAS, 1993).

Concorda, portanto, com a perspectiva republicana ao conduzir o processo político a uma autonomia pública dos cidadãos por meio de discussão voltada ao interesse

público e não exclusivamente como no viés liberal competitivo e egoísta de interesses pessoais. Contudo, não considera que a cidadania seja um todo, um corpo, um poder, mas um meio para um processo plural de opiniões na busca de um consenso (MELO, 2012).

Além do mais, o modelo republicano (comunitarista) seria demasiadamente idealista ao depender da virtude dos cidadãos de buscarem o “bem comum”. Para Habermas (1993), a política deliberativa prescinde de uma cidadania ativa, pois depende da existência de procedimentos e pressupostos que garantem a deliberação pública racional.

Tal qual a teoria liberal, ocorre para Habermas (1993) uma delimitação entre o Estado e a sociedade, todavia, a sociedade civil na ótica do discurso tem como base os espaços públicos autônomos, diversamente da perspectiva econômica de defesa dos interesses privados. “As associações voluntárias, livres e autônomas, que interagem em redes não-orgânicas, contribuem para a edificação de uma esfera pública não-institucional, não controlada, em que se discutem questões relevantes para a sociedade” (HABERMAS, 1993, p. 100).

O poder legítimo comunicativamente estabelecido só existe quando a esfera política oficial não é capaz de controlar o próprio processo de produção das razões públicas, que é permeável pelas discussões, ideias e valores dessa esfera pública autônoma não-institucional (MONTEIRO, 2006).

A soberania popular, portanto, não reside nem diretamente no conjunto de cidadãos, nem nos representantes do povo, mas em formas sem sujeito de comunicação específico, que circulam nos mais diversos fóruns governamentais e não governamentais. Promove “a combinação universal e a mediação recíproca entre a soberania do povo institucionalizada juridicamente e a não-institucionalizada” (HABERMAS, 1993, p. 113).

A dimensão instrumental da democracia liberal, segundo a qual o processo político é um jogo voltado à vitória dos interesses privados, não é de todo afastada pela teoria de Habermas de contraposição entre o ideal e o real. No entanto, a ação comunicativa voltada para o entendimento tem primazia sobre ação estratégica voltada para o êxito (conquista da burocracia estatal), pois normativamente derivada daquela (MELO, 2012).

Por outro lado, a autonomia pública não afasta a necessidade da normatização do Estado de Direito na concepção liberal. A implementação da democracia exige a consagração dos direitos fundamentais (HABERMAS, 1993).

Habermas entende os direitos fundamentais não como limites, mas como pressupostos necessários para a deliberação pública no processo político democrático. É necessário, portanto, ao Estado garantir os direitos fundamentais de liberdade e igualdade para

que a deliberação pública seja efetiva e legítima. Atendidos esses pressupostos, o resultado da deliberação popular encontra-se amplamente aberto (SARMENTO, 2006).

As condições estabelecidas por Habermas (1993, p. 120-121) configurariam cinco espécies de direitos fundamentais necessários para a deliberação livre e igual entre os cidadãos de determinada comunidade, a saber:

- 1) direitos fundamentais que resultem da configuração politicamente autônoma do direito à maior medida possível de iguais liberdades subjetivas de ação;
- 2) direitos fundamentais que resultam da configuração politicamente autônoma do status de membro numa associação voluntária de parceiros de direito;
- 3) direitos fundamentais que resultam da possibilidade de postulação judicial de direitos e da configuração autônoma de proteção jurídica individual;
- 4) direitos fundamentais à participação, em igualdade de chances, em processo de formação da opinião e da vontade, nos quais os civis exercitam sua autonomia política e através dos quais eles criam direito legítimo;
- 5) direitos fundamentais a condições de vida garantidas social, técnica e ecologicamente, na medida em que isso for necessário para um aproveitamento, em igualdade de chances, dos direitos elencados de 1 a 4.

Em Habermas, por conseguinte, os direitos fundamentais e a democracia são cooriginais e se autocondicionam. Como um processo circular, no qual esse sistema de direitos fundamentais é necessário para uma legítima deliberação pública e, por sua vez, a sua gênese lógica advém da democracia deliberativa (HABERMAS, 1993).

3.4.2 O modelo substancialista

O modelo substancialista, com esteio na filosofia política de John Rawls, se caracteriza em fundamentar a deliberação pública em um processo de aplicação de princípios de justiça previamente justificados (SOUZA NETO, 2009).

Com fundamento nas teorias contratualistas clássicas, Rawls (1997) formula sua teoria da justiça com equidade, mas com características próprias, pois naquelas o contrato social foi real e visa conferir legitimidade ao poder do Estado, já para Rawls ele é hipotético, como fundamento que reflete nosso status moral igualitário, como parâmetro de como deveria ordenar-se uma sociedade justa.

Rawls elege a justiça como o critério a partir do qual se pode chegar a uma sociedade considerada boa para se viver, pois “a justiça é a primeira virtude das instituições sociais” (RAWLS, 1997, p. 3).

O “uso público da razão” tem a função de justificar perante todos os cidadãos os princípios que serão corretamente aplicados (RAWLS, 1997).

Numa posição original de igualdade na qual todos estivessem encobertos sob o “véu da ignorância”, ou seja, sem saber a sua posição e seus valores na sociedade, as pessoas, seres livres e iguais, baseados na racionalidade, não escolheriam o critério da utilidade, mas o da justiça. Assevera Rawls (1997, p.16):

Na ausência de impulsos benevolentes fortes e duráveis, um homem racional não aceitaria uma estrutura básica simplesmente porque ela maximizaria a soma algébrica de vantagens, independentemente dos efeitos permanentes que pudesse ter sobre seus interesses e direitos básicos.

Rawls, desse modo, defende uma concepção deontológica, “segundo a qual a correção moral de um ato depende das qualidades intrínsecas dessa ação – e não como ocorre com as posturas 'teleológicas', de suas consequências, de sua capacidade de produzir certo estado de coisas previamente avaliado” (GARGARELLA, 2008, p. 4).

Os dois princípios de justiça que Rawls entende que racionalmente numa posição original haveria consenso seriam os seguintes:

Primeiro: cada pessoa deve ter um direito igual ao mais abrangente sistema de liberdades básicas iguais que seja compatível com um sistema semelhante de liberdades para as outras.

Segundo: as desigualdades sociais e econômicas devem ser ordenadas de tal modo que sejam ao mesmo tempo (a) consideradas vantajosas para todos dentro dos limites do razoável (b) vinculadas a posições e cargos acessíveis a todos. (RAWLS, 1997, p. 64, grifo nosso)

Além do mais, os dois princípios estariam para Rawls (1997) numa ordem de “prioridade lexicográfica”, porque o primeiro princípio teria precedência em relação ao segundo, vale dizer, não se justificariam violações às liberdades básicas iguais estabelecidas no primeiro princípio com a finalidade de se conferir maiores vantagens econômicas e sociais (RAWLS, 1997).

Posteriormente, em sua obra *Liberalismo Político*, Rawls reformula sua teoria da justiça, que diminui sua pretensão universalista e sua característica metafísica para se transformar numa doutrina política. Uma teoria de justificação das sociedades liberais

constitucionais sobre as quais se edifica a democracia deliberativa (RAWLS, 2011).

Rawls (2011) observa que a pluralidade das sociedades atuais, na qual não existe uma única doutrina religiosa, filosófica ou moral será um traço permanente na nossa história. Mas ainda que esse pluralismo resulte em doutrinas incompatíveis elas podem ser razoáveis. “As pessoas muitas vezes divergimos de modo radical em relação a nossas convicções mais básicas, mas fazemos isso, no entanto, a partir de nossa adesão a concepções 'razoáveis'” (GARGARELLA, 2008, p. 228).

Um acordo entre doutrinas abrangentes razoáveis que afastassem suas verdades totais para compartilharem questões concordada por todos formaria um “consenso sobreposto” que serviria de fundamento de uma concepção pública de justiça (RAWLS, 2011).

A concepção de justiça adotada por uma sociedade democrática deve ser restringida ao que Rawls (2011) nomeia de “o domínio do político”, no qual as concepções de bem de cada doutrina não podem ser utilizadas como argumentos na arena política.

Ronald Dworkin, por sua vez, também defende uma concepção democrática substancialista, ao firmar compromisso com o resultado da deliberação política e entendê-lo indissociável do próprio princípio da igualdade (DWORKIN, 2014).

“A democracia é um conceito interpretativo e muito controverso”, adverte Dworkin (2014, p. 580), que precisa ser resgatada de “slogans” insuficientes como “governo do povo”. Para isso, é necessário se centrar na análise do conjunto de valores que são prestigiados na diversidade de arranjos constitucionais reconhecidos como democráticos (DWORKIN, 2014).

Argumenta Dworkin (2014) que a concepção tradicional da democracia, que denomina de majoritarista, sustenta que o governo é democrático quando o poder político se encontra nas mãos do maior número de pessoas, uma ação coletiva “estatística” de simplesmente “contar cabeças” (DWORKIN, 2014).

Assim, os arranjos legais e institucionais buscam viabilizar esse objetivo, como, por exemplo, a realização de eleições frequentes a fim que os representantes políticos sejam levados a atender a vontade da maioria (DWORKIN, 2014).

O principal fundamento da concepção majoritarista seria o princípio da igualdade, ao tratar todos os cidadãos do mesmo modo e com idêntico peso. Representa, pois, uma equidade procedimental neutra quanto aos possíveis resultados (DWORKIN, 2014).

Nessa perspectiva, exemplifica Dworkin que seria democrática a perseguição imposta aos judeus pela Alemanha nazista, pois eles próprios participaram das eleições que

levaram Hitler ao poder (DWORKIN, 1996).

No entanto, Dworkin critica a forma igualitária da distribuição do poder político na concepção majoritarista baseada na idêntica influência dos cidadãos nas decisões, ou seja, um critério matemático concretizado quando se atribui um voto a cada cidadão (DWORKIN, 2014).

Contudo, questiona Dworkin: o que seria igual poder político? Uma das formas seria medida pelo “impacto”, o poder do cidadão individualmente fazer valer seu posicionamento. Da perspectiva individual ele não se sustenta porque o impacto do indivíduo singularmente considerado é insignificante e, por outro lado, o sistema representativo demonstra que o impacto de um parlamentar seria muito maior que dos representados. (DWORKIN, 2014).

Outra possibilidade seria considerar a “influência”, que seria a capacidade de induzir terceiros a votar ou escolher conforme sua pretensão. Ela também não poderia ser levada em consideração, porque o poder de influência de cada cidadão, que é legítimo numa democracia, nunca seria idêntico, pois depende de aspectos econômicos ou até mesmo do carisma de cada pessoa (DWORKIN, 2014).

Conclui Dworkin, portanto, que “a igualdade aritmética da concepção majoritarista não tem valor nenhum em si mesma. O domínio da maioria não é um procedimento decisório intrinsecamente justo” (DWORKIN, 2014, p. 599).

Desse modo, propõe uma concepção democrática que denomina de coparticipativa, pois não representa o governo da maioria, mas uma parceira de todos os cidadãos na condução da ação política. Essa coparticipação dos cidadãos não quer dizer uma igualdade de impacto ou influência política e nem similitude de entendimento comunitário, mas que se deve agir com igual respeito e consideração com todos (DWORKIN, 2014).

Nessa perspectiva, o exemplo da perseguição aos judeus na Alemanha nazista não seria democrático, pois ainda que os judeus tenham participado das eleições que conduziram Hitler ao poder, eles não foram tratados com igual consideração e respeito pelos demais cidadãos (DWORKIN, 1996).

Mas se é assim, indaga Dworkin por que não adotamos uma autocracia esclarecida ao estilo platônico, como sustentam atualmente alguns cientistas políticos, em especial para países subdesenvolvidos. Responde que esse caminho não seria democrático, pois não se trataria com igual consideração e respeito todos os cidadãos (DWORKIN, 2014).

Dessa forma, a igualdade política na concepção coparticipativa dworkiana teria um viés que se poderia denominar negativo ao significar que “[...] nenhum cidadão adulto

tenha um impacto político menor que o de que qualquer outro cidadão por razões que comprometam sua dignidade[...] ”, ou seja, “[...] exige que a comunidade distribua o poder político não necessariamente de modo igual, mas de maneira tal que as pessoas sejam tratadas como iguais” (DWORKIN, 2014, p. 595).

Dworkin exemplifica a ofensa ao princípio da igualdade nesse modelo quando se atribui o direito de voto apenas para os homens, ou aos brancos, ou aos alfabetizados, pois trata evidentemente com posição política inferior, com menor consideração e respeito, as mulheres, os negros e os analfabetos. Mesmo se uma mulher, por exemplo, exigisse o direito de votar, seria indiferente alegar que apenas seu voto não teria real impacto, pois se poderia objetar que se todas mulheres votassem seria possível uma alteração da legislação que melhorassem a sua situação na comunidade, mas, mesmo se a mulher que pleiteasse o direito ao voto fosse contra essas modificações legais, desejaria a dignidade de não ser tratada de maneira inferior aos demais, e não o simples poder de igualdade de impacto e influência (DWORKIN, 2014).

Assim, para Dworkin, alguns arranjos institucionais que não busquem diretamente refletir a vontade da maioria não são necessariamente antidemocráticos. A diferença de impactos nos votos dos cidadãos será democrática se atender duas condições. Primeiro, essa diferença não deve decorrer do pressuposto de que algumas pessoas nasceram para governar e outras para serem governadas, como aristocracia de nascimento (sexo, casta, raça) e de riqueza. Segundo, essa engenharia institucional de diferença de força deve aperfeiçoar a legitimidade da comunidade (DWORKIN, 2014).

Para exemplificar sua teoria, Dworkin analisa o governo representativo. Para a concepção majoritarista ele seria um mal necessário em razão da atual extensão dos Estados, pois os mandatários políticos eleitos têm um impacto político maior que o cidadão comum. Assim, para mitigar esse impacto, dispõe de vários procedimentos a fim de que os representantes adotem a vontade da maioria, como, por exemplo, eleições periódicas e liberdade de imprensa. Contudo, adverte Dworkin (2014), que a defesa elaborada pelos majoritaristas da representação política é fraca, pois esses procedimentos de redução do impacto desproporcional podem não funcionar.

Por sua vez, para a concepção coparticipativa o maior impacto dos mandatários eleitos não configura necessariamente uma ofensa a democracia. Primeiro porque não se reduz o poder político de um grupo em particular, mas de todos os cidadãos. Segundo porque aperfeiçoa a legitimidade da comunidade, pois os representantes seriam em tese mais capazes de resguardar os direitos fundamentais que o próprio povo (DWORKIN, 2014).

Depreende-se, portanto, que para Dworkin a democracia não é simplesmente a vontade da maioria, mas um ideal político de consagração da igualdade de respeito e consideração com todos os indivíduos.

4 OS DIREITOS POLÍTICOS COMO DIREITOS FUNDAMENTAIS

“Um dos sintomas mais evidentes da erosão da consciência normativa de uma sociedade democrática aparece quando se perde a esperança de que a política seja o meio principal de que uma sociedade dispõe para influir sobre si mesma através da vontade de seus cidadãos” (JÜRGEN HABERMAS)

4.1 Os direitos políticos como direitos humanos e direitos fundamentais

Indissociável da própria ideia de democracia, os direitos políticos são expressão da autonomia pública inerente à liberdade e à participação do cidadão na vida política do Estado.

Informa Konrad Hesse (apud GUEDES, 2013, p. 660) que “[...] é na condição de direitos fundamentais que os direitos políticos revelam, como uma de suas tarefas principais, a de criar e manter as condições elementares para uma vida em liberdade e com dignidade”.

Ainda que sejam utilizados em diversas situações como expressões semelhantes, os direitos humanos diferenciam-se dos direitos fundamentais. Os direitos humanos relacionam-se com aqueles que buscam uma aspiração de universalidade por fazerem alusão ao ser humano como tal e são reconhecidos em documentos internacionais. Os direitos fundamentais, por sua vez, são aqueles positivados em determinada Constituição e concernentes aos membros de uma comunidade política específica (SARLET, 2004).

No plano internacional, diversos diplomas consagram os direitos políticos como direitos humanos referentes ao processo de formação da vontade política do indivíduo.

A Declaração Universal de Direitos Humanos estabelece: “Art. XXI: 1 – Toda a pessoa tem o direito de tomar parte no governo de seu país diretamente ou por intermédio de representantes livremente escolhidos” (ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS, 1948).

Aliás, existe inclusive um documento internacional específico em relação aos direitos políticos, o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos, que disciplina:

Art. 25. Todo cidadão terá o direito e a possibilidade, sem qualquer das formas de discriminação mencionadas no art. 2º e sem restrições infundadas : a) de participar da condução dos assuntos públicos diretamente ou por meio de representantes livremente escolhidos; b) de votar e ser eleito em eleições periódicas, autênticas, realizadas por sufrágio universal e igualitário e por voto secreto, que garantam a manifestação da vontade dos eleitores; c) de ter acesso, em condições gerais de igualdade, às funções públicas do seu país. (ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS, 1966)

De igual modo, dispõe a Convenção Americana de Direitos Humanos:

Art. 23 – Direitos políticos: 1. Todos os cidadãos devem gozar das seguintes direitos e oportunidades: a) de participar da condução dos assuntos públicos, diretamente ou por meio de representantes livremente eleitos; b) de votar e ser eleitos em eleições periódicas, autênticas, realizadas por sufrágio universal e igualitário e por voto secreto, que garantam a livre expressão da vontade dos eleitores. 2. A lei pode regular o exercício dos direitos e oportunidades, a que se refere o inciso anterior, exclusivamente por motivo de idade, nacionalidade, residência, idioma, instrução, capacidade civil ou mental, ou condenação, por juiz competente, em processo penal. (ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS, 1969).

Na perspectiva histórica, os direitos fundamentais são catalogados em gerações que denotam suas transformações e também implicam em sua organização didática conforme características similares. No entanto, adverte Sarlet (2004) que a progressividade das gerações dos direitos fundamentais não denota a supressão de uma geração por outra, mas a cumulação, a complementariedade entre as gerações⁷.

Os direitos de primeira geração são aqueles advindos das revoluções liberais-burguesas do século XVIII e que redundaram no advento do constitucionalismo. Suas características envolvem uma limitação do poder estatal ao assegurar um direito subjetivo ao indivíduo em relação à vida, liberdade e propriedade (SARLET, 2004).

Os direitos econômicos, sociais e culturais, que buscavam um contraponto aos direitos liberais e exigiam uma atuação positiva do Estado – um fazer estatal –, constituem os direitos fundamentais de segunda geração e surgiram das constituições do início do século XX (SARLET, 2004).

Na terceira geração dos direitos fundamentais estariam os denominados direitos de fraternidade e solidariedade, que se destinariam à proteção para além do indivíduo, como de um grupo determinado ou determinável de pessoas. Nessa ótica estariam os direitos difusos e coletivos surgidos em meados do século passado, após a Segunda Guerra Mundial, como os direitos ao meio ambiente, ao patrimônio histórico, ao desenvolvimento (SARLET, 2004).

Embora não haja concordância entre os doutrinadores, Paulo Bonavides (1998) chega a falar numa quarta geração de direitos fundamentais na qual seriam contemplados os “direitos à democracia”, em especial a democracia participativa.

⁷ O próprio Sarlet não mais utiliza a expressão “gerações”, mas “dimensões” dos direitos fundamentais para debater a sua evolução histórica, todavia, optou-se pela nomenclatura “geração” consagrada na doutrina e na jurisprudência e para não confundir com o uso da expressão “dimensão” referente à perspectiva objetiva e subjetiva dos direitos fundamentais, que será analisada mais adiante.

Uma das primeiras e mais tradicionais classificações dos direitos fundamentais é a de Georg Jellinek (2000), que distingue quatro espécies de situações jurídicas do indivíduo (“status”) em relação ao Estado.

No *status subjectionis*, o indivíduo estaria subordinado passivamente ao poder estatal, como mero detentor de deveres e não de direitos. O *status negativus* reconhece ao indivíduo um direito subjetivo no qual o Estado não pode ingressar. Por sua vez, no *status positivus* é assegurado ao indivíduo o poder jurídico de acionar o Estado para pleitear determinadas ações positivas. Por fim, o *status activus* garante ao indivíduo o poder de participar da vida política da comunidade (JELLINEK, 2000).

Robert Alexy (2008), por sua vez, realiza a seguinte classificação das “posições jurídicas fundamentais”: a) direitos a qualquer coisa (que englobaria os direitos a ações negativas e positivas do Estado e/ou particulares, assim, seriam os clássicos direitos de defesa e os direitos a prestação); b) liberdades (no sentido de negação de exigências e proibições); c) poderes (competências ou autorizações)

As ações estatais negativas (direitos de defesa) é composta por direitos a que o Estado não embarace as ações do titular do direito, não afete determinadas características do titular do direito e não elimine algumas posições jurídicas do titular do direito (ALEXY, 2008).

Os direitos ativos do cidadão contra o Estado (direito de prestação) podem ocorrer por meio de uma ação positiva fática (direito a prestações em sentido amplo), como o pleito pelo fornecimento de um medicamento essencial à sobrevivência do indivíduo, ou por meio de ações positivas normativas (direito à organização e procedimento), como, por exemplo, o direito da proteção ao nascituro por normas de direito penal (ALEXY, 2008).

Ainda que não se discuta o caráter fundamental dos direitos políticos como alusivos à autonomia pública do cidadão, há grande divergência quanto à sua classificação e localização dentre os direitos fundamentais.

Os direitos políticos, quer como direito do indivíduo de votar, quer como de ser candidato pleiteando ocupar um mandato eletivo, correspondem aos direitos de defesa de matriz liberal-burguesa referentes à primeira geração dos direitos fundamentais, ao assegurar ao cidadão uma esfera de liberdade e outorgar-lhe um direito subjetivo contra ingerências indevidas do Estado. No entanto, essa liberdade política não é conferida na prerrogativa individual, mas no contexto coletivo, como liberdade pública que exige um fazer do Estado em reconhecer esse direito de participação do cidadão (SARLET, 2004).

Nada obstante os direitos políticos estarem historicamente atrelados às revoluções liberais-burguesas do sec. XVIII, a universalização do sufrágio, com a supressão das barreiras que restringiam a ampla participação popular, apenas vai ocorrer nos anos seguintes se consolidando apenas no sec. XX.

Ademais, os direitos políticos também deixaram de ser exclusivamente referentes ao direito de liberdade, para lhes ser conferido também uma conotação de direito de prestação, como, por exemplo, quando se assegura aos partidos políticos o uso gratuito dos meios de comunicação (GUEDES, 2013).

Georg Jellinek (2000) e Jorge Miranda (2000) vislumbram os direitos políticos como uma classificação autônoma em relação aos direitos de defesa e de prestação como status civitatis ou liberdades-participação dos franceses.

Robert Alexy (2008), Canotilho (1998), Andrade (2009) e Ingo Sarlet (2004) não cogitam os direitos políticos como um terceiro grupo de direitos fundamentais, mas os situam, conforme sua característica a ser trabalhada, ou como direito de defesa ou como direito de prestação.

A classificação autônoma é a que melhor explicaria as particularidades dos direitos políticos, nada obstante, é discussão de somenos importância porque ainda que se utilize a distinção binária, há que se reconhecer que a liberdade pública associada à participação coletiva do cidadão confere aos direitos políticos uma característica própria em relação ao clássico direito de liberdade individual.

Nesse aspecto, os direitos políticos se aproximariam do que Chantal Mouffe (1996) denomina democracia radical, porque embora na titularidade do indivíduo apenas podem ser exercidos coletivamente e pressupõem necessariamente a existência de direitos iguais para todos (MOUFFE, 1996).

4.2 Os direitos políticos fundamentais na Constituição Federal de 1988

Segundo Robert Alexy (2008), a noção de direitos fundamentais está diretamente relacionada à sua fundamentalidade no ordenamento jurídico que aponta para uma qualificada proteção num sentido formal e num sentido material.

A fundamentalidade formal resulta de sua consagração positiva num texto constitucional e implica na sua natureza supralegal qualificando-a como parâmetro de controle de toda legislação ordinária e também sendo retirada da esfera de disponibilidade dos poderes constituídos (SARLET, 2004).

Por sua vez, a fundamentalidade material decorre dos direitos fundamentais constituírem as decisões básicas do Estado e da sociedade cujo conteúdo consigna valores reconhecidos de suma importância para determinada comunidade (SARLET, 2004).

No âmbito da dogmática, os direitos fundamentais apresentam uma dupla dimensão que repercute em seus desdobramentos jurídicos (SARLET, 2004).

Os direitos fundamentais na dimensão subjetiva constituem o poder que seu titular tem de demandar judicialmente sua pretensão afrontada pelo Estado ou por um indivíduo. Em razão dos diferentes bens e interesses tutelados na Constituição, bem como de seus titulares, as situações jurídico-subjetivas também são bastantes diferenciadas (SARLET, 2004).

Na dimensão objetiva, os direitos fundamentais “[...] constituem decisões valorativas de natureza jurídico-objetiva da Constituição, com eficácia em todo ordenamento jurídico e que fornecem diretrizes para os órgãos legislativos, judiciários e executivos” (SARLET, 2004, p. 152).

Evidencia Sarlet (2004) que a dimensão objetiva dos direitos fundamentais não configura um simples “reverso da medalha” dos direitos subjetivos, mas que possuem função autônoma que transcende a perspectiva subjetiva.

Um dos desdobramentos da dimensão objetiva é que os direitos fundamentais não devem ser apenas contemplados sob a ótica do indivíduo singularmente considerado, mas constituem valores resguardados por toda a sociedade, pois reconhecidos como tal e que devem ter eficácia. É o que a doutrina tem denominado de eficácia irradiante dos direitos fundamentais (*Ausstrahlungswirkung*), que se expande por todo ordenamento jurídico com consequências na sua interpretação e aplicabilidade (SARLET, 2004).

Outra implicação da dimensão objetiva dos direitos fundamentais seria o que Sarlet (2004, p. 156) nomeia de “eficácia dirigente”, como uma “[...] ordem dirigida ao Estado no sentido de que a este incumbe a obrigação permanente de concretização e realização dos direitos fundamentais”.

Os direitos políticos, como espécie de direitos fundamentais, também são analisados na dimensão de subjetiva e objetiva. Na perspectiva subjetiva, conferem um direito ao cidadão de participar da vida política do Estado, tanto no viés ativo, votando, escolhendo seus representantes políticos, participando de plebiscito e referendo, propondo ação popular, como no viés passivo, pleiteando um cargo eletivo para a disputa nas eleições.

Na dimensão objetiva, os direitos políticos se apresentam como princípios fundamentais da ordem constitucional e impõem aos poderes públicos que se abstenham de realizar intervenções indevidas nas normas que garantem os direitos políticos, bem como

demandam sua atuação positiva de lhes conferir a devida efetividade. Assim, “os direitos políticos condicionam e limitam positiva ou negativamente as possibilidades de intervenção estatal, em quaisquer dos seus níveis e funções, no que respeita ao âmbito de proteção das condutas por eles asseguradas” (GUEDES, 2013, p. 661).

A Constituição Federal de 1988 estabeleceu os direitos políticos no rol dos direitos fundamentais (Capítulo II) como aqueles “[...] concernentes à aquisição, ao exercício, às restrições, à suspensão e à perda do direito de eleger e ser eleito” (NIESS, 2000, p. 19).

Quanto aos direitos políticos ativos, alusivos ao direito de votar, a Constituição Federal de 1988 disciplinou o direito de voto aos brasileiros maiores de dezesseis anos e analfabetos. Dispôs, como regra, a obrigatoriedade do voto, possibilitando a sua facultatividade aos maiores de dezesseis e menores de dezoito anos, aos maiores de setenta anos e aos analfabetos.

Na seara dos direitos políticos passivos, referentes aos requisitos ou condições estabelecidas pelo ordenamento jurídico para que o cidadão possa concorrer a um mandato eletivo, o texto constitucional fez uma subdivisão entre as condições de elegibilidade e as inelegibilidades.

As condições de elegibilidade são aqueles requisitos que o cidadão brasileiro tem que preencher para poder concorrer a um mandato eletivo. Seria o aspecto positivo da capacidade eleitoral do indivíduo de ser candidato. Estão descritos no art. 14, parágrafo 3º, da CF-88, e são referentes à nacionalidade brasileira, ao pleno exercício dos direitos políticos, ao alistamento eleitoral na circunscrição do pleito, à filiação partidária e à idade mínima relativa ao cargo pleiteado.

Já as inelegibilidades configuram regras restritivas estabelecidas na Constituição Federal ou em Lei Complementar na qual o cidadão não pode incorrer sob pena de que seja obstada sua elegibilidade, ou seja, “[...] é o estado jurídico negativo de quem não possui tal direito subjetivo (direito de ser votado)” (COSTA, 2013, p. 145).

A Constituição Federal de 1988 descreve no art. 14, §§ 4º ao 8º, as seguintes inelegibilidades constitucionais: dos inalistáveis (estrangeiros e conscritos); analfabetos; dos Chefes do Poder Executivo em segundo mandato consecutivo; dos parentes dos Chefes do Poder Executivo na circunscrição do pleito; e, finalmente, do militar.

Após a descrição das inelegibilidades constitucionais, há uma norma de abertura, no art. 14, parágrafo 9º, da CF/88, pela qual o constituinte possibilitou ao legislador criar outras hipóteses de inelegibilidade. Vejamos a redação do dispositivo, *verbis*:

Art. 14, § 9º. Lei complementar estabelecerá outros casos de inelegibilidade e os prazos de sua cessação, a fim de proteger a probidade administrativa, a moralidade para o exercício do mandato, considerada a vida pregressa do candidato, e a normalidade e legitimidade das eleições contra a influência do poder econômico ou o abuso do exercício de função, cargo ou emprego na administração direta ou indireta. (BRASIL, 1988)

Com a finalidade de conferir efetividade a esse preceito constitucional foi promulgada a Lei Complementar nº 64/90, denominada Lei das Inelegibilidades. Após vinte anos de sua vigência, a Lei das Inelegibilidades foi modificada pela Lei Complementar nº 135-2010 (Lei da Ficha Limpa), que captou uma maior exigência da sociedade brasileira de padrões éticos para legitimar a candidatura de brasileiros aos mandatos políticos.

4.3 Os direitos políticos na estrutura dos direitos fundamentais

Segundo a teoria dos princípios de Robert Alexy (2008), na análise da estrutura da norma jurídica, diferenciam-se as regras dos princípios. Distinção não meramente gradual, mas qualitativa. “Sem ela não pode haver nem uma teoria adequada sobre as restrições a direitos fundamentais, nem uma doutrina satisfatória sobre colisões, nem uma teoria suficiente sobre o papel dos direitos fundamentais no sistema jurídico” (ALEXY, 2008, p. 85).

As regras são normas pelas quais se garantem direitos de forma definitiva. Enunciam determinações que devem ser atendidas. “Isso significa que, se um direito é garantido por uma norma que tenha a estrutura de uma regra, esse direito é definitivo e deverá ser realizado totalmente, caso a regra seja aplicável ao caso concreto” (SILVA, 2011, p. 45).

Na lição de Ronald Dworkin (2002, p. 39), as regras são aplicáveis na lógica do “tudo-ou-nada” (*all-or-nothing*), “[...] dados os fatos que uma regra estipula, então ou a regra é válida, e neste caso a resposta que ela fornece deve ser aceita, ou não é válida, e neste caso em nada contribui para a decisão”.

Em seu ataque ao positivismo de Hart, Dworkin desenvolve um modelo de resolução de casos difíceis por meio de uma argumentação jurídica aberta que denomina de princípios (*principles*). Os princípios não resolvem definitivamente a questão, mas possuem uma dimensão de peso (*dimesion of weight*) que serve de fundamento para, em conjunto com outros princípios, enfrentar o caso concreto (DWORKIN, 2002).

Robert Alexy (2008) aperfeiçoou o conceito dworkiano de princípios ao considerá-los como “mandados de otimização” a serem satisfeitos em vários graus, na maior medida possível em relação às possibilidades jurídicas e fáticas existentes. As possibilidades

jurídicas porque dependem da tensão existente com outros princípios e regras; as fáticas porque demandam a dimensão de peso que preponderará nas circunstâncias do caso concreto (ALEXY, 2008).

“A aplicação de um princípio deve ser vista sempre com uma cláusula de reserva, a ser assim definida: 'Se no caso concreto um outro princípio não obtiver maior peso'” (ÁVILA, 2003, p. 29).

Para Alexy (2008), os princípios garantem direitos “*prima facie*”, porque dificilmente são realizados totalmente – como as regras – mas apenas parcialmente em razão das mencionadas possibilidades jurídicas e fáticas. Há uma diferença entre aquilo que é estabelecido “*prima facie*” pelo princípio e aquilo definitivamente aplicado no caso concreto (SILVA, 2011).

A diferença estrutural dos princípios com as regras fica mais evidente quando se analisa a distinção do conflito entre regras e o conflito entre princípios (ALEXY, 2008).

Quando duas regras se referem à mesma situação fática o conflito será solucionado com a introdução de uma cláusula de exceção que o elimina, ou ao menos uma das regras for declarada inválida (ALEXY, 2008).

Assim, o conflito de regras na verdade é aparente, pois na realidade apenas uma regra de fato se aplica na hipótese, ou por meio de uma cláusula de exceção (lei especial revoga lei geral) ou pela declaração de invalidade de uma delas (lei superior revoga lei inferior ou lei posterior revoga lei anterior) (SILVA, 2011).

Diferentemente, na colisão entre princípios não ocorre declaração de invalidade, mas relação de precedência de um princípio em relação ao outro sobre determinadas circunstâncias fáticas (ALEXY, 2008).

É utilizada para a resolução da tensão entre princípios a técnica da ponderação de interesses, na qual se sobressai a análise fática do caso, fundamental para determinar a “dimensão de peso” dos princípios em conflito, sem descuidar dos comandos normativos constantes nos textos constitucionais (SARMENTO, 2002).

Na ponderação de interesses, a primeira fase consiste na sua própria preparação, na identificação dos princípios em conflito, na qual se analisa exhaustivamente os elementos em tensão, pois “uma ponderação sem indicar, de antemão, o que, precisamente, está sendo objeto de sopesamento viola o postulado científico da explicitude das premissas, bem como o princípio jurídico da fundamentação das decisões” (ÁVILA, 2003, p. 87)

Após essa etapa inicial de identificação da tensão entre princípios constitucionais que apontam para soluções diferentes, compete ao intérprete inicialmente comparar o “peso

genérico” que a constituição atribui a cada princípio em conflito. É certo que as constituições atuais não estabelecem uma relação rígida de valores, no entanto, costuma indicar, ainda que implicitamente, princípios que gozam abstratamente de prevalência sobre os demais (SARMENTO, 2002).

Na Constituição de 1988, por exemplo, teriam um “peso genérico” acima dos demais os princípios estabelecidos no título dos direitos fundamentais, bem como aqueles que são protegidos por cláusula pétrea (art. 60, parágrafo 4º, da CF) e os denominados “princípios sensíveis” que possibilitam o caso de intervenção federal e estadual (art. 39, da CF) (SARMENTO, 2002).

Sem embargo, o “peso genérico” é apenas um indicativo do “peso específico” de cada princípio no caso concreto. Assim, ele pode não prevalecer e ser suplantado pelo outro princípio em conflito que demonstre na situação fática em análise ter maior “peso específico” (SARMENTO, 2002).

Depois, se busca o “peso específico” dos princípios em tensão, nos contornos fáticos do caso concreto. Nesse momento, compete ao intérprete levar em consideração dois princípios de interpretação constitucional correlatos: o princípio da unidade da constituição e o da concordância prática (BARROS, 1996).

O princípio da unidade da constituição impõe ao intérprete vislumbrar a constituição como um todo ordenado buscando conciliar princípios constitucionais antagônicos. Por sua vez, o princípio da concordância prática exige do intérprete harmonizar os bens jurídicos em tensão buscando uma solução otimizadora que prestigie, na medida do possível, ambos valores (BARROS, 1996).

Nesse aspecto, deve se estabelecer restrições recíprocas aos princípios em conflito, com a finalidade de encontrar um ponto ótimo que configure a mínima restrição possível para a convivência com o outro princípio. “[...] o nível de restrição de cada interesse será inversamente proporcional ao peso específico que se emprestar, no caso, ao princípio do que ele se deduzir, e diretamente proporcional ao peso que se atribui ao princípio protetor do bem jurídico concorrente” (SARMENTO, 2002, p. 104).

Por fim, para ajudar nessa ponderação de interesses, há que se auxiliar do princípio da proporcionalidade em seus três aspectos: adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito. Como descreve Sarmento (2002, p. 104-105):

O julgador deve buscar um ponto de equilíbrio entre os interesses em jogo, que atenda aos seguintes imperativos: (a) a restrição a cada um dos interesses deve ser idônea para garantir a sobrevivência do outro; (b) tal

restrição deve ser a menor possível para a proteção do interesse contraposto e (c) o benefício logrado com a restrição a um interesse tem de compensar o grau de sacrifício imposto ao interesse antagônico.

Noutro giro, há que se analisar um dos pontos mais complexos da teoria dos princípios, que é a colisão entre o princípio e a regra. Para Alexy (2008), que analisa a questão superficialmente, a solução do conflito se daria com um sopesamento, mas não entre o princípio e a regra, já que essa não possui dimensão de peso, mas entre o princípio conflitante e aquele do qual emana a regra.

Virgílio Afonso da Silva (2011) discorda, pois essa solução induziria uma insegurança jurídica ao conferir ao aplicador do direito a possibilidade de afastar a aplicação de uma regra, resultado de um prévio sopesamento entre os princípios constitucionais fundamentais já realizado pelo legislador, por julgar existir um princípio constitucional de maior peso na situação. “A relação entre a regra e um dos princípios não é, portanto, uma relação de colisão, mas uma relação de restrição. Essa regra deve, portanto, ser simplesmente aplicada por subsunção” (SILVA, 2011, p. 52).

Contudo, o próprio Virgílio Afonso da Silva (2011) ressalva que em algumas situações mais complexas a inconstitucionalidade da regra de direito ordinário conduzirá a aplicação do princípio constitucional que restou afastado previamente pelo legislador.

Na seara eleitoral, o direito fundamental de ser candidato se estrutura numa norma principiológica, que em sentido teleológico prestigia o valor democrático. Por outro lado, as normas restritivas dos direitos políticos se configuram em regras.

Portanto, o direito político de ser candidato como norma-princípio conflitará com outras normas-princípios do texto constitucional, em especial a moralidade e a probidade administrativa, muitas delas reguladas em regras constitucionais e infraconstitucionais restritivas.

4.4 A restrição aos direitos políticos fundamentais

A compreensão dos direitos políticos como direitos fundamentais conduz ainda à conclusão de que eventuais restrições ao seu comando normativo devem ser devidamente justificadas por critérios de proporcionalidade em relação ao princípio constitucional oposto que se busca prestigiar preservando seu núcleo essencial (GUEDES, 2013).

As restrições aos direitos fundamentais podem apresentar-se de três formas: a) quando estão estabelecidas no próprio texto constitucional; b) quando a Constituição admite

expressamente a restrição por lei ordinária; c) quando embora não expressamente explícita, decorre da confrontação com outra norma principiológica fundamental (CANOTILHO, 1998).

Na seara dos direitos políticos, a sua suspensão e as inelegibilidades descritas na própria Constituição Federal de 1988 denotam a sua mais nítida restrição, a primeira de aspecto abrangente envolvendo o direito de votar e de ser votado e as inelegibilidades mais específicas apenas em relação ao direito do cidadão de concorrer a um mandato político.

A Constituição Federal de 1988 estabeleceu várias hipóteses de suspensão dos direitos políticos, em seu art. 15, como o cancelamento da naturalização, a condenação criminal transitada em julgado e a condenação em improbidade administrativa.

Também a própria Constituição de 1988 contemplou diversas situações de inelegibilidade, descritas no art. 14, §§ 4º ao 8º, a saber: os inalistáveis (estrangeiros e conscritos); analfabetos; dos Chefes do Poder Executivo em segundo mandato consecutivo; dos parentes dos Chefes do Poder Executivo na circunscrição do pleito; e, finalmente, do militar.

Tais situações de suspensão de direitos políticos e inelegibilidades constitucionais não demandam uma análise estrutural mais apurada pois decorrem diretamente da constituição, da própria vontade do poder constituinte originário que ao conferir esse direito fundamental já estabeleceu ele próprio a sua restrição.

No entanto, como situação de restrição ao direito fundamental, a Constituição Federal de 1988, em seu art. 14, parágrafo 9º, disciplina que lei complementar estabelecerá outras situações de inelegibilidades para “proteger a probidade administrativa, a moralidade administrativa para o exercício do mandato, considerada a vida pregressa do candidato e a normalidade e legitimidade das eleições”.

O art. 14, parágrafo 9º, é uma norma de reserva legal qualificada, porque a constituição não se limita a possibilitar a restrição do direito político fundamental, mas estabelece as condições especiais, os fins a serem perseguidos pelo legislador nessa restrição (BRANCO; COELHO; MENDES, 2000).

Nada obstante, a atribuição ao legislador de expressa competência para restringir o direito político fundamental não lhe outorga um cheque em branco. É o que a doutrina denomina de “limite dos limites” ou “proibição de excesso”. Daí porque para ser legítima a restrição ao direito fundamental deve: a) ser prevista em lei geral e não casuística; b) atender ao princípio da proporcionalidade; c) não atingir o núcleo essencial do direito em questão (SARMENTO, 2002, p. 78)

Quanto à restrição legal casuística ou discriminatória, anotam Branco; Coelho e Mendes (2000, p. 276) que:

As restrições aos direitos individuais devem ser estabelecidas por leis que atendam aos requisitos da generalidade e da abstração, evitando, assim, tanto a violação ao princípio da igualdade material, quando a possibilidade de que, através de leis individuais e concretas, o legislador acabe por editar autênticos atos administrativos.

Assim, embora o poder de conformação do legislador se encontre adstrito às finalidades descritas no art. 14, parágrafo 9º, deverá ser legítimo, proporcional, razoável em relação a esses valores que buscam prestigiar sem afrontar o núcleo essencial do direito político fundamental de ser candidato. Ainda que seja para cumprir esse preceito constitucional restritivo, as novas inelegibilidades infraconstitucionais estarão submetidas a um rígido escrutínio de análise da sua constitucionalidade em relação à proporcionalidade da mitigação ao direito político fundamental.

A proporcionalidade traz ínsita a ideia de combate ao arbítrio do poder estatal com o prestígio do seu exercício moderado para proteger os direitos fundamentais. Assim, tem sido utilizado em diversos países e também no Brasil como uma “[...] ferramenta para aferição da conformidade das leis e dos atos administrativos com os ditames da razão e da justiça” (SARMENTO, 2002, p. 77).

A constitucionalização do princípio da proporcionalidade ocorreu na Alemanha após a Segunda Guerra Mundial como uma reação às atrocidades do regime nazista. Foi desenvolvida pelo Tribunal Constitucional Alemão como uma forma qualificada de proteção dos direitos fundamentais contra os abusos do legislador (SARMENTO, 2002).

Nos Estados Unidos, a ideia de limitação do arbítrio do legislador, conferindo uma maior atuação do Poder Judiciário na invalidação das leis abusivas feitas pelo Poder Legislativo, decorreu de uma reinterpretação da cláusula do devido processo legal para além de sua raiz histórica procedimental e, assim, alcançar uma análise substantiva da própria racionalidade e razoabilidade da deliberação do legislador (SARMENTO, 2002).

Ainda que os princípios da proporcionalidade e razoabilidade decorram de raízes históricas diversas e com fundamentos diferentes, é possível observar neles uma certa congruência pois os dois buscam combater o exercício abusivo do poder estatal (BARROSO, 2008).

Na doutrina alemã, o princípio da proporcionalidade foi decomposto em três subprincípios: adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito (SARMENTO,

2002).

A adequação estabelece que a medida restritiva feita pelo legislador é apta a atingir os fins que ela almeja. Ou seja, se afere a idoneidade do meio para alcançar o fim desejado pelo legislador (SARMENTO, 2002).

O subprincípio da necessidade ou exigibilidade preconiza a análise da existência de uma medida menos gravosa pelo legislador para restringir o direito fundamental. Assim, será declarada inconstitucional por inobservância desse subprincípio a possibilidade de adoção pelo Poder Público de uma medida menos lesiva (SARMENTO, 2002).

Por fim, o subprincípio da proporcionalidade em sentido estrito analisa diretamente a relação custo e benefício da medida restritiva em face do valor oposto prestigiado pelo legislador. Como explicita Sarmento (2002, p. 89):

Na verdade, o subprincípio da proporcionalidade em sentido estrito convida o intérprete à realização de autêntica ponderação. Em um lado da balança devem ser postos os interesses protegidos com a medida, e no outro, os bens jurídicos que serão restringidos ou sacrificados por ela. Se a balança pender para o lado dos interesses tutelados, a norma será válida, mas, se ocorrer o contrário, patente será sua inconstitucionalidade.

Canotilho (1998, p. 628-629) estabelece o seguinte roteiro para se analisar a legitimidade da restrição a um direito fundamental. 1ª Etapa: Constatação de que se trata de uma autêntica restrição a um direito fundamental. 2ª Etapa: a) existe previsão constitucional explícita ou implícita para essa restrição? b) se decorrer de restrição legal qualificada, foram atendidos os seus requisitos? 3ª Etapa: comprovação de que a restrição atende ao princípio da proporcionalidade a) a medida restritiva adotada é apta a atingir o fim proposto? b) existe outra medida menos gravosa apta a lograr o mesmo objetivo? c) o sacrifício imposto ao titular do direito fundamental atingido está em relação proporcional com a importância do bem jurídico que se pretende salvaguardar.

Na análise do subprincípio da adequação se perquire se o meio utilizado pelo legislador na norma restritiva alcança o seu fim almejado. Ou seja, se há uma relação de causalidade entre o meio e fim. Mas, indaga Ávila (2003), o que significa ser um meio adequado à realização de um fim? O legislador tem o dever de escolher o mais intenso, o melhor e o mais seguro meio para atingir um fim, ou tem a possibilidade de elencar apenas um meio que “simplesmente” promova o fim? (ÁVILA, 2003).

A resposta seria a segunda alternativa. O princípio da separação dos Poderes impõe uma liberdade ao legislador que, em princípio, deve ser acolhida pelo intérprete.

Ademais, não é possível se saber de antemão com as informações existentes qual seria a medida mais intensa, melhor e mais segura para a realização do fim almejado pelo legislador (ÁVILA, 2003).

Assim, o controle judicial de intensidade das decisões escolhidas pelo legislador deve ser um “modelo fraco”, que apenas poderá afastar a restrição legal quando houver uma demonstração evidente, objetiva e fundamentada da inadequação do meio eleito para atingir o resultado almejado (ÁVILA, 2003).

O subprincípio da necessidade verifica se entre os meios existentes e que promovem o fim almejado pelo legislador não haveria um menos restritivo do direito fundamental afetado. Com base nos mesmos fundamentos acima ventilados, não é permitido ao Poder Judiciário anular a escolha realizado pelo legislador sob o argumento de que existe um outro meio hipoteticamente aventado que promovesse o fim de maneira menos onerosa, porque “a rigor nenhum meio resistiria ao controle de necessidade, pois sempre é possível imaginar, algum meio que em algum aspecto, promove melhor o fim do que aquele adotado pelo legislador” (ÁVILA, 2003, p. 114).

Assim, haverá ofensa ao subprincípio da necessidade se o meio eleito for manifestamente menos adequado que outro na média dos casos existentes, sendo ônus para afastar a restrição demonstrar efetivamente o meio menos gravoso (ÁVILA, 2003).

Por fim, na proporcionalidade em sentido estrito se verifica se as vantagens alcançadas pela promoção do fim compensam as desvantagens decorrentes da adoção do meio restritivo. Ou seja, se entre argumentos a favor e contrários, o interesse promovido justifica a restrição ao direito fundamental (ÁVILA, 2003).

5 JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL E DEMOCRACIA

“Nós não damos a última palavra porque somos infalíveis, mas nós somos infalíveis somente porque damos a última palavra” (ROBERT JACKSON, Juiz da Suprema Corte dos Estados Unidos)

5.1 A dificuldade contramajoritária da jurisdição constitucional

A atuação do Poder Judiciário invalidando leis aprovadas pelos representantes do povo, uma vez que os juízes não são eleitos mas assumem a função jurisdicional em regra por critérios técnicos, é uma das questões mais complexas quando se analisa a concepção democrática de autogoverno do povo.

Essa discussão da legitimidade democrática da jurisdição constitucional é recorrente na teoria constitucional norte-americana onde se expõe a denominada “dificuldade contramajoritária” do Poder Judiciário, expressão consagrada por Alexander Bikel na qual anota o déficit de legitimidade democrático no “judicial review” (BIKEL, 1974 apud BARROSO, 2009).

Bikel argumenta que o procedimento parlamentar pode até não representar de maneira satisfatória a vontade popular, no entanto “nada nessas complexidades pode alterar a realidade essencial de que o judicial review é um instituto desviante na democracia norte-americana” (BIKEL, 1986, p. 17)

Essa questão não suscitava debates em nossa doutrina até pouco tempo, principalmente em razão da omissão do Poder Judiciário em declarar inconstitucionais medidas adotadas pelos poderes constituídos⁸. Essa atuação de “baixa frequência e intensidade” em conformidade com os arranjos políticos começa a ser alterada com a Constituição de 1988 (KOENER, 2013).

Sem embargo, nos anos imediatamente seguintes à promulgação da Constituição Federal de 1988 essa situação de letargia principalmente do Supremo Tribunal Federal não se alterou, principalmente pelo fato de que muitos dos seus ministros nomeados ainda no regime de exceção militar permaneceram um bom tempo na Corte (KOENER, 2013).

Nesse período, a promessa da implementação pelo Poder Judiciário dos direitos fundamentais sociais e transindividuais esculpidos na Constituição de 1988 e diuturnamente

⁸ Cabe recordar aqui a frase de João Mangabeira de que o Poder Judiciário, em especial o Supremo Tribunal Federal, foi o Poder que mais falhou na República, atuando no mais das vezes em prol dos interesses dos mais favorecidos (MANGABEIRA, 1952 apud SAMPAIO, 2002).

desobedecida pelo Estado-Administração esteve aparentemente condenada à letra morta (BURGOS et al., 1999).

Ao longo dos anos 1990, entretanto, e principalmente depois do ano 2000, foi revertida essa tendência omissiva, com o crescimento da atuação do Poder Judiciário no quadro político nacional, notadamente do Supremo Tribunal Federal, inclusive em determinadas situações com nítido caráter de ativismo, como, por exemplo, no reconhecimento da união estável homoafetiva⁹ e da perda do mandato eleitoral por infidelidade partidária¹⁰ (BURGOS et al., 1999).

Esse crescimento da atuação do Poder Judiciário brasileiro na seara política fez com que a doutrina pátria comesçasse a debater a legitimidade de atuação da jurisdição constitucional nacional.

Existem diversas teorias que buscam analisar essa alegação de déficit de legitimidade do controle judicial de constitucionalidade. Para alguns, essa “dificuldade contra majoritária” sequer existe ou é relevante, para outros a jurisdição constitucional seria antidemocrática.

Há os que sustentam uma compatibilidade entre o regime democrático e o controle judicial de constitucionalidade, no entanto diferem sobre os fundamentos e a atuação do Poder Judiciário, pois para uns, denominados procedimentalistas, a sua função seria restrita à correção dos pressupostos de funcionamento da democracia, com uma deferência judicial à deliberação resultante do processo político, mas para outros, denominados substancialistas, a atuação do Poder Judiciário deveria ser mais ativa, adentrando no resultado do processo político.

5.2 A desnecessidade de justificação democrática da jurisdição constitucional ou a lógica Marshall

Segundo Hans Kelsen (2007), como a constituição seria uma norma jurídica que fundamenta todo o ordenamento jurídico, o seu controle por um Tribunal Constitucional seria uma decorrência dessa supremacia constitucional, sendo irrelevante uma fundamentação democrática de caráter extrajurídico.

Diversamente da realidade europeia do início do constitucionalismo, nos Estados Unidos a Constituição sempre foi vista como uma norma jurídica que vincula as demais leis

⁹ ADI 4277 e ADPF 132, rel. Min. Ayres Britto

¹⁰ ADIs 3999 e 4086, rel. Min. Joaquim Barbosa

do país. Embora o *judicial review* não seja expresso na Constituição dos Estados Unidos, ele já era ventilado anteriormente por Alexander Hamilton no Federalista 78 (HAMILTON; JAY; MADISON, 2003, p. 122):

A Constituição é e deve ser considerada pelos juízes como a lei fundamental; e como a interpretação das leis é a função especial dos tribunais judiciais, a eles pertence determinar o sentido da Constituição, assim como de todos os outros atos do corpo legislativo. Se entre estas leis se encontrarem algumas contraditórias, deve-se preferir aquela cuja observância é um dever mais sagrado; que é o mesmo que dizer que a Constituição deve ser proferida a um simples estatuto; ou a intenção do povo à dos seus agentes.

[...]

Mas não se segue daqui que o Poder Judiciário seja superior ao Legislativo: segue-se, sim, que o poder do povo é superior a ambos e que, quando a vontade do corpo do legislativo, declarado nos seus estatutos, está em oposição com a do povo, declarada na Constituição, é esta a última que os juízes devem obedecer: por outras palavras, que as suas decisões devem conformar-se antes com as leis fundamentais do que com aquelas que não o são.

No famoso precedente *Marbury v. Madison*, de 1803, a Suprema Corte dos Estados Unidos consagrou o “*judicial review*”, tendo o juiz Marshall reconhecido uma relação de implicação direta entre a supremacia da norma constitucional e a jurisdição constitucional. Assim, esse argumento tautológico da jurisdição constitucional decorrer da hierarquia da norma constitucional ficou conhecido como a “lógica Marshall” (BARROSO, 2009).

Contudo, não há nada de lógico nesse argumento, como esclarece Andrei Marmor (2005, p. 73):

Mesmo que seja verdade como uma questão de direito que a disposição constitucional prevalece sobre legislação ordinária, e mesmo que também seja verdade que deve haver alguma instituição que tem o poder de determinar, nos casos concretos, se tal conflito existe ou não, simplesmente não resulta que esta instituição deve ser a suprema corte.

Na década de 1920, sob o pálio da Constituição alemã de Weimar, ocorreu o célebre embate de Carl Schmitt e Hans Kelsen de quem deveria ser o defensor da Constituição. Segundo Schmitt, a abertura e as matérias constantes na norma constitucional fazem com que a atividade de proteção da constituição seja diferente da subsunção a qual está submetido o juiz ordinariamente na sua atividade típica (KELSEN, 2007).

Assim, para Schmitt, essa tarefa de guarda da constituição seria política, a ser desenvolvida por um “poder neutro”, no caso o Chefe de Estado (Presidente do Reich) que

representaria a unidade do povo (KELSEN, 2007).

Para Kelsen, diversamente, a garantia da constituição deveria ficar como uma “noção de obviedade tão primária” a cargo do Poder Judiciário e não ao parlamento e ao governos pois “tal controle não pode ser confiado a um dos órgãos cujos atos devem ser controlados” já que “nenhum outro princípio técnico-jurídico é tão unânime quanto este: ninguém pode ser juiz em causa própria” (KELSEN, 2007, p. 239).

Critica o entendimento de Schmitt de que a decisão judicial que anula uma lei inconstitucional seria uma decisão política dissociada da função jurisdicional, porque partiria do equivocado pressuposto que o exercício do poder seria exclusivo do parlamento (KELSEN, 2007).

A função jurisdicional, para Kelsen, é também o exercício do poder político, pois resolve um conflito de interesse. Assim, toda decisão judicial, em menor ou maior grau (esse último no controle de constitucionalidade), seria também um ato político, não sendo argumento plausível para se afastar a jurisdição constitucional (KELSEN, 2007).

Depreende-se que no debate Schmitt e Kelsen era irrelevante a discussão da carência de legitimidade democrática da jurisdição constitucional, sendo que seu foco versava exclusivamente na busca da instituição mais apta a garantir o controle de constitucionalidade das leis.

O posicionamento de Kelsen prevaleceu e influenciou decisivamente na criação e desenvolvimento dos tribunais constitucionais europeus com viés de controle abstrato de constitucionalidade diversamente da vertente difusa e concreta norte-americana.

5.3 A jurisdição constitucional como instituto antidemocrático

Alguns recentes teóricos constitucionais norte-americanos do denominado constitucionalismo popular começaram a sustentar a ilegitimidade democrática do controle judicial de constitucionalidade e defender a “retirada da Constituição dos tribunais” com a consequente valorização do protagonismo do povo e de seus representantes na condução da interpretação da constituição (BARROSO, 2009).

Jeremy Waldron (2010) argumenta que o *judicial review* é antidemocrático ao privilegiar a interpretação constitucional de um pequeno número de juízes não eleitos e não responsabilizados politicamente em vez daquele entendimento proveniente diretamente do cidadão ou dos seus representantes.

A sobrevalorização do Poder Judiciário em relação ao Poder Legislativo confere a falsa impressão que o ambiente judicial é asséptico e imune aos escusos interesses existentes na esfera política (STAMATO, 2009).

Waldron (2010) discorda que as maiorias legislativas seriam incapazes de respeitar as minorias e abordar responsavelmente questões morais, exemplificando, para tanto, a experiência do parlamento inglês que na década de 1960 deliberou a liberalização do aborto, a legalização da conduta homossexual consentida entre adultos e a abolição da pena de morte.

Assim, o Poder Legislativo é um órgão deliberativo com procedimentos confiáveis que possibilitam salvaguardar os direitos fundamentais como comissões, bicameralismo, debate e votação, sujeito ainda a ampla participação e fiscalização da sociedade (WALDRON, 2010).

Aponta que na controvérsia sobre direitos plasmados na constituição a questão principal não envolve a interpretação de dispositivos normativos, mas de escolhas morais e políticas que a sociedade contemporânea deve enfrentar. Assim, não se justificaria que essas decisões fossem realizadas pelo Poder Judiciário, que não tem legitimidade para enfrentar o cerne da questão (WALDRON, 2010).

Andrei Marmor (2005) discorda do fundamento de que a Corte Constitucional seria propícia para realizar um julgamento de questões morais e políticas mais elevadas porque realizaria uma deliberação argumentativa livre das pressões políticas momentâneas em proteção de direitos fundamentais objeto de um consenso moral na comunidade.

Adverte que o consenso estabelecido na comunidade é provisório, sendo que os direitos assegurados na constituição seriam apenas “conclusões intermediárias compartilhadas”, ou seja, as pessoas reconhecem o direito, mas divergem de suas conclusões. Mas a quem competiria fazer esse controle? Ao Poder Legislativo, porque, primeiramente, são democráticos e, portanto, mais passíveis de serem moralmente corretos; segundo, porque as decisões legislativas são mais temporárias que as decisões judiciais (MARMOR, 2005).

No seio da sociedade, a decisão judicial proferida em casos complexos transmite a falsa impressão de verdade moral eterna e aponta ao grupo perdedor uma mensagem que estariam errados moralmente. Por sua vez, a decisão do parlamento divulga simplesmente a ideia que o grupo perdedor simplesmente perdeu naquela determinada rodada de decisão política, mas pode vencer no futuro (MARMOR 2005).

Por outro lado, o *judicial review* terminaria por incentivar a desmobilização participativa do cidadão e a irresponsabilidade dos legisladores, ao delegar a soluções de controvérsia dos direitos fundamentais ao Poder Judiciário, abalando um compromisso

democrático da representação do cidadão (TUSHNET, 2009).

Nada obstante, a tese de Waldron (2010) contra o judicial review não é incondicional para todos os Estados Nacionais, pois para ele se encontra dependente de dois pressupostos, a saber: a existência de instituições democráticas e que a maioria dos membros da sociedade tenham compromisso com as minorias e os direitos fundamentais.

Assim, para “retirar a Constituição dos tribunais” é necessário que as instituições democráticas de um país estejam funcionando regularmente, que o sistema político seja amplamente democrático, com o sufrágio universal e eleições regulares e imparciais (WALDRON, 2010).

Comunidades nos quais os representantes políticos não almejem um interesse público estariam viciadas e necessitando de uma justificada proteção judicial. Como ressalta Raz (1998, apud Waldron, 2010, p. 124): “em muitos países existem razões amplas para suspeitar que os membros do legislativo sejam tão motivados por interesses sectários que é pouco provável que cheguem sequer a tentar determinar quais direitos (algumas) pessoas têm”.

Além do mais, a oposição ao controle judicial também pressupõe que a própria sociedade leve os direitos fundamentais a sério, que tenha um nível de inclusão social e educacional capaz de valorizar e vivenciar os direitos garantidos no texto constitucional (WALDRON, 2010).

5.4 A jurisdição constitucional como garantidora dos pressupostos da democracia

Na perspectiva democrática procedimental, “[...] os direitos não seriam, em si, valores supremos ou substantivos, mas técnicas instrumentais de abertura constitucional ao tempo e aos valores pluralistas” (HÄBERLE, 1978 apud SAMPAIO, 2002, p. 81).

No início de sua obra “Democracia e Desconfiança”, John Hart Ely (2010) analisa as duas principais teorias hermenêuticas do constitucionalismo norte-americano, a “interpretacionista” que prega uma atuação judicial restrita à literalidade do texto e à vontade do legislador constituinte, e a “não-interpretacionista” que propõe uma maior liberdade da jurisdição constitucional ao não ficar presa à linguagem das normas constitucionais.

Haveria uma “sedução” pela teoria interpretacionista, mais atrelada à tradição norte-americana do direito e do funcionamento dos tribunais. Além do mais, o pensamento contrário “não-interpretacionista”, ao liberar o juiz das amarras do texto constitucional, seria flagrantemente contrária ao regime democrático. “Nossa sociedade não tomou a decisão

constitucional de facultar o sufrágio universal para depois dar meia volta e sobrepôr às decisões populares os valores dos juristas de primeiro escalão” (ELY, 2010, p. 79).

Contudo, adverte Ely (2010) que o “interpretativismo” é “impossível”, pois existem várias normas constitucionais abertas que convidam o juiz a ir além do sentido literal do texto, não sendo razoável, por outro lado, ficar-se adstrito ao significado que o texto tinha quando da promulgação da constituição em 1791.

Conclui, portanto, que “a incompatibilidade com a teoria democrática é um problema que parece confrontar tanto os interpretacionistas quanto os adeptos do não-interpretacionismo” (ELY, 2010, p. 16).

Ely (2010) passa então a analisar a opinião que prevalece no meio acadêmico de que a função da Corte Constitucional seria buscar os “valores fundamentais” da comunidade ao longo dos tempos. Contudo, conclui que esses valores não estariam no direito natural, na tradição ou em um suposto consenso partilhado por toda sociedade.

Assim, se chega a um empasse, pois a interpretação constitucional é incapaz de se manter fiel à linguagem do texto, mas não se encontra uma fundamentação externa coerente com os valores democráticos (ELY, 2010).

Para resolver essa questão, Ely (2010) vai procurar analisar as estruturas das decisões constitucionais progressistas da Corte Warren referentes à qualificação de eleitores e deficiente distribuição proporcional dos representantes nos distritos, bem como aquelas que conferiu tratamento igualitário a minorias raciais, filhos “ilegítimos” e estrangeiros. Contudo, a sua abordagem é diferente daquela axiológica realizada pela academia.

É certo que essas decisões foram intervencionistas, mas o intervencionismo era alimentado não por um desejo por parte da Corte de impor certos valores substantivos que considera importantes ou fundamentais, e sim pelo desejo de assegurar o processo político. (ELY, 2010, p. 98)

Ele utiliza como parâmetro de sua argumentação para encontrar os fundamentos externos que justificariam a interpretação de normas constitucionais a nota 4 do voto do juiz Harlan Stone na decisão da Suprema Corte no caso *Carolene Products Co. v. USA*, de 1938, que teria prefigurado o modo de agir da Corte Warren (ELY, 2010).

Esse precedente afirma que a função da Corte Constitucional é manter o funcionamento do regime democrático, garantindo a abertura dos canais de participação e comunicação, além de se preocupar com as questões decididas pela maioria em confronto com os direitos das minorias (ELY, 2010).

O adequando funcionamento da democracia será promovido pela jurisdição constitucional com uma postura de deferência às decisões do parlamento, salvo se houver uma desconfiança com “os nossos representantes eleitos, que tem óbvio interesse na manutenção do status quo” (ELY, 2010, p. 117).

Assim, a Corte Constitucional funcionaria como um árbitro do processo político democrático, intervindo nas situações de desconfiança, na qual sua atuação mais incisiva promoveria a abertura dos canais de participação popular. Seria cabível, nessa perspectiva, o o julgamento constitucional de invalidade de uma lei restritiva do direito ao voto ou uma lei que impedisse a liberdade de expressão ou de imprensa, pois se estaria inviabilizando a ampla participação do povo na deliberação política (ELY, 2010).

Por outro lado, a teoria da representação política deve ser ampliada para assegurar que os interesses da maioria impeçam o direito da minoria de ser representado. Desse modo, caberia uma atuação mais ativa do Poder Judiciário ao não acolher as decisões da maioria que afrontassem os direitos da minoria não suficientemente representadas no processo político. Quando ocorresse uma política pública contrária ao interesse de uma minoria estigmatizada, não se pode acolher a decisão advinda do parlamento, pois representativa da maioria opressora (ELY, 2010).

A atuação ativista do Poder Judiciário nessas circunstâncias não pode ser imputada de antidemocrática, pois ele estaria agindo exatamente para preservar e promover a efetiva participação popular no regime democrático (ELY, 2010).

De modo procedimentalista similar, Habermas (2003, v. 1) discorda do entendimento substancialista acolhido pelo Tribunal Constitucional alemão de que compete ao Poder Judiciário proteger uma ordem suprapositiva de valores estabelecida na constituição, pois se transformaria nesse caso numa “instância autoritária”.

Anota Habermas (2003, v. 1) que a existência de tribunais constitucionais não é auto-evidente, já que existem diversas democracias que não se valem deles, e mesmo naquelas que acolhem a jurisdição constitucional há controvérsias acerca da legitimidade de suas decisões. Desse modo, “não é inteiramente destituído de sentido reservar essa função (guarda da constituição) a um autocontrole do legislador” (HABERMAS, 2003, v. 1, p. 301).

Como Habermas (2003, v. 1) condiciona a legitimidade do direito à gênese democrática das leis, competiria ao Tribunal Constitucional proteger esse sistema de direitos fundamentais que possibilita a autonomia pública e privada. “Por isso, o Tribunal Constitucional precisa examinar os conteúdos de normas controvertidas especialmente no contexto dos pressupostos comunicativos e condições procedimentais do processo legislativo

democrático” (HABERMAS, 2003, v. 1, p. 326).

Assim, se a decisão de maiorias eventuais afrontar os direitos elencados nos pressupostos habermesianos como condicionantes da democracia, justifica-se o controle judicial “ofensivo”, aliás tal atitude seria “até exigida normativamente” (HABERMAS, 2003, v. 1).

Há que se ressaltar que esses pressupostos procedimentais em Habermas são bem mais elásticos que em Ely, pois englobariam até condições de vida social e ecológica (HABERMAS, 2003, v. 1).

Por outro lado, ainda que seja atribuição da Corte Constitucional proteger o processo de criação democrática do direito, ela não pode entender a si mesma como uma “guardiã dos valores suprapositivos da comunidade”, porque, nessa situação, estaria assumindo um papel de “tutor” de uma sociedade “menor de idade” (HABERMAS, 1997).

5.5 A jurisdição constitucional como protetora da constituição contra a maioria política

A democracia substancialista liberal propõe um papel à jurisdição constitucional de um efetivo meio de proteção dos direitos individuais. Defende uma atuação mais ativa da jurisdição constitucional na defesa dos direitos constitucionais de forte conteúdo moral restringindo a deliberação política da maioria (SARMENTO; SOUZA NETO, 2012).

Dworkin (2014) analisa a adequação do controle judicial de constitucionalidade a partir da divisão que propõe das duas concepções de democracia, a majoritarista que se fundamenta na necessidade da adesão de um maior número de pessoas, e a coparticipativa, cuja legitimidade repousa em tratar todos os cidadãos com igual respeito e consideração.

Argumenta que a teoria majoritarista não rejeita peremptoriamente a jurisdição constitucional, mas a trata com desconfiança e como uma anomalia na ordem democrática. Essa seria a posição procedimentalista de Ely, que acolhe o controle judicial de constitucionalidade de forma restritiva para declarar inconstitucional leis que dificultem a deliberação política – como liberdade de imprensa e de manifestação de pensamento – a fim de aumentar a possibilidade que ela espelhe a vontade da maioria dos cidadãos. No entanto, Ely não concorda que uma minoria de juízes não eleitos modifiquem a decisão da maioria estável em questões substanciais controversas, como, por exemplo, pena de morte e aborto (DWORKIN, 2014).

Na concepção coparticipativa proposta por Dworkin, a jurisdição constitucional é um meio (mas não o único) para promover e aperfeiçoar a legitimidade das decisões políticas.

Evidentemente, o controle judicial de constitucionalidade impõe um desequilíbrio na igualdade política ao conferir maior peso às deliberações dos juízes constitucionais, no entanto, o “judicial review” não seria antidemocrático ao atender aos pressupostos dworkianos (DWORKIN, 2014).

Como a escolha dos juízes constitucionais não decorre de uma discriminação de nascimento ou riqueza, consegue ultrapassar sem maiores problemas o primeiro pressuposto apresentado por Dworkin. Ademais, a crítica apresentada aos juízes de que iriam possuir imenso poder político também poderia ser dirigida a vários agentes públicos não eleitos, como o Presidente do Banco Central e o Ministro da Defesa, além do fato que nesses a parcela de poder seria maior pois a decisão seria individual, sendo que no Tribunal Constitucional ela seria coletiva (DWORKIN, 2014).

Contudo, o segundo pressuposto é muito mais tormentoso: o judicial review aperfeiçoa a legitimidade política?

Dworkin (1996) acredita que por não se encontrar atrelado a compromissos majoritários como o parlamento e pelo fato de que suas decisões demandarem uma fundamentação argumentativa, o Poder Judiciário seria o local para melhor analisar questões de princípio.

Os legisladores que foram eleitos e que devem ser reeleitos por uma maioria política se situarão, mais provavelmente, em toda discussão relevante, do lado da maioria do que contra ela; se eles vierem a se opor muito firmemente aos desejos da maioria, tal comportamento pode conduzi-los à posição dos que não fazem parte dela. Por essa razão, os legisladores parecem menos inclinados a tomar decisões fundamentais quanto aos direitos da maioria do que os dirigentes oficiais, menos vulneráveis nesse aspecto. (DWORKIN, 2010, p. 308)

Adverte Dworkin que os juízes podem cometer erros extremamente graves para a comunidade política (como por exemplo no New Deal e nas Eleições Presidenciais de 2000), no entanto isso não seria uma característica apenas do “judicial review”, pois pode ocorrer também com qualquer outro agente público, inclusive escolhido pelo povo (DWORKIN, 2014).

Embora mais cético atualmente em relação ao *judicial review* devido às recentes decisões da maioria conservadora da Suprema Corte dos Estados, continua a sustentar que, de maneira geral, ele aperfeiçoa a legitimidade política, especialmente em países cuja maioria historicamente tende a desrespeitar os direitos fundamentais (DWORKIN, 2014).

Dworkin entende o “Direito como integridade”, como um conjunto de princípios e valores que, diversamente dos direitos naturais, foram sedimentados historicamente e

compartilhados pela sociedade norte-americana. Competiria ao juiz (hércules) com capacidade sobre-humana a tarefa de interpretar o ordenamento jurídico e os precedentes judiciais conferindo coerência à estrutura política e jurídica da comunidade (DWORKIN, 2002).

Para desenvolver essa atividade, o Juiz Hércules se valerá da metáfora de Dworkin do “romance em cadeia”, na qual, geração a geração, interpretará o direito como um romance em capítulos, em que o antecedente prepara a história para o capítulo seguinte, com todas variáveis e inovações, mas mantendo uma unidade e coerência ao longo da história (DWORKIN, 2010)

O Juiz Hércules não é um rei-filósofo ao modelo platônico, “não é um tirano usurpador que procura enganar o povo e despojá-lo do seu poder democrático”, mas é sua atribuição conduzir “a verdadeira significação da Constituição, mãe e guardiã da democracia” (DWORKIN, 2010, p. 433).

Um dos fundamentos do pensamento de Dworkin (2010) é a ideia de que a interpretação de cada norma jurídica, que tem uma finalidade, não está à disposição do intérprete, mas é um sentido coletivo, que confere uma unidade. “O objetivo de todo processo interpretativo é descobrir esse intento coletivo” (BELLO FILHO, 2003, p. 103).

Dworkin (2001) propõe uma diferença fundamental na sua teoria jurídica que ocorre entre princípios (“principles”) e diretrizes políticas (“policies”). Os princípios são direitos fundamentais, são espécies normativas; as diretrizes políticas são metas coletivas, vantagens para a sociedade.

Os princípios, na concepção de Dworkin (2002), não podem ser mitigados para prestigiar diretrizes políticas relativas ao interesse coletivo, salvo quando em conflito com outros direitos, outros princípios. Desse modo, os princípios, os direitos fundamentais, valeriam como “trunfos contra a maioria”, que impediria a utilização de argumentos de diretrizes políticas, de “razão do Estado” ou qualquer outro interesse coletivo contra os direitos fundamentais (DWORKIN, 2001).

A legitimidade do *judicial review* nessas circunstâncias decorreria de que os tribunais constitucionais seriam órgãos (“fóruns”) mais vocacionados para a defesa dos princípios que o parlamento sujeito às ingerências da maioria política (DWORKIN, 2001).

Rawls (2011) também descreve as cortes constitucionais como instituições deliberativas na qual ocorre debate e justificação pública que favoreceriam as decisões contramajoritárias em relação ao parlamento no qual não se exige na votação normalmente fundamentação. Também legitima o *judicial review* a publicidade das decisões, que se

transformam em argumentos que se espera que todos cidadãos concordem, e autoridade moral do tribunal constitucional que em geral não dispõe de meios para fazer cumprir sua decisão (RAWLS, 2011).

Dessa forma ocorre uma releitura do princípio democrático com a participação do Poder Judiciário.

A proposição fundamental todo poder provém do povo exige conceber não só o parlamento como, ainda, o tribunal constitucional como representante do povo. A representação ocorre, certamente, de modo diferente. O parlamento representa o cidadão politicamente, o tribunal argumentativamente. (ALEXY, 2007, apud SARMENTO; SOUZA NETO, 2012, p. 35)

Além do mais, a alegada objeção democrática do juiz constitucional funcionaria na verdade como uma justificativa, pois seria um *player* fora das discussões políticas ordinárias e não estando submetido ao crivo constante do cidadão estaria mais preparado para defender os direitos fundamentais da sociedade (SAMPAIO, 2002).

5.6 A jurisdição constitucional na realidade jurídica e política brasileira

As teorias que buscam analisar, criticar e justificar a jurisdição constitucional precisam ser confrontadas com a realidade jurídica e política brasileira, em especial com o esboço delineado pela Constituição Federal de 1988.

O denominado constitucionalismo popular do autor norte-americano Jeremy Waldron não guarda correspondência com o controle judicial de constitucionalidade estabelecido na Constituição de 1988, bem como com a própria história das instituições políticas e jurídicas nacionais.

Diversamente da Constituição dos Estados Unidos, a Constituição do Brasil de 1988 expressamente estabelece a jurisdição constitucional quer na modalidade do controle abstrato-concentrado realizado pelo Supremo Tribunal Federal, conforme a alínea “a” do inciso I do art. 102, quer na espécie concreta-difusa, empreendida por todos os juízes segundo dispõe o art. 5º, XXXV.

Embora não se deva idealizar o Poder Judiciário, não se pode também fazer o mesmo com o Poder Legislativo, ainda mais no Brasil no qual existe uma crise de representatividade do parlamento (SARMENTO; SOUZA NETO, 2012).

Talvez sua única contribuição pátria seja lembrar que a constituição nem é um documento exclusivamente jurídico, a demandar apenas uma interpretação realizada por *experts* jurídicos, mas um fenômeno também sociológico, cultural e político, cujo procedimento interpretativo envolve todos os cidadãos (STAMATO, 2009)

Na conhecida passagem de Peter Häberle (2000, p. 5): “Quem vive a norma acaba por interpretá-la ou pelo menos co-interpretá-la. Toda atualização da Constituição, por meio de qualquer indivíduo, constitui, ainda que parcialmente, interpretação constitucional antecipada”.

Por outro lado, pode parecer à primeira vista que essa discussão acerca da legitimidade do controle judicial de constitucionalidade é irrelevante no caso brasileiro pois consagrada explicitamente no texto constitucional. Ocorre que, em razão do déficit de legitimidade da jurisdição constitucional, mesmo positivada ela precisa ser reafirmada diuturnamente, como um “plebiscito diário” (ENTERRIA, 1979 apud SAMPAIO, 2002).

Assim, embora a jurisdição constitucional brasileira não necessite de justificativa legal, “[...] encontram-se em aberto questões relativas ao seu alcance e profundidade, uma vez que elas não podem ser resolvidas por inteiro por meio de regramentos abstratos e prévios à prática jurisdicional” (MORO, 2004, p. 110).

A teoria procedimentalista de Ely sofre severas críticas de sua pretensão restritiva da atuação do Poder Judiciário o qual caberia funcionar como uma “orientação antitruste” sem qualquer valoração substantiva das leis. Michael Dorf e Laurence Tribe (2007, p. 37) expõem que mesmo a premissa procedimentalista de Ely não escapa de uma análise substantiva ao, por exemplo, analisar a igualdade de acesso político, pois “decidir que classe de participação demanda a Constituição requer uma teoria dos valores e dos direitos plenamente substantiva”.

Ademais, a teoria procedimentalista, em especial de vertente habermesiana, supõe uma “sociedade definitivamente emancipada”, diversamente da realidade de exclusão social brasileira, onde não teríamos ainda um espaço público consistente de deliberação, mas uma legislação que em geral espelha não a vontade geral, mas a própria exclusão social nacional (STRECK, 2014).

A Constituição Federal de 1988, de evidente natureza compromissória, é impregnada de diversas normas fundamentais substantivas, inclusive de direitos sociais, que extrapolam uma relação direta com o processo de deliberação política conforme preceituado pela teoria procedimentalista.

Sem embargo, a teoria procedimentalista tem a relevância de ressaltar a equânime participação popular no processo de uma deliberação pública racional, afastando-se teses

elitistas da jurisdição constitucional, e pode ser aproveitada para graduar a intensidade da intervenção judicial na decisão política (MORO, 2004).

Caberia à jurisdição constitucional brasileira, portanto, levar a sério esses direitos fundamentais consagrados no texto constitucional, mesmo que contrariando a vontade momentânea da maioria, o que redundaria necessariamente numa abordagem substancialista da jurisdição constitucional.

No entanto, o Supremo Tribunal Federal não pode cair na tentação de se transformar de maneira antidemocrática na “mais alta instância moral da sociedade” a quem competiria a interpretação dos valores e dos direitos da comunidade (MAUS, 2000).

Também esse excesso de “paternalismo estatal” pelo Supremo Tribunal Federal poderia levar à perda da autonomia pública, “ao gozo passivo de direitos” por parte dos cidadãos que enfraqueceria a mobilização política popular (HABERMAS, 2003, v. 1).

Sem embargo, como bem ressalta Lenio Streck (2014), diversamente da Alemanha e dos Estados Unidos, o grau de inefetividade do texto constitucional na realidade brasileira tornou a jurisdição constitucional praticamente indispensável para realizá-lo.

Assim, o Poder Judiciário no Brasil vem se transformando numa “nova arena pública”, para além do modelo clássico “sociedade civil-partidos-representação-formação majoritária”, no qual os procedimentos políticos cedem lugar aos processos judiciais (BURGOS et al., 1999).

Talvez a principal crítica ao modelo de jurisdição substantiva de Dworkin seja a figura do “Juiz Hércules” que pela sua virtude identificaria os direitos fundamentais e os aplicaria como “carta de trunfo” contra a maioria. Um juiz que não participaria de um diálogo com a sociedade. “Suas narrações construtivas são monólogos. Ele não conversa com ninguém, a não ser com seus livros. Não tem nenhum enfrentamento. Não se encontra com ninguém” (MICHELMAN, 1994 apud SAMPAIO, 2002, p. 87).

No Brasil estão sendo adotadas medidas para fortalecer a legitimidade do Supremo Tribunal Federal, como a audiência pública e o *amicus curiae*, que expressam uma abertura da Corte Constitucional para um diálogo com a sociedade.

Bem anota Daniel Sarmento e Souza Neto que tensão entre o Poder Judiciário e a democracia existe porque a restrição às maiorias pelo Poder Judiciário seria justificada em nome do ideal democrático na proteção dos direitos fundamentais, mas seu excesso pode se revelar antidemocrático, por sufocar o povo na sua liberdade de autogovernar. Mas, no Brasil, “a dificuldade democrática pode não vir do remédio – o controle judicial de constitucionalidade – mas de sua dosagem” (SARMENTO; SOUZA NETO, 2012, p. 36).

6 LEI DA FICHA LIMPA

“El derecho y la democracia son construcciones humanas: dependen de la política y de la cultura, de la fuerza de los movimientos sociales y del empeño de cada uno de nosotros. Por eso todos nosotros, por cómo somos y por cómo seremos, tenemos una parte de responsabilidad” (LUIGI FERRAJOLI)

6.1 Democracia participativa deflagradora do projeto de iniciativa popular

A mobilização da cidadania para o projeto de lei iniciativa popular denominado ficha limpa foi deflagrada após a decisão do Supremo Tribunal Federal julgando improcedente a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) nº 144.

A aludida ADPF nº 144 foi proposta em 2008 pela Associação dos Magistrados do Brasil (AMB) pleiteando a eficácia imediata do art. 14, parágrafo 9º, da CF/88, independente da elaboração de lei complementar e assim afastando do pleito candidatos cuja vida pregressa fosse incompatível com o exercício do mandato.

No entanto, o Supremo Tribunal Federal, por maioria, vencidos os Ministros Ayres Britto e Joaquim Barbosa, julgou improcedente a ação, sob o fundamento de que o art. 14, parágrafo 9º, da CF/88, seria uma norma constitucional de eficácia limitada e assim apenas com a criação de uma nova lei complementar se poderia analisar a vida pregressa do candidato para poder excluí-lo das eleições.

Assim, “O Supremo transferiu para o legislativo a responsabilidade por aprovar Lei Complementar prevendo novos casos de inelegibilidade, considerando a vida pregressa do candidato” (ACCIOLY, 2010, p. 161).

Seguindo, portanto, as premissas do aludido julgamento, foi lançada em abril de 2008, pelo Movimento de Combate à Corrupção Eleitoral (MCCE), a campanha de colheita de assinaturas necessárias para apresentar o projeto de lei de iniciativa popular denominado ficha limpa. Esse movimento contou com a participação, à época, de 43 entidades dos mais diversos segmentos da sociedade civil organizada, como a Confederação Nacional dos Bispos do Brasil (CNBB), a Ordem dos Advogados do Brasil (OAB), a Associação Nacional dos Procuradores da República (ANPR) e a AMB (Associação dos Magistrados do Brasil) (PINTO; PETERSEN, 2014).

Um ano e cinco meses após o início da campanha, foi entregue ao Presidente da Câmara dos Deputados, Michel Temer, o projeto de lei de iniciativa popular (PL 518-2009)

acompanhado de 1.516.479 assinaturas presenciais. Até o final de sua tramitação no parlamento, ainda foram recolhidas mais de 300.000 assinaturas pelo MCCE e cerca de 500.000 assinaturas virtuais coordenada pela organização não governamental Avaaz (STRAPAZZON, 2010; REIS, 2010).

O aludido projeto de lei tinha como redação originária a inelegibilidade daqueles candidatos que tiveram denúncia recebida ou condenação em primeira ou única instância, ainda que não transitada em julgado, pela prática de determinados ilícitos criminais e cíveis (PINTO; PETERSEN, 2014).

Na Câmara dos Deputados, entretanto, o projeto foi objeto de várias emendas, destaques e propostas de alteração. Após grandes discussões e debates, com grande pressão da sociedade e da imprensa, várias dessas emendas foram rejeitadas, no entanto, foi apresentado substitutivo pelo relator do projeto, Deputado José Eduardo Cardoso, acordado com o MCCE, com a modificação da proposta original, passando a ser considerados inelegíveis os candidatos que tiveram sofrido condenação por órgão colegiado, sem necessidade do trânsito em julgado (PINTO; PETERSEN, 2014).

Na Câmara dos Deputados, em votação no dia 05 de maio de 2010, o projeto foi aprovado por 388 votos a favor e apenas um único contra, do Deputado Marcelo Melo, que depois foi corregido sob a alegação de haver votado diversamente do que pretendia (ALMEIDA, 2012).

No Senado Federal houve modificação do projeto, atendendo proposta de Senador Francisco Dorneles, apenas para alteração do tempo verbal do futuro para o passado, com a modificação da expressão “os que tenham sido condenados” pela redação “os que forem condenados” . Depois, foi aprovado por unanimidade em 19 de maio de 2010.

Ao final, em 4 de junho de 2010, o projeto de lei de iniciativa popular foi sancionado pelo Presidente Luiz Inácio Lula da Silva, transformando-se na Lei Complementar nº 135, que entrou em vigor na data de sua publicação, em 7 de junho de 2010.

Houve, assim, o duplo coroamento da Lei da Ficha Limpa na democracia mista ou semidireta brasileira, pois contou com ampla mobilização da sociedade civil organizada no viés da democracia participativa e foi aprovada por unanimidade da Câmara dos Deputados e no Senado Federal, contanto, também com a promulgação presidencial.

A Lei da Ficha Limpa trouxe profundas alterações na Lei das Inelegibilidades (Lei Complementar nº 64/90) e veio ao encontro da pretensão atual da sociedade brasileira de regras mais rígidas que impedissem a candidatura de políticos cuja vida pregressa não

demonstrasse a moralidade necessária para o exercício do mandato. As principais alterações foram as seguintes: i) estabeleceu novas hipóteses de inelegibilidade; ii) ampliou consideravelmente os prazos de inelegibilidades existentes; iii) rompeu com a exigência do trânsito em julgado para aplicação da inelegibilidade.

Ainda durante a sua tramitação, a Lei da Ficha Limpa foi objeto de diversas discussões acerca de sua constitucionalidade, sendo apreciada pela primeira vez pelo Supremo Tribunal Federal em 22.09.2010, por meio do Recurso Extraordinário nº 630.147-DF, rel. Min. Ayres Britto (Caso Joaquim Roriz).

Ele analisava conjuntamente três ações de impugnação de registro de candidatura propostas contra o candidato ao Governo do Distrito Federal, Joaquim Roriz, por incidir na inelegibilidade descrita no art. 1º, I, “k”, da LC 64-90, com a redação conferida pela Lei da Ficha Limpa, ao haver renunciado ao mandato de Senador da República em 04.07.2007.

Sua candidatura foi indeferida pelo Tribunal Regional Eleitoral do Distrito Federal e interposto recurso ordinário ao Tribunal Superior Eleitoral não foi concedido efeito suspensivo com fundamento na resposta conferida pela Corte à Consulta n. 1147-2010, na qual restou informado que a Lei da Ficha Limpa deveria ser aplicada para as Eleições de 2010 e poderia incidir sobre fatos anteriores a sua promulgação.

Foi interposto, desse modo, o aludido recurso ao Supremo Tribunal Federal, questionando, entre outros, a ofensa ao princípio da anualidade da lei eleitoral, descrito no art. 16, da CF-88, segundo qual a lei que modificar o processo eleitoral apenas se aplicará as eleições que ocorrerem após um ano de sua publicação, e desrespeito ao princípio da irretroatividade das leis, pois a renúncia ao mandato de Senador da República após o oferecimento de representação capaz de instaurar processo por falta de decoro parlamentar – nova hipótese de inelegibilidade da Lei da Ficha Limpa – ocorreu em 2007, mais de dois anos antes da promulgação da lei que ocorreu em 2010.

Conquanto alguns Ministros tenham adentrado na discussão de mérito das inconstitucionalidades suscitadas, o julgamento do recurso foi prejudicado porque o recorrente Joaquim Roriz renunciou sua candidatura durante a apreciação do recurso extraordinário.

A segunda oportunidade em que o Supremo Tribunal Federal enfrentou a (in)constitucionalidade da Lei da Ficha Limpa foi em 23.03.2011, no julgamento do Recurso Extraordinário nº 633.703-MG, rel. Min. Gilmar Mendes.

Versava sobre o registro de candidatura de Leonídio Henrique Bouças ao cargo de Deputado Estadual indeferido pelo Tribunal Regional Eleitoral de Minas Gerais, ao argumento de seria inelegível por incorrer no art. 1º, I, “1”, da LC 64-90, com a redação decorrente da Lei da Ficha Limpa, por haver sido condenado pelo Tribunal de Justiça de Minas Gerais, em 18.12.2007, pela prática de ato de improbidade administrativa.

Interpôs recurso ordinário ao Tribunal Superior Eleitoral, que manteve o entendimento do TRE-MG. Insatisfeito, interpôs o referido recurso extraordinário ao Supremo Tribunal Federal, sob a alegação de: a) não observância do princípio da anualidade eleitoral (art. 16, CF); b) afronta ao princípio da presunção de não culpabilidade (art. 5º, LVII, CF).

Em razão da prejudicialidade do princípio da anualidade da lei eleitoral, o julgamento no Supremo Tribunal Federal se centrou primeiramente nessa questão. Como a Corte não estava com sua composição completa, devido a aposentadoria do Ministro Eros Grau e sem a nomeação do novo Ministro pelo Presidente da República, houve desconcertante empate no julgamento.

O Ministro Relator Gilmar Mendes deu provimento ao recurso extraordinário com a não aplicação da Lei da Ficha Limpa às Eleições de 2010, em respeito ao art. 16, da CF-88. Acompanharam seu voto os Ministros Dias Toffoli, Cezar Peluso, Marco Aurélio e Celso de Mello. Em sentido contrário, negando provimento ao recurso por não vislumbrar ofensa ao princípio da anualidade da lei eleitoral e por conseguinte entendendo que ela deveria ser aplicada às Eleições de 2010, votaram os Ministros Ricardo Lewandowski, Cármen Lúcia, Joaquim Barbosa, Ayres Britto e Ellen Gracie.

Esse empate apenas foi resolvido com a posse do Ministro Luiz Fux, que fez maioria ao acompanhar o voto do Ministro Gilmar Mendes e assentar “a premissa de que o comando do art. 16 da CF e se dirige também a normas eleitorais de conteúdo substancial, a única conclusão possível de se alcançar, com a devida vênia dos entendimentos em contrário, é que as novas hipóteses de inelegibilidade previstas na LC nº 135-2010 não podem ser aplicadas as eleições ocorridas no próprio ano que entram em vigor”

Enfim, em 16.02.2012, a Lei da Ficha Limpa foi questionada em controle abstrato perante o Supremo Tribunal Federal por meio da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.578, proposta pela Confederação Nacional das Profissões Liberais – CNPL, da Ação Declaratória de Constitucionalidade nº 29, apresentada pelo Partido Popular Socialista – PPS e da Ação Declaratória de Constitucionalidade nº 30, requerida pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil – OAB.

Nessas referidas ações o Supremo Tribunal Federal analisou a (in)constitucionalidade da lei da ficha limpa em face de dois preceitos fundamentais, a saber: a) o princípio da irretroatividade das leis (art. 5º, XXXVI, da CF-88), em razão da sua pretensão de se aplicar a situações anteriores à data da sua publicação, b) o princípio da presunção de inocência (art. 5º, LVII, da CF-88), devido a impor a candidato que tem contra si decisão condenatória de órgão colegiado ainda não transitada em julgado.

É a partir de uma análise das razões expostas nesse precedente que se almeja discutir criticamente a atuação do Supremo Tribunal Federal no controle de constitucionalidade de uma lei de iniciativa popular proveniente do exercício da democracia participativa em confronto com os direitos fundamentais.

6.2 A decisão do Supremo Tribunal Federal em controle abstrato acerca da (in)constitucionalidade da Lei da Ficha Limpa

6.2.1 A inelegibilidade como “mero requisito” para que o indivíduo possa ser candidato

Como pressuposto para se perquirir a (in)constitucionalidade da lei da ficha limpa em relação ao princípio da irretroatividade da lei e ao princípio da presunção de inocência é imprescindível se analisar a natureza jurídica da inelegibilidade descrita na Lei da Ficha Limpa.

Seria essa inelegibilidade simplesmente um requisito para que o cidadão possa concorrer a um mandato político? Ou seria uma sanção pela prática de um ilícito que restringiria o direito político passivo? Ou teria essa inelegibilidade uma natureza híbrida de requisito e sanção?

A resposta a essas indagações é fundamental para se desenvolver uma análise sólida acerca da (in)constitucionalidade da lei da ficha limpa em relação aos preceitos de direitos fundamentais invocados.

Inicialmente essa questão foi enfrentada pelo Tribunal Superior Eleitoral na Consulta n. 1147-09.2010.6.00.0000, formulado pelo Deputado Federal Ilderlei Cordeiro (PPS-AC).

Em seu voto, o Ministro Relator Arnaldo Versiani ressaltou que “a inelegibilidade, assim como a falta de qualquer condição de elegibilidade, nada mais é do que uma restrição temporária à possibilidade de qualquer pessoa se candidatar, ou melhor, de exercer algum mandato”.

No julgamento conjunto das ADCs 29 e 30 e da ADIn 4.57 pelo Supremo Tribunal Federal, o Ministro Relator Luiz Fux considerou que a elegibilidade seria a adequação do indivíduo às leis do sistema eleitoral, sendo a inelegibilidade o “requisito negativo” que o cidadão não deve incorrer para que possa pleitear um cargo eletivo.

Salienta que essa adequação é dinâmica e mutável em relação às novas leis que vão sendo criadas a partir de determinada exigência da sociedade e não se confunde com a imposição de nova pena ou agravamento de uma anterior.

Ao afirmar que “inelegibilidade não é pena”, ressaltou o Ministro Joaquim Barbosa que aquelas inelegibilidades introduzidas pela Lei da Ficha Limpa não seriam punições advindas de um regime totalitário, mas uma hipótese legal baseada em “critério objetivo” proveniente de um regime democrático.

No mesmo caminho trilham os votos dos Ministros Ricardo Lewandowski, Rosa Weber, Cármen Lúcia, Ayres Britto e Marco Aurélio, embora esses dois últimos não tenham expressamente discorrido sobre a natureza jurídica da inelegibilidade, conduziram os seus votos para esse mesmo pressuposto.

Assim, a inelegibilidade não teria a natureza jurídica de sanção, pois seu objetivo não é punir, já que não tem no indivíduo seu principal destinatário, mas a defesa da coletividade ao preservar a legitimidade das eleições, estabelecendo preceitos mínimos para o registro de candidaturas.

A divergência no Supremo Tribunal Federal é instaurado pelo Ministro Celso de Mello sob o argumento de que existem inelegibilidades que configuram típica sanção de direito eleitoral cuja incidência restringe a capacidade eleitoral passiva do cidadão brasileiro.

Mais enfático foi o Ministro Cezar Peluso ao afirmar que uma lei que atribui a um fato um efeito negativo, lesivo e restritivo de um direito subjetivo é evidentemente uma sanção. De maneira didática explica que:

Um mal, normativamente cominado, nunca pode ser entendido de outro modo em Direito: todo mal atribuído pelo ordenamento é sempre uma sanção em sentido lato, mas sempre sanção, ainda que não o seja de cunho penal. Não há dúvida alguma de que esse efeito jurídico atribuído pela lei nova como causa de inelegibilidade significa clara subtração de um direito público subjetivo e, portanto, uma redução do patrimônio ou esfera jurídica do cidadão. (BRASIL, 2012)

Os Ministros Gilmar Mendes e Dias Toffoli, ainda que não tenham explicitamente tratado da natureza jurídica da inelegibilidade, acompanharam implicitamente esse fundamento ao se considerar a conclusão de seus votos.

Ao final do julgado, prevaleceu no Supremo Tribunal Federal, por ampla maioria, o entendimento de que a inelegibilidade não é pena, mas apenas um requisito para que o cidadão possa ser candidato.

6.2.2 A constitucionalidade da Lei da Ficha Limpa em face do princípio da irretroatividade das leis: a possibilidade de sua aplicação a fatos anteriores a sua promulgação

Com a promulgação da Lei da Ficha Limpa, debatia-se a aplicação das novas hipóteses de inelegibilidades por ela criadas, bem como o aumento do prazo de inelegibilidade daquelas já existentes, a situações que ocorreram antes de sua promulgação em 04.06.2010.

A pretensão legal de alcançar essas situações anteriores advém do novel procedimento criado pela Lei da Ficha Limpa que introduziu o art. 26-C na lei das inelegibilidades, segundo qual os candidatos que incidem nas inelegibilidades ainda não transitas em julgado poderão recorrer ao juízo *ad quem* para que seja antecipada a suspensão da condenação que redunde na inelegibilidade.

Por sua vez, o art. 3º, *caput*, da Lei da Ficha Limpa, expressamente prevê a possibilidade da utilização desse procedimento, com o aditamento de recurso já interposto, de candidato condenado em situação agora prevista como causa de inelegibilidade pela Lei da Ficha Limpa, ou seja, de fatos que anteriormente não eram descritos como situações que implicavam inelegibilidade, mas que o foram pela Lei da Ficha Limpa e, portanto, tornaram inelegível o candidato.

Assim, sendo explícita a finalidade da Lei da Ficha Limpa de também buscar alcançar os fatos anteriores à sua vigência, há que se analisar se essa pretensão implica em evidente caráter retroativo com ofensa do princípio da irretroatividade da lei, disposto no art. 5º, XXXVI, CF/88, *verbis*: “a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada”.

Essa discussão envolve, por exemplo, as seguintes questões práticas: Será inelegível o parlamentar que renunciou ao mandato em 2008 após representação que poderia culminar com a perda do seu mandato, quando à época inexistia tal inelegibilidade (art. 1º, I, “k”, da LC nº 64/90, com a redação da LC nº 135/2010)? Será inelegível o prefeito que perdeu o mandato por crime de responsabilidade quando já se passaram os três anos da inelegibilidade estipulada na vigência da LC nº 64/90, mas ainda se encontra no prazo de oito anos acrescido pela LC nº 135/2010?

A solução dessa questão se encontra também umbilicalmente ligada à natureza jurídica da inelegibilidade, vale dizer, em geral, aqueles que compreendem as inelegibilidades da lei da ficha limpa como sanção, tendem a considerar que ao alcançar fatos anteriores à sua vigência ela estaria retroagindo, o que não seria constitucionalmente permitido; por outro lado, quem sustenta que a inelegibilidade seria apenas um requisito para aferir o registro de determinado candidato, sem caráter sancionatório, concebe sua aplicação a situações anteriores como eficácia imediata.

Antes da apreciação pelo Supremo Tribunal Federal, a situação foi debatida pelo Tribunal Superior Eleitoral, que em consulta respondeu que a LC nº 135/2010 se aplicaria a situações ocorridas antes da sua vigência, pois “a incidência da nova lei a casos pretéritos não diz respeito à retroatividade de norma eleitoral, mas, sim, à sua aplicação aos pedidos de registro de candidatura futuros, posteriores à entrada em vigor” (BRASIL, 2010, p. 21).

No julgamento conjunto das ADC 29 e 30 e da ADIn 4.578, o Ministro Relator Luiz Fux considerou que a aplicação da LC 135/2010 a fatos anteriores não violaria o princípio constitucional da irretroatividade das leis. Como não considera a inelegibilidade uma sanção, entende que a imposição de um novo requisito negativo a quem pretende ser candidato a cargo político não se confunde com a imposição de nova pena ou agravamento de uma anterior, daí não há que se falar em um direito adquirido de ser candidato.

Com esteio na doutrina civilista alemã, faz a distinção entre: a) retroatividade autêntica, na qual a norma tem eficácia *ex tunc*, gerando efeitos sobre situações pretéritas, vedada pelo texto constitucional pátrio e; b) retroatividade inautêntica (ou retrospectividade), quando a norma jurídica atribui efeitos futuros a situações passadas, exemplificando, em seu voto, a alteração do regime de previdência de servidor público, na qual o sujeito que ainda não atingiu os requisitos para se aposentar teria apenas uma expectativa de direito que pode ser a qualquer momento alterada e, portanto, essa mudança legislativa não seria proibida pela Constituição Federal de 1988.

A LC nº 135/2010 seria, para o Ministro Relator Luiz Fux, uma hipótese clara de retroatividade inautêntica, ao estabelecer limitação prospectiva ao direito de concorrer a cargos eletivos com base a fatos já ocorridos.

Ressaltou que essa questão da irretroatividade de uma lei que estabelece novas inelegibilidades já foi enfrentada em outras oportunidades pelo Supremo Tribunal Federal e pelo Tribunal Superior Eleitoral, em especial quando da promulgação da Lei Complementar nº 64/90, revogando a Lei Complementar nº 5/70.

Nesse aspecto, o Tribunal Superior Eleitoral, no ano de 1990, declarou inelegível, com fundamento no então novo art. 1º, I, “e”, da LC 64/90, candidato condenado criminalmente com trânsito em julgado por crime eleitoral do art. 329, do CE, em 03/01/89, portanto, antes da vigência da LC nº 64/90 (Ac. nº 11.403, rel. Min. Pedro Acioli, j. 01.09.1990).

Esse entendimento também foi seguido pelo Supremo Tribunal Federal na hipótese de aplicação do então novel art. 1º, I, “g”, da LC/64, a fatos anteriores à sua publicação, sob o fundamento de que haveria aplicação imediata da nova legislação e não a sua retroatividade (STF, MS nº 22.087-2, rel. Min. Carlos Velloso, DJU 10.05.1996).

Com esteio nesses precedentes, foi citada mais de uma vez nos votos dos Ministros do Supremo Tribunal Federal a seguinte lição de Niess (2000, p. 148):

Sujeitam-se a ela também os que tenham sido processados e condenados antes da entrada em vigor da Lei Complementar nº 64/90, a menos que tiverem readquirido a elegibilidade ainda sob a vigência da Lei Complementar nº 5/70. É que o diploma de 1990 tem natureza civil, não tipificando delitos (exceto o art. 25), mas complementando dispositivo constitucional relativo a inelegibilidades, e apanhando, assim, todos aqueles que se enquadrem nas situações nela agrupadas, no momento de sua imposição. Isto não significa ter a lei efeito retroativo, mas sim aplicação imediata.

O Ministro Dias Toffoli sustentou que a incidência da LC 135/2010 a casos pretéritos não configura retroatividade, mas apenas a aplicação imediata da lei a efeitos provenientes de fatos vindouros, inclusive porque o “momento do tempo” na seara eleitoral não é a da prática do ato ou fato, mas a data que o candidato registra sua candidatura.

Também acompanharam o relator os Ministros Ricardo Lewandowski, Cármen Lúcia e Ayres Britto, não compreendendo que as situações de inelegibilidades advindas da Lei da Ficha Limpa como aplicação retroativa, pois ela é aferida pela lei vigente no momento do registro da candidatura.

A Ministra Rosa Weber, por sua vez, divergiu parcialmente das razões do Ministro Luiz Fux, pois entendeu que a Lei da Ficha Limpa, ao alcançar atos e fatos ocorridos antes da sua vigência, evidentemente retroagiu no tempo. Contudo, asseverou que na Constituição Federal de 1988, por força do art. 5º, XXXVI, não há vedação absoluta à edição de leis com efeitos retroativos, apenas quando ocorre afronta ao direito adquirido, ato jurídico perfeito e coisa julgada.

Na hipótese da Lei da Ficha Limpa, defendeu a sua aplicação às situações anteriores à sua vigência, pois as inelegibilidades descritas anteriormente na legislação não se

incorporam ao patrimônio jurídico do candidato a tal ponto de haver um direito adquirido de ser candidato. Valeu-se do precedente firmado pelo STF no RE 10.127, rel. Min. Carlos Velloso, de 24.09.1992, que assentou “[...] impossível se falar em direito adquirido, face à ausência de elementos constitutivos de sua formação [...] O que se verifica no caso sob exame é o efeito dinâmico de uma situação alcançada pela norma superveniente de direito público”.

Divergindo do posicionamento do relator, o Ministro Gilmar Mendes trouxe à colação a lição de Moreira Alves, exposta na ADIn 493 (j. 15.06.1992), segundo a qual as leis dispõem para o futuro, mas excepcionalmente retrocedem para alcançar situações pretéritas que são de três graus, máxima, média e mínima. As leis de retroatividade máxima abrangem a coisa julgada ou fatos jurídicos já consumados. As de retroatividade média atingem os direitos exigíveis, mas não realizados antes da sua vigência, como, por exemplo, uma lei que diminuísse os juros e se aplicasse aos já vencidos, mas não pagos. Por fim a retroatividade mínima, quando atinge apenas os efeitos dos fatos anteriores, observados após a data em que ela entrou em vigor, como uma lei que reduz a taxa de juros vencidos depois da data de sua vigência.

Nessa seara, aduz que a lei da ficha limpa insere-se, ao menos, na categoria de retroatividade mínima, podendo alcançar até a retroatividade máxima, assim, seria inconstitucional, em qualquer nível, por ofensa ao art. 5º, XXVI, da CF/88.

Sustenta que a pretensão da lei da ficha limpa de buscar disciplinar fatos pretéritos configura ainda seu caráter de lei casuística, pois deixa de ter caráter geral e passa a ter contorno pessoal ao impor a inelegibilidade a destinatários previamente conhecidos, e, portanto, desatendendo o princípio da igualdade, pois atinge pessoas determinadas segundo os fatos então definidos.

Acompanhou a divergência o Ministro Cezar Peluso, sob o fundamento de que a inelegibilidade é uma restrição de direitos e não pode alcançar os fatos ocorridos antes da sua vigência, sob pena de afrontar a segurança jurídica. Ao atingir fatos passados, a lei impediria o cidadão de sua capacidade de se autoadministrar, de sua dignidade, pois ele não teria possibilidade factual de eleger comportamentos com base em lei futura.

Assim desenvolveu seu raciocínio o Ministro Peluso:

No instante em que abstraio a vontade da prática do ato, para lhe atribuir efeito jurídico gravoso, trato o agente como incapaz, porque já não interessa à lei a vontade para esse fim [...] Com isso [...] o cidadão já não pode fazer nada, porque o ato já foi praticado e, portanto, o livre arbítrio dele não é

levado em conta, ele já não tem alternativa de fazer ou de deixar de fazer, ou seja, de praticar aquele ato que constitui hoje, por força da lei nova, causa de inelegibilidade, e assim é tratado como incapaz. (BRASIL, 2012).

Seguiram esse entendimento os Ministros Celso de Mello e Marco Aurélio. Assim, por sete a quatro, o Supremo Tribunal Federal julgou constitucional a aplicação da lei da ficha limpa a fatos anteriores à sua vigência, não havendo que se falar em eficácia retroativa, mas tão-somente eficácia imediata da lei, pois conquanto os fatos tenham ocorridos anteriormente, seus preceitos serão aplicados a pedidos de registros de candidaturas que ocorrem após a sua publicação.

6.2.3 A constitucionalidade em face do princípio da presunção de inocência

A grande mudança de paradigma advinda da Lei da Ficha foi a mitigação da exigência do trânsito em julgado da decisão condenatória para a aplicação da inelegibilidade, como se observa da nova redação do art. 1º, I, “d”, “h”, “j”, “l” e “p”, ao impossibilitar que o indivíduo condenado por “órgão colegiado”, ainda que não tenha havido trânsito em julgado, possa lançar-se candidato nas eleições.

No Supremo Tribunal Federal, quando do julgamento conjunto das ADCs 29 e 30 e ADI n. 4.578, foi analisado nesse ponto a (in)constitucionalidade da Lei da Ficha Limpa em face do princípio da presunção de inocência estatuído no art. 5º, LVII, da CF/88, já que a inelegibilidade seria imposta ao cidadão que ainda estava recorrendo decisão condenatória colegiada.

O Ministro Relator Luiz Fux observou que o objeto da demanda não é o alcance do direito fundamental da presunção de inocência quanto à esfera penal e processual penal, mas se ele se irradia para além desses limites estabelecidos pela literalidade do art. 5º, LVII, da Constituição de 1988.

Não compreende a presunção de inocência como uma norma-princípio, mas como uma norma-regra, ou seja, como uma norma de previsão de conduta de proibir a imposição de penalidade ou de efeitos da condenação criminal até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória.

Reconhece o Ministro Luiz Fux que com a redemocratização a presunção de inocência foi demasiadamente ampliada na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, mas que no atual momento, com instituições mais maduras, precisaria de uma “redução teleológica”, em especial na seara eleitoral.

Assim, identifica na Lei da Ficha Limpa, com a mitigação da exigência do trânsito em julgado, um “*overruling*” na decisão exposta pelo Supremo Tribunal Federal na ADPF 144, advindo diretamente do próprio cidadão brasileiro que anseia pela moralização do sistema eleitoral brasileiro.

A restrição imposta pela lei da ficha limpa ao direito político do cidadão de ser candidato não é arbitrária ao preservar o seu núcleo essencial atendendo aos critérios de proporcionalidade referente à adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito.

Para o Ministro Fux, portanto, a ponderação realizada deve pender em favor da constitucionalidade da lei, validando a escolha efetuada pelo próprio legislador que inclusive goza de primazia na interpretação democrática da constituição.

Em consonância com o relator, o Ministro Joaquim Barbosa salienta que a tensão entre os direitos políticos individuais e os direitos de moralidade derivados de toda sociedade, esse deve preponderar em face daquele, inclusive porque as inelegibilidades acrescidas pela Lei da Ficha Limpa não foram engendradas por um regime totalitário. Desse modo, as alegações de inconstitucionalidades decorreriam de uma interpretação limitada “[...] que privilegia uma maioria de ocupantes de cargos eletivos em detrimento de toda sociedade” (BRASIL, 2012).

Ao sustentar que inelegibilidade não é uma pena, o Ministro Joaquim Barbosa expressa que não haveria qualquer pertinência em analisar ofensa ao princípio da presunção de inocência. Recorda, aliás, que mesmo na seara penal, prevaleceu no Supremo Tribunal Federal por muito tempo, até 2009, o entendimento de que era possível a execução provisória da sentença penal condenatória ainda objeto de recurso extraordinário (HC 84.078, rel. Min. Eros Grau).

Embora acompanhando o relator, a Ministra Rosa Weber, com fundamento na unicidade do ordenamento jurídico, sustenta que o princípio da presunção de inocência produz efeitos em outros ramos do direito, inclusive na seara eleitoral.

O princípio da presunção de inocência, contudo, comportaria mitigações mesmo na seara criminal, como, por exemplo, na possibilidade da prisão provisória antes do trânsito em julgado da sentença penal condenatória e na realidade de outros países, como Estados Unidos e França, no qual a regra é a prisão com a sentença de primeira instância sendo condenatória mas objeto de recurso. No âmbito do Direito Eleitoral, as restrições ao princípio da presunção podem ser ainda mais intensas, pois prevalece a proteção da coletividade em prestígio à moralidade administrativa com detrimento do direito individual de ser candidato.

Em posição contrária, adverte o Ministro Dias Toffoli que o Supremo Tribunal Federal deve ter cautela no discurso moralizante que chega ao extremo de desrespeitar o núcleo essencial de direitos fundamentais como o postulado da presunção de inocência.

Recorda que no Supremo Tribunal Federal a presunção de inocência sempre esteve ligada “à aferição do trânsito em julgado da condenação como elemento prévio à formação do juízo de culpabilidade e à perda do status jurídico assegurado aos que sofreram tais cominações definitivas” e aduz que Tribunal Constitucional da Espanha, no “Caso da Ley General Tributaria”, decidiu que a presunção de inocência rege todo o ordenamento sancionador, seja penal ou administrativo.

O Ministro Gilmar Mendes criticou a utilização da “vontade do povo” ou da “opinião pública” para se relativizar o princípio da presunção de inocência no âmbito do sistema de inelegibilidades, mesmo que para atender a moralização da política, e enfraquecer a atuação do Poder Judiciário na garantia da efetividade das normas constitucionais ainda que seja contra a maioria popular momentânea.

As raízes históricas do princípio da presunção de inocência na tradição romano-germânica que advém da Revolução Francesa, assentou o Ministro César Peluso, asseguraria que a presunção de inocência fosse para efeito de prisão como qualquer outra medida gravosa. “Apenas leva em consideração a pendência do processo penal para dar ao réu a garantia de não lhe ser imposta qualquer medida gravosa antes da sentença penal condenatória (...) seja de ordem penal ou extrapenal”.

De igual modo, o Ministro Celso de Mello registra que a presunção de inocência, embora historicamente vinculada ao processo penal, também irradia seus efeitos para esferas não-penais projetando-se contra o abuso de poder e a prepotência do Estado. Discorda que a decisão de órgão colegiado conferiria maior legitimidade para a restrição da presunção de inocência, pois ela “não se esvazia progressivamente, à medida em se sucedem os graus de jurisdição (...) só deixa de prevalecer com o trânsito penal condenatória”.

Ao final, por sete a quatro, prevaleceu no Supremo Tribunal Federal a constitucionalidade da Lei da Ficha Limpa em relação ao princípio da presunção de inocência, com a possibilidade de declarar inelegível candidato condenado por órgão colegiado que ainda esteja recorrendo.

6.3 A análise crítica da decisão do Supremo Tribunal Federal em controle abstrato acerca da (in)constitucionalidade da Lei da Ficha Limpa

6.3.1 A natureza jurídica de sanção das inelegibilidades da Lei da Ficha Limpa

No julgamento das ADCs 29 e 30 e ADI 4.578, o Supremo Tribunal Federal, ratificando sua jurisprudência, firmou o entendimento que a inelegibilidade não tem caráter sancionatório, sendo um critério jurídico-político a ser observado pela autoridade responsável quando do registro de candidatura.

Essa visão também é compartilhada pela maioria da doutrina pátria, em especial daqueles que compunham o Movimento de Combate a Corrupção Eleitoral (PINTO; PETERSEN, 2014; REIS, 2010).

A esse respeito, anota Castro (2014, p. 136):

A verdade é que o regime jurídico das inelegibilidades, ao contrário, se funda em valores e princípios do próprio direito constitucional eleitoral, que naturalmente não coincidem com aqueles que orientam um sistema sancionador. [...] Orienta-se precipuamente pelos princípios maiores – ou super princípios – da preservação do regime democrático e da supremacia da soberania popular, aos quais se subordinam os da (i) normalidade e legitimidade das eleições e (ii) probidade e moralidade para o exercício das funções públicas eletivas [...] Percebe-se que há, no direito eleitoral mesmo, razões suficientes para a existência de limites às candidaturas, que de resto há em qualquer regime democrático, sendo absolutamente desnecessário e impróprio importar princípios do direito penal.

Adriano Soares da Costa (2013) observa que a doutrina brasileira nunca deu a devida atenção ao estudo teórico das restrições constitucionais e legais da capacidade eleitoral passiva, assim, desenvolve sua teoria da inelegibilidade a partir da teoria do fato jurídico.

No aspecto relevante para a presente análise, Adriano Soares da Costa (2013) diferencia duas espécies de inelegibilidades em relação à sua origem, que seriam : a) a inelegibilidade inata ou originária, que ocorre independentemente da prática de qualquer conduta pelo sujeito em seu benefício, como, por exemplo, a inelegibilidade constitucional do analfabeto; b) a inelegibilidade cominada ou sanção, que decorre da prática de um ato ilícito descrito pelo ordenamento jurídico, como, por exemplo, aquela que advém da condenação criminal e da rejeição de contas do gestor público.

Em razão de uma espécie de inelegibilidade decorrer de uma condição inerente ao sujeito que não provém de um ilícito e de outra espécie que se origina de uma conduta vedada

pelo ordenamento jurídico, haverá diferentes consequências a partir delas.

Essa diferenciação prestigia também a noção de sanção em Hans Kelsen (2012), como uma decorrência jurídica que acarreta uma limitação de direito ou liberdade advinda de um comportamento juridicizado como ilícito pelo Direito.

Embora essa classificação seja prestigiada pela doutrina pátria (AGRA, 2012, p. 22; ALMEIDA, 2012, p. 90; CASTRO, 2014, p. 133-134; GOMES, 2010, p. 133) ao permitir uma distinção inequívoca entre as inelegibilidades decorrentes de mera condição pessoal e aquelas resultado de um comportamento tipificado na lei como ilícito, não são devidamente atendidas em suas premissas quando confrontada em casos concretos, como na hipótese de sua aplicação quanto à presunção de inocência e à irretroatividade das leis.

As inelegibilidades descritas na Lei da Ficha Limpa são todas cominadas, pois decorrem de condutas praticadas pelo cidadão descritas como ilícitas. Assim, haver sido cassado do mandato parlamentar, incido em crime de responsabilidade, praticado um ato de improbidade administrativa, ter tido suas contas rejeitas, ser demitido do serviço público e expulso de entidade de classe profissional denotam condutas nitidamente proibidas pelo ordenamento jurídico do qual, uma das sanções, é a restrição do direito político inerente à capacidade eleitoral passiva.

De acordo com Costa (2012, p. 181), em acentuada crítica ao precedente do STF,

[...] quando um Ministro do STF afirma que 'inelegibilidade não é pena', faz proposição sem aderência na teoria jurídica. É proposição 'ad hoc', com força da autoridade que a profere. E só. Do ponto de vista dogmático, é uma proposição sem sentido, porque esquece a pergunta fundamental quando se tratar sobre a natureza jurídica de um instituto: de que fato jurídico ela provém: lícito ou ilícito?

A tese de que as inelegibilidades da Lei da Ficha Limpa seriam apenas critérios jurídico-políticos não se sustenta, também, pelo fato da lei estipular um prazo a ser cumprido pelo sujeito (por exemplo, 8 anos após as contas serem rejeitas ou 8 anos após ser demitido do serviço público). Seria um requisito com prazo? Óbvio que não, mas o prazo de cumprimento da sanção estipulada pela lei por haver praticado um ato ilícito, ou seja, da pena.

O correto argumento apresentado nos votos dos Ministros do Supremo Tribunal Federal de que a finalidade da inelegibilidade seria a moralidade e a probidade administrativa visando o bem da coletividade não afasta o caráter sancionatório das inelegibilidades descritas na Lei da Ficha Limpa.

Tal situação não é diferente ontologicamente de outros ramos do ordenamento jurídico que também protegem a moralidade administrativa, como, por exemplo, quando alguém pratica um ato de improbidade administrativa e passa a ser proibido de contratar com a Administração Pública por cinco anos. Essa proibição não é meramente requisito negativo para a contratação, mas sanção por haver o indivíduo incidido num ilícito.

Na perspectiva de quem contrata a proibição pode até ser um requisito negativo, mas que provém de um ato contrário ao direito que imputa ao infrator uma sanção. Daí, quando muito, poderia ter uma natureza híbrida, de requisito e sanção.

É interessante observar que embora seus autores sustentem que a inelegibilidade não tenha natureza sancionatória, é a própria Lei da Ficha Limpa que expressamente discorre de maneira contrária ao afirmar em seu art. 22, XIV, da Lei Complementar nº 64/90, alterada pela LC nº 135/2010, que “julgada procedente a representação, ainda que após a proclamação dos eleitos, o Tribunal declarará a inelegibilidade do representado e de quantos hajam contribuído para a prática do ato, cominando-lhes **sanção** de inelegibilidade para as eleições que se realizarem nos 8 (oito) anos subsequentes à eleição que se verificou (...)” (sem grifo no original).

A razão apresentada pelo Ministro Joaquim Barbosa de que a inelegibilidade da Lei da Ficha Limpa surgiu de um período de grande mobilização democrática não tem também a possibilidade de alterar a sua natureza jurídica sancionatória. É certo que por ser fruto da democracia participativa a Lei da Ficha Limpa possui mais legitimidade, contudo isso não pode pretender camuflar sua natureza jurídica e assim afastar consequências que decorrem da sua característica sancionatória.

É cristalina que a sanção do Direito Eleitoral não é a mesma do Direito Penal, pois inelegibilidade não se confunde com pena privativa de liberdade, mas não deixa de ser sanção, pena, pois haverá uma evidente restrição ao direito político fundamental de ser candidato como uma consequência derivada de comportamento reprovado pelo legislador.

Acentua Castro (2014) que mesmo quando tome por referência uma conduta penalmente típica e apurada em processo penal, a inelegibilidade dela proveniente permanece desprovida de qualquer caráter sancionatório ou punitivo, inclusive pelo fato de que o juiz criminal sobre ela não se pronuncia. Expõe que a causa de inelegibilidade é o fato, a conduta descrita na lei como impedimento à candidatura, e não a decisão judicial.

Ora, por mais que seja o aludido fato, a inelegibilidade apenas se constitui após a decisão judicial que reconhece a ocorrência do fato jurígeno ilícito descrito na lei do qual se imputa a pena de inelegibilidade. Tanto é assim que, se não houver a decisão judicial, não

incide a inelegibilidade. Ademais, de há muito a doutrina penal já denomina essas situações de penas secundárias, tal qual a perda da função pública.

Esse pressuposto argumentativo do Supremo Tribunal Federal, ao tangenciar o mérito sancionatório da inelegibilidade, influenciou decisivamente, e erroneamente, a apreciação de (in)constitucionalidade da lei de ficha limpa em face dos princípios da irretroatividade e da presunção de inocência.

A abordagem crítica que se adotará na análise da (in)constitucionalidade da Lei da Ficha Limpa, diversamente do pressuposto abordado pelo Supremo Tribunal Federal, terá como premissa a natureza jurídica sancionatória das inelegibilidades constantes nessa lei.

6.3.2 A inconstitucionalidade da aplicação retroativa da Lei da Ficha Limpa: ofensa ao art. 5º, XXXV, da CF/88

No julgamento conjunto das ADCs 29 e 30 e da ADI 4.578, o Supremo Tribunal Federal admitiu a aplicação da Lei da Ficha Limpa a fatos anteriores a sua promulgação, sob o fundamento de que não haveria retroatividade, mas apenas aplicação imediata.

Contudo, a pretensão da Lei da Ficha Limpa de disciplinar fatos anteriores à sua vigência como inelegibilidade sanção, conformando-os como ilícitos ou aumentando a pena daqueles já reconhecidamente ilícitos, configura evidente atuação retroativa.

Vale dizer, se quando da ocorrência do fato ele não era ilícito ou, sendo ilícito não imputava a sanção de inelegibilidade, ou estabelecia determinada sanção de inelegibilidade, não poderá a inelegibilidade estabelecida na nova lei retroagir para atingir situação pretérita, por ofensa ao direito fundamental estatuído no art. 5º, XXXVI, da CF/88.

É importante observar que não se está a analisar a inconstitucionalidade material em si da Lei da Ficha Limpa, mas tão somente a sua aplicabilidade a fatos anteriores, sua eficácia para desconstituir situações consolidadas no tempo.

A garantia individual da irretroatividade das leis é uma tradição do constitucionalismo brasileiro. A Constituição do Império de 1824 (art. 179, III) e a Constituição de 1891 (art. 11, III) estabelecia expressamente a proibição da retroatividade das leis.

A redação similar da nossa atual Constituição Federal de 1988, começou a ser adotada com a Constituição de 1934 (art. 113, III), sendo a Constituição de 1937 a primeira e única que não disciplinou a questão do conflito intertemporal de leis. Com a Constituição de 1946 (art. 141, parágrafo 3º) se retorna ao mesmo comando normativo até os dias atuais.

Disciplina o art. 5º, XXVI, da CF-88: “A lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada”.

Esse preceito foi repetido pelo art. 3º, da antiga Lei de Introdução ao Código Civil (Decreto-Lei n. 4.657-42) e pelo atual art. 6º, da Lei de Introdução às Normas do Direito brasileiro (Lei nº 12.376).

Para Alves (2002) o princípio não é da irretroatividade das leis, mas o inverso, o da retroatividade. A lei, em geral, disciplina comportamentos futuros, contudo, “[...] sob a égide da nova lei caíram os efeitos presentes e futuros de situações pretéritas, com exceção do direito adquirido, do ato jurídico perfeito e da coisa julgada” (DINIZ, 2001, p. 178).

Há que se fazer, nessa situação, uma analogia a regra da anterioridade e irretroatividade da lei penal, descritas, no art. 5º, XXXIX e XL, da CF/88, respectivamente, que disciplinam não haver crime sem lei anterior que o defina e nem pena sem prévia cominação legal e determinam a irretroatividade da lei penal. Tal qual o Direito Penal, não poderia o legislador estabelecer uma inelegibilidade sanção *ex post facto*.

É importante, nesse aspecto, traçar uma simetria com o princípio da presunção de inocência, que foi reconhecido pelo Supremo Tribunal Federal, no julgamento da ADPF nº 144 (rel. Min. Celso de Mello), como tendo eficácia irradiante para além dos domínios do processo penal, alcançado o processo eleitoral, pois constitui limite a qualquer intervenção estatal prévia direcionada a privação de bens e direitos ou a aplicação de regras de caráter sancionador.

As regras da anterioridade e irretroatividade da lei penal se aplicam no regime jurídico das inelegibilidades sanção, porque ainda que se refira a ilícito criminal, estende-se a qualquer sistema sancionador do direito (AGRA, 2012).

A proibição de desconstituição de situações consolidadas no passado por lei nova reside preponderantemente no princípio da segurança jurídica. Segundo Ferrari (2004), o princípio da segurança é um princípio constitucional implícito vinculado à proteção da confiança, que decorre, na lição de Canotilho (1998), do comando do Estado Democrático de Direito, a exigir a clareza, a transparência dos textos legais, a inviolabilidade do direito adquirido, sem bruscas alterações ao sabor da casuística.

Discorre Sarlet (2004, p. 94):

A segurança jurídica coincide com uma das mais profundas aspirações do ser humano, viabilizando, mediante a garantia de uma certa estabilidade das relações jurídicas e da própria ordem jurídica como tal, tanto a elaboração de projetos de vida, bem como a sua realização.

Como observa Silva (2012), a segurança jurídica no viés de garantia de direitos subjetivos (no caso, direitos políticos) busca os proteger das possíveis alterações decorrentes da sucessão de leis no tempo, assegurando sua estabilidade.

Nesse aspecto, o Ministro Luiz Fux sustentou em seu voto que na retroatividade da Lei da Ficha Limpa não haveria ofensa ao princípio da segurança jurídica, quando muito se alterou apenas a expectativa de direito. Daí indaga: é razoável a expectativa de candidatura de um indivíduo já condenado por decisão colegiada? E responde negativamente.

A resposta, todavia, há de ser outra. Se quando praticou o ato ele ainda não havia sido juridicamente conformado como um ilícito cuja sanção estabelecesse a inelegibilidade ou ele já estivesse descrito com um prazo de inelegibilidade específico, a expectativa do cidadão era que ele pudesse ser candidato, quando inexistente, ou se já existente com um determinado prazo, que após seu cumprimento também já pudesse ser candidato.

Corroborar esse posicionamento a analogia apresentada pelo próprio Ministro Luiz Fux, em equiparar na expectativa de direito a alteração das inelegibilidades e a modificação do regime de previdência do servidor público.

Ora, inicialmente, versam sobre situações distintas, pois a Lei da Ficha Limpa trata de sanção proveniente de atos ilícitos e o regime da previdência versa sobre benefício advindo de ato lícito. Sem embargo, na mudança advinda da lei da ficha limpa, os pressupostos do ato ilícito já foram todos realizados quando da sua anterior prática pelo agente, constituindo-se em ato jurídico perfeito; na alteração do regime jurídico da previdência, os pressupostos legais para que o servidor público fizesse jus à aposentadoria ainda não foram atendidos (idade ou tempo de contribuição), não havendo que se falar em ato jurídico perfeito.

Analisando a situação do servidor que já atendesse ao requisito legal para auferir o benefício previdenciário a comparação fica ainda mais despropositada. Quando já preenchidos os pressupostos legais para a concessão do benefício previdenciário, mesmo que o servidor efetivamente continue no serviço público e ocorra alteração legal (aumentando a idade ou tempo de contribuição, por exemplo) ela não poderá retroceder para modificar a situação consolidada, pois se transfigura em ato jurídico perfeito.

É a questão similar da novel inelegibilidade disposta no art. 1º, I, “k”, da LC nº 64/90, com a redação conferida pela Lei da Ficha Limpa, pelo qual o parlamentar que renuncia ao mandato após representação que poderia lhe impor a pena de cassação fica inelegível. Ora, se à época do fato esse ato jurídico de renúncia apenas teria a consequência da perda do mandato, sem qualquer previsibilidade de futura inelegibilidade, como poderia lei

posterior que lhe configurou como ilícito ser aplicada retroativamente para lhe impor a sanção de inelegibilidade?

Outro argumento que restou assentado na decisão do Supremo Tribunal Federal foi o de que nenhum indivíduo teria “direito adquirido a ser candidato”. Nada mais correto. São vários os pressupostos estabelecidos na lei para que o cidadão possa ser candidato, deve cumprir todas as condições de elegibilidade e não incidir em nenhuma inelegibilidade constitucional e infraconstitucional.

Nada obstante, não é porque não existe o “direito adquirido de ser candidato” que se pode aplicar retroativamente uma lei nova que impõe uma sanção de inelegibilidade que à época da ocorrência do fato não existia.

Nos votos dos Ministros Dias Toffoli e Rosa Weber são apresentados dois exemplos para sustentar a aplicação retroativa de uma lei que criasse uma nova hipótese de inelegibilidade em razão da inexistência do “direito adquirido de ser candidato”. O Ministro Dias Toffoli ventila a situação de alteração por emenda constitucional do art. 14, § 7º, da CF, para estabelecer inelegíveis os parentes consanguíneos ou afins, até o terceiro grau, e não mais até o segundo grau como disciplina atualmente o texto constitucional. Sustentou que caso fosse impedida a retroatividade dessa emenda constitucional ela apenas seria aplicável aos parentes de terceiro grau que nascessem a partir da data de sua vigência.

Já a Ministra Rosa Weber vislumbrou a hipótese de alteração, também por emenda constitucional, do art. 14, parágrafo 3º, VI, “c”, da CF/88, para elevar a idade mínima de vinte e um anos para vinte e cinco anos como condição de elegibilidade para deputado federal. Argumentou que as pessoas que tivessem mais de vinte e um anos, mas menos de vinte e cinco anos até as eleições, não poderiam invocar direito adquirido em razão da modificação normativa.

Sem embargo de estarem corretas as conclusões expostas, a analogia com as inelegibilidades descritas na Lei da Ficha Limpa é frontalmente incabível. Em ambos os exemplos não se está diante de uma inelegibilidade sanção, mas de inelegibilidade derivadas de fatos jurídicos (parentesco e idade) que não são descritos pela legislação como ilícitos e nem ao menos exigem um agir específico do indivíduo. No exemplo da Ministra Rosa Weber a discrepância é ainda mais evidente, pois a idade mínima para que o cidadão concorra a um cargo público sequer é uma inelegibilidade, mas sim uma condição de elegibilidade.

A inelegibilidade por parentesco, tal qual a inelegibilidade do analfabeto e do conscrito, é uma inelegibilidade originária ou inata, que não advém da prática de ato ilícito pelo sujeito, diferentemente das hipóteses descritas na Lei da Ficha Limpa. Assim, na

inelegibilidade originária a alteração legal da inelegibilidade deve ser aplicada imediatamente quando se for aferir o registro da candidatura do indivíduo, pois não ocorreu a consolidação dos pressupostos descritos na lei como ato ilícito.

A inconsistência da tese vencedora no Supremo Tribunal Federal da retroatividade da Lei da Ficha Limpa fica mais evidente nas situações em que houve aumento legal do prazo da inelegibilidade, quando já transcorrido o período anteriormente estipulado, ou seja, o sujeito já havia cumprido o anterior prazo de inelegibilidade (a pena ou sanção) mas a lei aumentou esse período.

É a hipótese, por exemplo, do art. 1º, I, “g”, da LC nº 64/90, com a alteração da LC nº 135/2010, em que o prazo de inelegibilidade foi majorado de cinco para oito anos. Imagine-se o caso de ex-gestor que teve suas contas rejeitadas pelo Tribunal de Contas em 2004, quando o prazo de inelegibilidade era de 5 anos, expirando, pois, em 2009. Mas com o advento da Lei da Ficha Limpa a sanção foi estendida para 8 anos. Para a tese vencedora no STF, de que a inelegibilidade seria mero requisito para a candidatura com eficácia imediata, seria irrelevante que quando do advento da Lei da Ficha Limpa já houvesse expirado o prazo da inelegibilidade, sendo ela prorrogada até 2012.

Esse exemplo demonstra bem a natureza jurídica sancionatória da inelegibilidade da lei da ficha limpa e sua incongruência com a sua aplicação a situações pretéritas, pois se reabriria novo prazo de inelegibilidade quando o sujeito já havia cumprido sua sanção estabelecida previamente, configurando ofensa ao postulado do “*ne bis in idem*”. Bem afirma Agra (2012, p. 28):

[...] quando, através de um efeito retroativo, passa-se a aumentar a sanção referente a um determinado ilícito, não estamos apenas atacado o primado da segurança jurídica, mas também atacando mortalmente o princípio da justiça, pois ninguém pode pagar duas vezes pelo mesmo delito.

Em consonância com esse entendimento, cumpre transcrever trecho do magistério de Pedro Henrique Távora Niess (2000), ainda quando da aplicação imediata da LC 64-90 em face da LC 05-70, citado em diversos votos pelos ministros defensores da tese vencedora no STF. Ele também sustenta que a inelegibilidade não tem caráter sancionatório e teria aplicação imediata ao discorrer que: “[...] sujeitam-se a ela também os que tenham sido processados e condenados antes da entrada em vigor da Lei Complementar nº 64/90, a menos que tiverem readquirido a elegibilidade ainda sob a vigência da Lei Complementar nº 5/70” (NIESS, 2000, p. 148).

Ora, se a inelegibilidade cominada fosse de fato requisito a ter eficácia imediata e não sanção cuja retroatividade é proibida, é incongruente que Niess sustente que se o indivíduo já tiver cumprido o prazo de inelegibilidade da anterior lei, tendo recuperado a sua elegibilidade, não mais poderia ser aplicada a novel legislação. Desse modo, apenas se pode compreender a afirmação de Niess a partir da ótica de que a inelegibilidade seria uma sanção, uma pena, que uma vez cumprida pelo sujeito, não poderia ser reaberta, estendida para ele em face da nova legislação.

Restou também afirmado no julgado que não se estaria a retroagir a aplicação da Lei da Ficha Limpa, pois seus elementos estavam sendo aferidos em momento posterior à lei, no pedido de registro do candidato, data estabelecida na legislação eleitoral para analisar as condições de elegibilidade e inelegibilidade.

O raciocínio foi aquele descrito por Castro (2014, p. 137-138):

Não se pretende protrair para regular esse fato ao tempo da sua ocorrência. Apenas regula as candidaturas que se apresentem após a vigência e aplicabilidade da lei nova, isto sim, eles são considerados nos seus efeitos futuros. Equivale dizer que o fato, ainda que não afetasse a elegibilidade ao tempo de sua ocorrência – portanto sem esse efeito jurídico – é marca impagável na vida pregressa da pessoa, produzindo efeitos pessoais, morais e sociais.

Ocorre que o período de registro de candidatura, que sempre será posterior à nova lei, se valeria, nessas condições, de um fato anterior que apenas posteriormente a ele foi juridicizado como ilícito do qual resulta inelegibilidade.

É o que procura demonstrar o Ministro Cezar Peluso, no debate travado quando do julgamento das ADCs 29 e 30 e ADIN 4.578:

O SENHOR MINISTRO AYRES BRITTO – [...] Quando do registro da candidatura – é esse o marco temporal para aferir as condições de elegibilidade do candidato, ou seja, é preciso que essas condições sejam cumpridas à luz da legislação vigente.

O SENHOR MINISTRO CEZAR PELUSO – Não. Isso é outra coisa, Ministro. Vossa Excelência está confundindo o momento do juízo sobre a inelegibilidade e a lei que deve ser aplicada. O momento de aferir a inelegibilidade é o momento do requerimento de inscrição da candidatura. Agora, o que o juízo tem que estabelecer é qual a lei que vai ser aplicada para essa avaliação.

O SENHOR MINISTRO AYRES BRITTO – A lei vigente.

O SENHOR MINISTRO CEZAR PELUSO – A lei vigente ao tempo do fato que aconteceu.

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX (RELATOR) – Não se falou em direito adquirido. O cidadão teria o quê? Direito adquirido de ter cometido um ilícito e ainda assim mesmo concorrer?

O SENHOR MINISTRO CEZAR PELUSO – Ministro, essa matéria não tem nada com o direito adquirido.

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX (RELATOR) – Então, se ele não tem direito

adquirido, ele teria o quê? Expectativa legítima? Essa expectativa é razoável?

O SENHOR MINISTRO CEZAR PELUSO – Ele está invulnerável aos efeitos da lei nova. É outra coisa.

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX (RELATOR) – Não, não é outra coisa. É isso que está aqui.

O SENHOR MINISTRO AYRES BRITTO – Assim ele teria direito adquirido à elegibilidade.

O SENHOR MINISTRO CEZAR PELUSO – Não, apenas não pode ser alcançado por regras da lei nova. Só isso. Nem direito à elegibilidade tem.

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI – Regras da lei nova que simplesmente incorporam ilícitos que já eram pré-existentes. Todos os comportamentos eram absolutamente ilícitos e sancionados.

O SENHOR CEZAR PELUSO – Mas não eram então causas de inelegibilidade! (BRASIL, 2012).

Há, por fim, na retroatividade da Lei da Ficha Limpa, também ofensa ao princípio da igualdade, pois a edição de uma lei de inelegibilidades para disciplinar situações anteriores à sua promulgação faz com que se possa escolher previamente as pessoas que seriam alcançadas, aquelas que a maioria desejaria excluir da disputa política.

Nesse viés, o legislador não atendeu aos “limites dos limites” na restrição dos direitos fundamentais. Embora legítima a restrição ao direito político fundamental, com fundamento no art. 14, parágrafo 9º, da Constituição Federal de 1988, ela não é um cheque em branco ao legislador, que se encontra sujeito a limites que decorrem dos próprios enunciados normativos da Constituição.

Segundo leciona Canotilho (2004), a lei restritiva não pode ser uma lei com contornos individuais, que imponha restrições a uma pessoa ou a círculo de pessoas que, embora não determinadas, podem ser determináveis através de conformação intrínseca da lei no momento de sua entrada em vigor.

No caso da Lei da Ficha Limpa, a possibilidade de sua aplicação retroativa confere abertura de se identificar previamente indivíduos que se enquadrariam nos seus novos ilícitos, contrariando o princípio da igualdade.

Ainda que a Lei da Ficha Limpa tenha surgido da participação direta do cidadão brasileiro no projeto de lei de iniciativa popular, o que reforça a sua legitimidade “democratizando a democracia” (SANTOS, 2002), ela se encontra adstrita aos direitos fundamentais descritos na Constituição Federal de 1988.

Conquanto os direitos fundamentais representem um limite à deliberação das majorias políticas, “[...] não se pode falar em democracia, ou sociedade livre, onde não se garantam e sejam respeitados os direitos fundamentais” (GUEDES, 2013, p. 657).

Numa democracia de viés deliberativo, o uso da razão pública sustentaria o fundamento da restrição da maioria em não conferir efeito retroativo a uma lei que impusesse

uma sanção de inelegibilidade, restringindo o direito fundamental de participação política.

Desse modo, é da atribuição do Tribunal Constitucional a proteção da constituição, em especial dos direitos fundamentais, como “carta de trunfo contra as maiorias” (DWORKIN, 2002).

O Supremo Tribunal Federal, portanto, não decidiu corretamente ao admitir a aplicação retroativa da Lei da Ficha Limpa, fulminando o direito fundamental de se lançar candidato a um mandato eletivo em um Estado Democrático de Direito (PENTEADO, 2011).

6.3.3 A constitucionalidade da Lei da Ficha Limpa em face do princípio da presunção de inocência: a restrição proporcional ao direito fundamental de ser candidato

Num país em que por fruto de exclusão no debate político historicamente a cidadania poucas vezes se manifesta nas ruas e nos foros oficiais, é bastante expressiva a iniciativa, o desenvolvimento e a aprovação do projeto de lei de iniciativa popular ficha limpa.

Além do mais, a legitimidade da Lei da Ficha Limpa também advém da complementação do preceito constitucional estabelecido no art. 14, parágrafo 9º, da Constituição Federal de 1988, que determina ao legislador ordinário a edição de novas hipóteses de inelegibilidade para preservação da moralidade e probidade administrativa em relação à vida pregressa do candidato.

No entanto, ao conformar esse dispositivo constitucional surge um aparente paradoxo da Lei da Ficha Limpa, pois proveniente da autonomia pública direta do cidadão, ela busca exatamente restringir essa mesma autonomia pública, ao acrescentar novas hipóteses de inelegibilidades e assim mitigar o direito político do cidadão de ser candidato em prestígio da probidade e moralidade administrativa em relação a sua vida pregressa.

Por outro lado, a sua principal restrição ao direito político fundamental, que impede o cidadão de ser candidato se tiver contra si uma decisão colegiada condenatória de ilícito penal ou cível, ainda que não transitada em julgado, é contestada por também afrontar um direito fundamental, a presunção de inocência, já que afasta do pleito candidato que ainda se encontra recorrendo da decisão judicial condenatória.

Desse modo, a legitimidade dessa restrição ao direito político fundamental em face do princípio da moralidade e probidade administrativa, com reflexos à mitigação da presunção de inocência, com a devida atuação do Poder Judiciário na apreciação da constitucionalidade de uma norma originária da democracia participativa, perpassa pela

leitura da constituição de maneira dinâmica e de uma correta ponderação entre interesses consagrados no texto constitucional.

É importante observar, inicialmente, que a própria constituição estabelece vários casos de suspensão dos direitos políticos (art. 15) e de inelegibilidades (art. 14, parágrafos 4º ao 8º). Assim, o Poder Constituinte Originário não vislumbrou os direitos políticos como absolutos, ao expressamente estabelecer diversas situações que eles serão suspensos.

Mas foi adiante, ao conferir ao legislador ordinário a possibilidade de criar outras hipóteses de inelegibilidades, no art. 14, parágrafo 9º, para proteger a lisura do pleito, a probidade e a moralidade administrativa, levando em consideração a vida pregressa do candidato.

Vale dizer, o legislador constituinte não se contentou com as restrições ao direito político por ele imposta e determinou ao Congresso Nacional, por meio de lei complementar, a criação de outras inelegibilidades.

Daí se depreende a preocupação do legislador constituinte com as mudanças e adaptações do seu texto aos valores políticos da sociedade. Assim o art. 14, parágrafo 9º, da CF/88, deve ser lido como uma norma de abertura que busca colher as alterações na sociedade com a finalidade de estabelecer as inelegibilidades que melhor correspondam aos anseios da comunidade em determinado momento histórico.

É certo que essa abertura não confere um cheque em branco ao legislador ordinário, que poderia exceder no seu poder de conformar o texto constitucional e criar situações de inelegibilidades que fulminariam o próprio direito político fundamental e por consequência a própria democracia.

É função do Poder Judiciário numa democracia a defesa dos direitos fundamentais insculpidos na constituição contra as maiorias ocasionais. Contudo, é sua atribuição também prestigiar a democracia, em especial a democracia participativa, porque se alicerçam da mesma forma na Constituição.

Nessa perspectiva, a Corte Constitucional deve ser “mediadora de experiências constitucionais” (HÄBERLE, 2002), agir como um ator responsável em impulsionar um diálogo entre a sociedade e a norma constitucional.

Hesse (1991, p. 20) fala que a Corte Constitucional deve captar “estado espiritual” de seu tempo (“*geistige Situation*”) nos seguintes termos:

[...] quanto mais o conteúdo de uma Constituição lograr corresponder à natureza singular do presente, tanto mais seguro há de ser o desenvolvimento de sua força normativa. Tal como acentuado, constitui requisito essencial da

força normativa da Constituição que ela leve em conta não só os elementos sociais, políticos, e econômicos dominantes, mas também que, principalmente, incorpore o estado espiritual (“geistige Situation”) de seu tempo.

Nada obstante, “O juiz constitucional deve estar em sintonia com a opinião pública política, não no sentido de uma empírica coincidência, mas de interrelação constante que permita a construção de um consenso informado” (SAMPAIO, 2002, p. 92).

Não se discute a posição central dos direitos fundamentais na Constituição e a função de garante das Cortes Constitucionais, mas não se pode conferi-los o caráter de absoluto e nem aprisionar a interpretação evolutiva deles (SARMENTO, 2006).

Por outro lado, a interpretação constitucional deve ser plural, democrática e não exclusiva dos juízes constitucionais, porque de guardião da Constituição, o Supremo Tribunal Federal se transformaria em “dono da Constituição” (BERCOVICI, 2002).

Na decisão do Supremo Tribunal Federal no julgamento conjunto das ADCs 29 e 30 e ADIn 4.578 essa parece ser a vertente estabelecida no julgado. Ainda que o Ministro Gilmar Mendes tenha ressaltado exclusivamente o papel contramajoritário da Jurisdição Constitucional como ethos de uma Corte Constitucional, prevaleceu o entendimento do Ministro Relator Luiz Fux de que embora o Supremo Tribunal Federal não possa abdicar da sua condição de instância contramajoritária de proteção dos direitos fundamentais também não deve ficar de costas com a vontade do povo, ser insensível ao clamor social legítimo e constitucionalmente justificado.

Mesmo sob a ótica procedimental de John Hart Ely (2010), a atuação do Supremo Tribunal Federal no julgamento da constitucionalidade da lei da ficha limpa em face da presunção de inocência estaria justificada como um meio de limpar os canais que impedem um bom funcionamento da democracia.

É certo que Ely (2010) concebeu essa atuação incisiva do Poder Judiciário nas situações de desobstrução dos canais de acesso ao parlamento na ótica dos direitos políticos ativos, ou seja, de medidas que afastariam a representatividade de minorias, como a proibição dos votos dos negros e das mulheres. Contudo, pode-se utilizar esse mesmo fundamento para justificar a legitimidade da lei da ficha limpa de tornar inelegíveis candidatos cuja vida pregressa esteja maculada pois sua presença no pleito gera um mau funcionamento da democracia brasileira.

Embora correta a decisão do Supremo Tribunal Federal em ratificar a constitucionalidade da Lei da Ficha Limpa em face do princípio da presunção de inocência, ela se sustentou em pressupostos incorretos, ao não reconhecer a inelegibilidade como sanção

ou ao menos como severa restrição ao direito político fundamental, e, por conseguinte, discordar da aplicação da presunção de inocência nessa questão.

Segundo o princípio da presunção de inocência, estabelecido no art. 5º, LVII, da CF-88, ninguém será considerado culpado sem o trânsito em julgado da sentença penal condenatória. Assim, é uma garantia do indivíduo que, na pendência de um processo penal, não pode ser imposta a pena de prisão ou qualquer outra medida gravosa antes da certeza da sentença penal condenatória transitada em julgado.

Contudo surgem as indagações: Seria essa garantia constitucional exclusivamente penal? Ou se aplicaria a outros ramos do Direito que fossem aplicar uma sanção?

Houve, nesse aspecto, grande confusão na interpretação dos Ministros do Supremo Tribunal Federal, porque enfrentavam a discussão sob a legitimidade da imputação de inelegibilidade em processo penal ainda não encerrado.

Ocorre que na Lei da Ficha Limpa apenas um único dispositivo versa sobre inelegibilidade que decorre de ilícito criminal (art. 1º, I, “e”, da LC 64-90, com a redação conferida pela LC 135-2010). A imensa maioria das hipóteses de inelegibilidade nela descrita decorrem de ilícitos cíveis, extrapenais, como ilícitos eleitorais pela prática de abuso do poder econômico e captação ilícita de sufrágio, como ilícitos cíveis pela prática de ato de improbidade administrativa e por ilícitos administrativos pela prática de infração disciplinar que resulta na demissão do servidor público.

Desse modo, o correto questionamento seria: a garantia da presunção de inocência se aplicaria no trâmite de processo não-penal cuja sentença condenatória colegiada resultaria numa sanção (no caso, inelegibilidade)?

A presunção de inocência, ou não culpabilidade, se aplica em todos os ramos dos Direito sancionador. E isso ocorre por força do princípio da não surpresa que deriva do princípio da segurança jurídica. Ainda que não se corroborasse esse entendimento, conclusão similar poderia ocorrer pela clara aplicação do princípio do devido processo legal.

Em seu voto pela constitucionalidade da lei da ficha limpa, o Ministro Relator Luiz Fux fez menção ao precedente do Tribunal Constitucional da Espanha que, ao julgar a “Ley Geral Tributaria” reconheceu que a presunção de inocência há de ser respeitada na imposição de qualquer sanção, sejam penais ou administrativas.

Sem embargo, a presunção de inocência na matéria eleitoral não teria os mesmos rigores da seara penal a exigir uma sentença condenatória transitada em julgado. Aliás, mesmo na seara penal, a própria prisão cautelar (prisão em flagrante, preventiva e temporária) não deixa de ser uma mitigação à exigência do trânsito em julgado para prestigiar outros

valores constitucionais como a segurança da sociedade. Inclusive o próprio Supremo Tribunal Federal admitiu até 1999 o cumprimento provisória da sentença penal condenatória ainda não transitada em julgado.

A interpretação flexibilizadora da presunção de inocência na seara eleitoral a não exigir o trânsito em julgado da sentença condenatória resulta da preponderância do interesse coletivo, devidamente demonstrado como resultado de uma restrição legítima proporcional, para prestigiar a defesa da moralidade e probidade administrativa, bem como da particularidade da temporariedade dos mandatos eletivos (ACCIOLY, 2010).

O Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça possuem precedentes (RE 233.303-CE, Rel. Menezes Direito e STJ ArRg no RMS 23819) que admitem como constitucional o levantamento da vida pregressa de candidato a cargo em concurso público, como fator determinante para exclusão do certame.

Daí é correto o raciocínio de Accioly (2010, p. 13):

Não parece razoável admitir tratamento interpretativo diferenciado para essas situações, sob o risco de chancelar a absurda hipótese em que determinado cidadão que responda a processo criminal é impedido de concorrer em concurso público, mas pode se candidatar a cargo eletivo, inclusive Presidente da República.

Em seu voto, sustentou o Ministro Relator Luiz Fux que a presunção de inocência não é um norma-princípio, mas uma norma-regra cuja aplicabilidade é restrita ao âmbito penal, no entanto, no desenvolvimento de sua decisão, curiosamente faz uma ponderação dessa norma com o direito político fundamental de ser candidato.

Ora, a distinção entre regras e princípio não decorre do preceito jurídico, mas da norma resultado da interpretação jurídica do texto. Na aplicação do princípio que impõe deveres *prima facie*, diversamente da regra que demandam deveres definitivos, depende as condições jurídicas e fáticas do caso concreto em relação a outras normas (ALEXY, 2008).

“Normas não são textos nem o conjunto deles, mas os sentidos construídos a partir da interpretação sistemática de textos normativos. Daí se afirmar que os dispositivos se constituem no objeto da interpretação; e as normas, no seu resultado” (ÁVILA, 2003, p. 22).

Assenta Ávila (2003, p. 34) que a qualificação da norma como regra ou princípio depende das conexões axiológicas constituídas argumentativamente pelo intérprete. Assim, exemplifica a irretroatividade tributária como regra se o intérprete vislumbrá-la como mera exigência da lei antes da ocorrência do fato gerador, contudo, será aplicada como princípio se a finalidade for concretizar o valor segurança para evitar o aumento de tributo no meio do

exercício financeiro.

Como bem ressaltou o Ministro Gilmar Mendes, a presunção de inocência é uma norma-princípio, seja pela sua estrutura normativa (aspecto estrutural), seja pela sua forma de aplicação (aspecto funcional) e seja pelo seu caráter fundamental que se espalha em todo ordenamento jurídico. Contudo, no desenvolvimento do seu voto, o Ministro Gilmar Mendes não faz uma análise de ponderação do princípio da presunção de inocência em relação aos outros princípios em tensão no caso da Lei da Ficha Limpa.

O Ministro Luiz Fux foi o único a realizar a aplicação do princípio da proporcionalidade, com suas subespécies, para averiguar se a ponderação feita pelo legislador popular seria justificável para restringir o direito fundamental de ser candidato.

Nessa toada, há que se reconhecer, primeiramente, que num Estado Democrático de Direito a opção interpretativa do texto constitucional e a ponderação entre princípios constitucionais deverá recair, em princípio, no legislador onde repousa a legitimidade popular, cabendo ao Poder Judiciário, em regra, acatá-la, salvo se for desarrazoada ou contrária a pauta de valores constitucionais (SARMENTO, 2002).

A esse respeito o voto do Juiz da Suprema Corte norte-americana Felix Frankfurter, no caso *Dennis v. United States* (SARMENTO, 2002, p. 115):

Quem deve ponderar os fatores relevantes e avaliar que interesse e em que circunstâncias deve prevalecer? A responsabilidade plena por esta escolha não pode ser transferida aos Tribunais. Tribunais não são corpos representativos. Eles não se destinam a ser um bom reflexo da sociedade democrática [...] A responsabilidade primária pelo equacionamento dos interesses concorrentes necessariamente pertence ao Poder Legislativo [...] Nós devemos afastar o julgamento daqueles que têm o dever de legislar apenas se a sua obra não possui nenhuma base de razoabilidade. (341 U.S. 494, 71 (1951))

Roberto Barroso chega a falar que simétrica a interpretação conforme a Constituição ocorre a “interpretação da Constituição conforme a lei”. A atividade ordinária do legislador é em essência instrumento dos valores e fins da Constituição e quando o Poder Judiciário prestigia a escolha realizada pelo legislador está na verdade vangloriando o regime democrático e fazendo uma interpretação da Constituição conforme a lei (BARROSO, 2008).

Acrescente-se o fato de que a Lei da Ficha Limpa é uma norma que surge da democracia participativa do cidadão brasileiro, assim, o crédito nesse processo democrático demanda um escrutínio de constitucionalidade menos severo pelo Poder Judiciário (SAMPAIO, 2002).

Sem embargo, há que se analisar se a ponderação realizada pelo legislador ao restringir o direito político fundamental de ser candidato, mitigando o princípio da presunção de inocência, em favor da probidade e moralidade administrativa foi justificável ao percorrer incólume todos os subprincípios da proporcionalidade.

Inicialmente, a medida de se afastar do pleito candidatos condenados por órgão colegiado ainda que não transitado em julgado se mostra apta a prestigiar o princípio da moralidade e probidade administrativa, atendendo, assim, o subprincípio de proporcionalidade referente à adequação.

O subprincípio da necessidade também resulta obedecido, pois a norma que aprovada pelo parlamento, após a apresentação do projeto de lei de iniciativa popular, estabelecendo como inelegível a condenação por órgão colegiado se mostra a menos onerosa possível para atender ao disposto no art. 14, parágrafo 9º, da CF/88.

Vale dizer, se o sujeito tiver vários inquéritos policiais, se foi denunciado ou é réu numa representação por captação ilícita de sufrágio, se foi condenado nessas situações em primeira instância, mas ainda está recorrendo, é elegível e poderá ser candidato. Apenas será inelegível se já houver, nessas situações, decisão colegiada, provavelmente de segunda instância.

Por fim, entre prós e contras, na modalidade da proporcionalidade em sentido estrito, a Lei da Ficha Limpa agrega muito mais benefícios coletivos ao afastar do certame indivíduos cuja vida pregressa não atende à moralidade e probidade administrativa, que prejuízos individuais na eventual possibilidade de reverter a decisão colegiada condenatória.

Depreende-se, portanto, que o legislador conseguiu de forma harmônica a concordância prática dos princípios em tensão e, assim, mostrou-se constitucional a mitigação da presunção de inocência para se restringir o direito de ser candidato, em consonância com os valores advindos atualmente da própria democracia participativa.

Por outro lado, na literalidade do preceito da presunção de inocência é evidente a exigência da sentença condenatória transitada em julgado. Contudo, como uma norma de caráter aberto, passados vinte cinco anos da promulgação da Constituição Federal de 1988, não pode ser interpretado de forma estática, mas de maneira dinâmica, de acordo com os valores morais vigentes na sociedade em determinado momento (DWORKIN, 1996).

Segundo Dworkin (2010), toda norma jurídica tem uma razão de ser, traz consigo um valor que deve ser prestigiado. Reconhecido esse valor, o aplicador é autorizado a realizar uma abertura interpretativa.

[...] a interpretação repercute na prática, alterando sua forma, e a nova forma incentiva uma nova interpretação. Assim, a prática passa por uma dramática transformação, embora cada etapa do processo seja uma interpretação do que foi conquistado pela etapa imediatamente anterior. (DWORKIN, 2010, p. 59)

Assim, na incorporação de valores atuais que deem sentido de aprimoramento daquela razão da norma reside o fundamento da atividade interpretativa aberta. “A interpretação é fruto dessa fusão de tempos – o momento do criador e o momento do intérprete” (BELLO FILHO, 2003, p. 102).

No caso da Lei da Ficha Limpa, houve uma nova interpretação do princípio da presunção de inocência na seara eleitoral pelo legislador amparado na democracia participativa, ao mitigar a exigência do trânsito em julgado da sentença penal condenatória e conferindo um caráter de mutação constitucional.

7 CONCLUSÃO

A dissertação percorreu um longo caminho.

No primeiro capítulo, a partir da evolução da democracia direta e representativa, fica demonstrado que a democracia participativa pretende revitalizar o ideal de autogoverno do povo com a efetiva participação do povo das decisões políticas. A Constituição Federal de 1988, acompanhando as Cartas Políticas do pós-guerra, contemplou a democracia participativa, quer de maneira autônoma, quer associada ao sistema representativo, em especial na criação de espécies normativas, por meio do plebiscito, referendo e lei de iniciativa popular. Todavia, adotou medidas restritivas para a sua efetivação, sendo que em 25 anos da “Constituição-Cidadã” foram poucas experiências.

No segundo seguinte, debate-se a discussão teórica da democracia, abordando as teorias normativas clássicas e as críticas realistas. Daí aborda-se as teorias deliberativas, que não se contentam com o ideal democrático apenas com a vontade da maioria, pois o fundamental é que a decisão decorra de uma discussão pública. As vertentes procedimentalista e substancialista buscam encontrar solução para a tensão entre a democracia e o Estado de Direito e entre a autonomia pública e autonomia privada.

O terceiro capítulo discorre sobre os direitos políticos como direitos humanos, contemplados em diversos documentos internacionais, e como direitos fundamentais positivados em determinada Constituição. Os direitos políticos são classificados como de primeira geração, fruto das revoluções liberais-burguesas do sec. XVIII, contudo, a sua implementação, com a universalização do sufrágio, apenas ocorreu nos sec. XIX e XX. Além do mais, ele não é conferido no clássico direito de liberdade individual, mas como liberdade pública associada à participação coletiva do cidadão da vida política da comunidade.

Na Constituição Federal de 1988, os direitos políticos estão contemplados no rol dos direitos fundamentais (cap. II), na concepção ativa (direito de votar) e na concepção passiva (direito de ser votado). O próprio texto constitucional já estabeleceu várias restrições aos direitos políticos passivos por meio da possibilidade de sua suspensão ou cessação (art. 15) e das inelegibilidades constitucionais (art. 14, parágrafos 4º ao 8), além de haver determinado ao legislador que estabelecesse outras por meio de lei completar para a defesa da moralidade e probidade administrativa, levando em consideração a vida pregressa do candidato.

Nada obstante, essa determinação ao legislador de criar novas inelegibilidades, restringindo o direito político fundamental, não lhe confere um cheque em branco, pois não

poderá atingir o núcleo, medida que será atendida com o cumprimento do princípio da proporcionalidade, com as suas subespécies: adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito.

No capítulo seguinte, procura posicionar-se diante da legitimidade do controle judicial de constitucionalidade numa democracia em razão da sua “dificuldade contramajoritária”, pois os juízes constitucionais não são eleitos pelo povo. A doutrina do constitucionalismo popular sustenta que a jurisdição constitucional é antidemocrática e defende a “retirada da Constituição dos Tribunais”.

Mas há correntes doutrinárias que sustentam a compatibilização entre o controle judicial de constitucionalidade e a democracia. Numa primeira vertente procedimentalista a jurisdição constitucional seria legítima para garantir os pressupostos da democracia, com “árbitro do processo político”, sendo legítima sua atuação, na concepção de Ely, desobstruindo os canais de participação política e comunicação, bem como para assegurar os interesses das minorias não suficientemente representadas no processo político.

Já a concepção substancialista propõe um papel à jurisdição constitucional de efetiva proteção da constituição, em especial dos direitos individuais, contra a maioria política. Advoga que os tribunais são órgãos vocacionados para a defesa dos direitos fundamentais pois não tem compromisso diretos com a maioria política, como os parlamentos. Sustenta também que a fundamentação e justificação pública transformam o Tribunal Constitucional em representante argumentativo do povo.

No Brasil, a teoria do constitucionalismo popular não se justifica, porque a Constituição Federal de 1988, diversamente da Constituição dos Estados Unidos, contempla expressamente o controle de constitucionalidade nos arts. 102, I, “a” e art. 5º, XXXV. Embora a concepção procedimentalista possa contribuir no Brasil para ressaltar a participação política do cidadão e graduar a intensidade da jurisdição constitucional, não pode ser acolhida, em razão da natureza compromissória da nossa Carta Política, impregnada de direitos fundamentais substantivos, da realidade de exclusão social e política da sociedade brasileira e pelo grau de ineficiência dos preceitos constitucionais que necessitam do Poder Judiciário para se viabilizarem.

No último capítulo se aborda a democracia participativa do projeto de iniciativa popular ficha limpa, que contou com a adesão de quase dois milhões de cidadãos e foi praticamente aprovado por unanimidade no Congresso Nacional. A sua principal alteração na Lei das Inelegibilidades foi impedir a candidatura de indivíduos que tenham condenação em “órgão colegiado” mas ainda estejam recorrendo. Além do mais, pretendeu que sua incidência

contemplasse situações ocorridas antes de sua vigência, daí foi suscitada sua (in)constitucionalidade em controle abstrato no Supremo Tribunal Federal por ofensa ao princípio da presunção de inocência e da irretroatividade das leis.

O Supremo Tribunal Federal, por maioria, não reconheceu as inelegibilidades existentes na Lei da Ficha Limpa como uma sanção decorrente de um ato ilícito, mas simplesmente como “mero requisito” para que alguém possa ser candidato. Desse modo, não vislumbrou qualquer ofensa ao princípio da presunção de inocência. Por outro lado, como as novas inelegibilidades estavam sendo analisadas nos pedidos de registro de candidatura formulados após a edição da Lei da Ficha Limpa, o Supremo Tribunal Federal constatou nisso uma eficácia retroativa, mas uma eficácia imediata.

Na análise crítica do julgado, sustenta-se que as inelegibilidades da Lei da Ficha Limpa são sanção decorrente da prática de um ato ilícito. Portanto, não seria cabível a retroatividade da lei para alcançar situações anteriores a sua vigência, por ofensa ao princípio da segurança jurídica. Nessa circunstância, como se trata de um direito fundamental estabelecido constitucionalmente, caberia ao Supremo Tribunal Constitucional, como instância de defesa da Constituição, reconhecer a inconstitucionalidade da pretensão retrooperante da Lei da Ficha Limpa, independentemente de ela ter nascido da democracia participativa.

Quanto à presunção de inocência, adotou-se posicionamento diferente, mas baseado na mesma premissa, a atribuição da Corte Constitucional de proteção dos direitos fundamentais contra a maioria política ocasional. Contudo, a interpretação desses direitos fundamentais não fica aprisionada no tempo e nem são exclusivas de *experts* jurídicos. Diversamente do entendimento do Supremo Tribunal Federal, reconhece-se que a presunção de inocência se aplica ao campo das inelegibilidades, no entanto, em razão da especificidade do bem envolvido, tem particularidades que diferem do rigor do processo penal. Demonstra-se que a restrição ao direito político fundamental de ser candidato, realizada pela Lei da Ficha Limpa, com a legitimidade reforçada pela democracia participativa, foi justificada, porque atendeu o princípio da proporcionalidade, ao perpassar todos os seus subprincípios da adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito.

A Lei da Ficha Limpa não é um remédio para todos os males da democracia brasileira, que necessita de educação, diminuição das desigualdades econômicas e ideia de coletividade, no entanto, é uma demonstração da força da nossa democracia participativa que pode e deve influir decisivamente na arcaica estrutura política de nossa sociedade patrimonialista e clientelista.

REFERÊNCIAS

ACKERMAN, Bruce. **Nós, o povo soberano**. Tradução de Mauro Raposo de Mello. Belo Horizonte: Del Rey Editora, 2006.

ACCIOLY, Janine. Lei Complementar n. 135 e sua adequação ao princípio constitucional presunção de inocência. In: AGRA, Walber de Moura; COELHO, Marcus Vinicius (Org.). **Direito eleitoral e democracia: desafios e perspectivas**. Brasília: OAB, Conselho Federal, 2010. p. 159-169.

AGRA, Walber de Moura. **Temas polêmicos do direito eleitoral**. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

AIETA, Vânia Siciliano. Democracia. **Dicionário de filosofia do direito**. Vicente de Paulo Barretto (Coord.). São Leopoldo: Unisinos, 2006. p. 190-195.

ALEX, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.

ALMEIDA, Fernando Dias Menezes de. Estatuto do candidato: reflexões sobre a lei ficha limpa. In: CAGGIANO, Mônica Herman S. (Coord.). **Direito eleitoral em debate: estudos em homenagem a Cláudio Lembo**. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 65-75.

ALVES, José Carlos Moreira. Direito adquirido. **Fórum Administrativo: Direito Público**, Belo Horizonte, v. 2, n. 15, maio 2002.

ANDRADE, José Carlos Vieira de. **Os direitos fundamentais na constituição portuguesa de 1976**. 4. ed. Coimbra: Editora Almedina, 2009.

ARISTÓTELES. **Política**. Tradução de Therezinha Monteiro Deutsch e Baby Abrão. São Paulo: Editora Nova Cultural, 2004. Coleção Os Pensadores.

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

BARROS, Suzana de Toledo. **O princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais**. Brasília: Brasília Jurídica, 1996.

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo**. São Paulo: Saraiva, 2009.

_____. **Interpretação e aplicação da constituição**. São Paulo: Saraiva, 2008.

BELLO FILHO, Ney de Barros. **Sistema constitucional aberto**. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

BERCOVICI, Gilberto. **Desigualdades regionais, estado e constituição**. São Paulo: Max Limonad, 2002.

BIGONHA, Antônio Carlos Alpino; MOREIRA, Luiz. A Questão Democrática. In: _____; MOREIRA, Luiz (Org.). **Legitimidade da jurisdição constitucional**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p 1-16.

BIKEL, Alexander. **The least dangerous branch**. 2. ed. Indianápolis: Bobbs-Merrill Co., 1986.

BOBBIO, Norberto. **Liberalismo e democracia**. Tradução de Marco Aurélio Nogueira. 6. ed. Brasília: Brasiliense, 1994.

_____.; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. **Dicionário de política**. Tradução de Carmen C. Varriale. 11. ed. Brasília: UNB, 1998.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 1998.

_____. **Teoria constitucional da democracia participativa**: por um direito constitucional de luta e resistência, por uma nova hermenêutica, por uma repolitização da legitimidade. São Paulo: Malheiros, 2001.

BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; COELHO, Inocêncio Mártires; MENDES, Gilmar Ferreira. **Hermenêutica constitucional e direitos fundamentais**. Brasília: Brasília Jurídica, 2000.

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Brasília, DF, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 10 out. 2014.

_____. Lei Complementar nº 64, de 18 de maio de 1990. Brasília, DF, 1990. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp64.htm>. Acesso em: 17 abr. 2015.

_____. Lei Complementar nº 135, de 04 de junho de 2010. Brasília, DF, 2010. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/LCP/Lcp135.htm>. Acesso em: 17 abr. 2015.

_____. Lei nº 10.826, de 22 de dezembro de 2003. Brasília, DF, 2003. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/2003/L10.826.htm>. Acesso em: 21 abr. 2015.

_____. Lei nº 9.504, de 30 de setembro de 1997. Brasília, DF, 1997. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9504.htm>. Acesso em: 21 abr. 2015.

_____. Lei nº 9.709, de 18 de novembro de 1998. Brasília, DF, 1998. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9709.htm>. Acesso em: 21 abr. 2015.

_____. Lei nº 9.840, de 22 de setembro de 1999. Brasília, DF, 1999. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9840.htm>. Acesso em: 21 abr. 2005.

_____. Lei nº 11.124, de 16 de junho de 2005. Brasília, DF, 2005. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2005/lei/l11124.htm>. Acesso em: 21 abr. 2005.

_____. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.578, Ação Declaratória de Constitucionalidade nº 29 e Ação Declaratória de Constitucionalidade nº 30. Brasília, DF, 16 de fevereiro de 2012. Relator: Ministro Luiz Fux.

_____. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 493. Brasília, DF, 25 de junho de 1992. Relator: Ministro Moreira Alves.

_____. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3999. Brasília, DF, 12 de novembro de 2008. Relator: Ministro Joaquim Barbosa.

_____. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 144. Brasília, DF, 06 de agosto de 2008. Relator: Ministro Celso de Mello.

_____. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 132. Brasília, DF, 05 de maio de 2011. Relator: Ministro Ayres Britto.

_____. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Segurança nº 22087. Brasília, DF, 28 de março de 1996. Relator: Ministro Carlos Velloso.

_____. Tribunal Superior Eleitoral. Consulta nº 114709. Brasília, DF, 17 de junho de 2010. DJE, 24 set. 2010, p. 21. Relator: Ministro Min. Arnaldo Versiani.

BURGOS, Marcelo Baumann et al. **A judicialização da política e das relações sociais no Brasil**. Rio de Janeiro: Revan, 1999.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 2. ed. Coimbra: Almedina, 1998.

_____. **Estudos sobre direitos fundamentais**. Coimbra: Coimbra Editora, 2004.

CASTRO, Edson de Resende. **Teoria e prática do direito eleitoral**. 7. ed. Belo Horizonte: Mandamentos, 2014.

CONCEIÇÃO, Tiago de Menezes. **Direitos políticos fundamentais e sua suspensão por condenações criminais e por improbidade administrativa**. Curitiba: Juruá, 2010.

CONSTANT, Benjamin. A liberdade dos antigos comparada à dos modernos. Tradução de Loura Silveira. **Revista Filosofia Política**, Porto Alegre: L&PM, n. 2, p. 9-75, 1985.

COSTA, Adriano Soares da. **Instituições de direito eleitoral: teoria da inelegibilidade – direito processual eleitoral**. 9 ed. Belo Horizonte: Fórum, 2013.

_____. Inelegibilidade e Sanção. Disponível em: <<http://adrianosoaresdacosta.blogspot.com.br/2012/02/inelegibilidade-e-sancao.html>>. Acesso em: 5 jul. 2013.

DAHL, Robert. **A democracia e seus críticos**. Tradução de Patrícia de Freitas Ribeiro. São Paulo: Martins Fontes, 2012.

_____. La democracia. **POSTData** 10. dez. 2004. p. 11-55. ISSN 1515-209X.

_____. **Sobre a democracia.** Tradução de Beatriz Sidou. Brasília: Editora UNDB, 2001.

DE MORAES, José Luiz Bolzan; STRECK, Lenio Luiz. **Ciência política e teoria geral do estado.** 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

DINIZ, Maria Helena. **Lei de introdução ao código civil brasileiro comentada.** 7. ed. São Paulo: Saraiva. 2001.

DORF, Michael; TRIBE, Laurence. **Hermenêutica constitucional.** Tradução Amarílis de Souza Birchall. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

DWORKIN, Ronald. **A raposa e o porco-espinho:** justiça e valor. Tradução de Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: Martins Fontes, 2014.

_____. **A virtude suprema:** a teoria e a prática da igualdade. Tradução de Jussara Simões. São Paulo: Martins Fontes, 2012.

_____. **Freedom's law:** the moral reading of american constitution. Harvard University Press. Cambridge, Massachusetts, 1996.

_____. **Levando os direitos a sério.** Tradução de Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

_____. **O império do direito.** Tradução de Jefferson Luiz Camargo. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

_____. **Uma questão de princípio.** Tradução de Luiz Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2001.

ELY, John Hart. **Democracia e desconfiança.** Tradução de Juliana Lemos. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

ELSTER, Jon. **Ulysses and sirens.** New York-Cambridge: Cambridge University Press, 1979.

ESPÍNDOLA, Ruy Samuel. A justiça eleitoral contramajoritária e soberania popular: a democrática vontade das urnas e a autocrática vontade judicial que a nulifica. **Revista Brasileira de Direito Eleitoral – RBDE**, Belo Horizonte, n. 8, ano 5, p. 122-144, jan.-jun. 2013.

FERRARI, Regina Maria Macedo Nery. O desenvolvimento da democracia como resultado da efetiva participação do cidadão. In: GARCIA, Maria (Coord.). **Democracia hoje:** um modelo político para o Brasil. São Paulo: Instituto Brasileiro de Direito Constitucional, 1997.

_____. O ato jurídico perfeito e a segurança jurídica no controle de constitucionalidade. In: ROCHA, Carmen Lúcia Antunes (Org.). **Constituição e segurança jurídica:** direito adquirido, ato jurídico perfeito e coisa julgada. Belo Horizonte: Fórum, 2004.

GARGARELLA, Roberto. **As teorias da justiça depois de Rawls:** um breve manual de filosofia política. Tradução de Alonso Reis Freire. São Paulo: Martins Fontes, 2008.

GOMES, José Jairo. **Direito eleitoral**. 10 ed. São Paulo: Atlas, 2014.

GUEDES, Néviton. Direitos políticos (comentários aos arts. 14 e 15). In: CANOTILHO, José Joaquim Gomes et al. (Coord.). **Comentários à constituição do Brasil**. São Paulo: Saraiva-Almedina, 2013. p. 654-689.

HÄBERLE, Peter. **Hermenêutica constitucional**: a sociedade aberta dos intérpretes da constituição. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 2002.

HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia**: entre facticidade e validade. Tradução de Flávio Benosiebeneichler. 2. ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003. v. 1.

_____. **Direito e democracia**: entre facticidade e validade. Tradução de Flávio Benosiebeneichler. 2. ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003. v. 2.

_____. **Más allá del estado nacional**. Madrid: Ed. Trota, 1997.

_____. Três modelos normativos de democracia. Tradução de Gabriel Cohn e Álvaro Vita. **El ojo del huracan** 4, 1415, p. 39-53, 1993.

HAMILTON, Alexander; JAY, John; MADISON, James. **O federalista**. Tradução de Hiltomar Martins de Oliveira. Belo Horizonte: Lider, 2003.

HERTEL, Jaqueline C. Saiter. **As dimensões democráticas nas constituições brasileiras**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2007.

HESSE, Konrad. **A força normativa da constituição**. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Fabris Editor, 1991.

HOBBS, Thomas. **Leviatã**. Tradução de Therezinha Monteiro Deutsch e Baby Abrão. São Paulo: Editora Nova Cultural, 2004. Coleção Os Pensadores.

HOLANDA, Sérgio Buarque de. Raízes do Brasil. In: SANTIAGO, Silviano (Coord.). **Intérpretes do Brasil**. Rio de Janeiro: Editora Nova Aguilar, 2002. v. 3.

HOLMES, Stephen. El precompromiso y la paradoja de la democracia. In: ELSTER, Jon; SLAGSTAD, Rune (Ed.). **Constitucionalismo y democracia**. Tradução de Mónica Utrilla de Neira. México: Fondo de Cultura Económica, 1999.

JELLINEK, Georg. **Teoría general del estado**. Tradução de Fernando de Los Ríos. México: Fondo de Cultura Económica, 2000.

KELSEN, Hans. **Jurisdição constitucional**. Tradução de Alexandre Krrug. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

_____. **Teoria pura do direito**. Tradução de João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 2012.

KOENER, Andrei. Ativismo eleitoral?: jurisprudência constitucional e política do STF pós-88. Dossiê: 25 anos da Constituição de 1988. **Novos Estudos**, n. 96, jul. 2013.

LOCKE, John. **Segundo tratado sobre o governo civil**: ensaio sobre a origem, os limites e os fins verdadeiros do governo civil. Tradução Magda Lopes e Marisa Lobo da Costa. Petrópolis: Editora Vozes, 1994.

LULA, Carlos Eduardo de Oliveira. **Direito eleitoral**. Leme: Imperium, 2012.

MAUS, Ingborg. O judiciário como superego da sociedade: sobre o papel da atividade jurisprudencial na sociedade orfã. Tradução de Martônio Mont'Alverne Barreto Lima e Paulo Antônio de Menezes Albuquerque. **Anuário dos Cursos de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito de Recife**, n. 11, 2000, p. 125.

MARMOR, Andrei. **Interpretation and legal theory**. 2. ed. Oxford and Portland, Oregon: Hart Publishing, 2005.

MELO, Rúrion. Teorias contemporâneas da democracia: entre realismo político e concepções normativas. In: RAMOS, Flamarion Caldeira; MELO, Rúrion; FRATESCHI, Yara (Coord.). **Manual de filosofia política**. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 285-310.

MENDES, Conrado Hübner. **Direitos fundamentais, separação de poderes e deliberação**. São Paulo: Saraiva, 2011.

MIRANDA, Jorge. **Teoria do estado e da constituição**. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

_____. **Manual de direito constitucional**. 3. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2000. Tomo IV.

MONTEIRO, Geraldo Tadeu. Democracia deliberativa. In: BARRETO, Vicente de Paula (Coord.). **Dicionário de filosofia do direito**. São Leopoldo: Editora Unisinos, 2006. p. 190-195.

MORO, Sérgio Fernando. **Jurisdição constitucional como democracia**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

MOUFFE, Chantal. **O regresso do político**. Tradução de Ana Cecília Simões. Lisboa, Portugal: Gradiva, 1996.

MÜLLER, Friedrich. **Quem é o povo?**: a questão fundamental da democracia. Tradução de Peter Naumann. 3. ed. São Paulo: Max Limonad, 2003.

NIESS, Pedro Henrique Távora. **Direitos políticos**. 2. ed. São Paulo: Edipro, 2000.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Declaração universal dos direitos humanos**. Paris (França), 10 de dezembro de 1948. Disponível em: <<http://nacoesunidas.org/declaracao-universal-dos-direitos-humanos/>>. Acesso em: 19 abr. 2015.

_____. **Pacto internacional de direitos civis e políticos**. Paris (França), 16 de dezembro de 1966. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/D0592.htm>. Acesso em: 19 abr. 2015.

ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. **Convenção americana sobre direitos humanos**. Costa Rica, 22 de novembro de 1969. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D0678.htm>. Acesso em: 19 abr. 2015.

PENTEADO, Ricardo. As inelegibilidades da lei complementar n. 135-2010. **Revista Brasileira de Direito Eleitoral – RBDE**, Belo Horizonte, v. 3, n. 4, p. 93-116, jan.-jun. 2011.

PINTO, Djalma; PETERSON, Elke Braid. **Comentários à lei da ficha limpa**. São Paulo: Atlas, 2014.

_____. Ficha limpa como requisito de elegibilidade. In: AGRA, Walber de Moura; BARRETO, Ricardo de Oliveira Paes (Coord.). **Prismas do direito eleitoral**. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2012.

PLATÃO. **A república**. Tradução de Pietro Nasseti. São Paulo: Martin Claret, 2007.

QUEIROZ, Luiz Viana. Suspensão e perda dos direitos políticos. In: AGRA, Walber de Moura; COELHO, Marcus Vinicius (Org.). **Direito eleitoral e democracia: desafios e perspectivas**. Brasília: OAB, Conselho Federal, 2010.

RAWLS, John. **O liberalismo político**. Tradução de Álvaro de Vita. São Paulo: Martins Fontes, 2011.

_____. **Uma teoria da justiça**. Tradução de Almiro Pisetta e Lenita M. R. Esteves. São Paulo: Martins Fontes, 1997.

REIS, Márlon Jacinto. O princípio constitucional da proteção e a definição legal das inelegibilidades. In: _____; CASTRO, Edson Resende de; OLIVEIRA, Marcelo Roseno de (Org.). **Ficha limpa interpretada por juristas e responsáveis pela iniciativa popular**. Bauru: Edipro, 2010. p. 23-54.

ROUSSEAU, Jean Jacques. **Do contrato social: princípios de direito público**. Tradução de José Cretella Júnior e Agnes Cretella. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

SAMPAIO, José Adércio Leite. **A constituição reinventada pela jurisdição constitucional**. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

SANTOS, Boaventura de Sousa. **Democratizar a democracia: os caminhos da democracia participativa**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2002.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

_____. Constituição e segurança jurídica. In: ROCHA, Carmen Lúcia Antunes (Org.). **Constituição e segurança jurídica: direito adquirido, ato jurídico perfeito e coisa julgada**. Belo Horizonte: Fórum, 2004.

SARMENTO, Daniel; SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. **Direito constitucional**: teoria, história e métodos de trabalho. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

SARMENTO, Daniel. **A ponderação de interesses na constituição federal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.

_____. Direito adquirido, emenda constitucional, democracia e justiça social. In: SARMENTO, Daniel. **Livres e iguais**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

SILVA, José Afonso da. Curso de Direito Constitucional Positivo. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 1993.

SILVA, Paulo Thadeu Gomes da. Inclusão eleitoral e efetivação dos direitos políticos. In: RAMOS, André de Carvalho (Org.). **Temas de direito eleitoral no século XXI**. Brasília: Escola Superior do Ministério Público da União, 2012. p. 37-67.

SILVA, Virgílio Afonso da. **Direitos fundamentais**: conteúdo essencial, restrições e eficácia. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

SCHUMPETER, Joseph A. **Capitalismo, socialismo e democracia**. Tradução de Ruy Jungmann. Rio de Janeiro: Editora Fundo de Cultura, 1961.

SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. Deliberação pública, constitucionalismo e cooperação democrática. In: SARMENTO, Daniel (Coord.). **Filosofia e teoria constitucional contemporânea**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 79-112.

_____. **Teoria constitucional e democracia deliberativa**: um estudo sobre o papel do direito na garantia das condições para a cooperação na deliberação democrática. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

STAMATO, Bianca. “Constitucionalismo popular”, o povo contra a Suprema Corte?: uma abordagem crítica sobre o libelo acusatório ao judicial review norte-americano. In: SARMENTO, Daniel (Coord.). **Filosofia e teoria constitucional contemporânea**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 55-77.

STRAPAZZON, Carlos Luiz. Presunção de não culpabilidade em matéria político-eleitoral: evolução jurisprudencial do STF e valores constitucionais atuais. **Revista Brasileira de Direito Eleitoral – RBDE**, Belo Horizonte, v. 2, n. 2, p. 11-35, 2010.

STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição constitucional e decisão jurídica**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

TAVARES, André Ramos. Arena inclusiva como modelo de democracia. In: AGRA, Walber de Moura; Coêlho, Marcos Vinicius (Org.). **Direito eleitoral e democracia**: desafios e perspectivas. Brasília: OAB, Conselho Federal, 2010.

TOCQUEVILLE, Alexis de. **A democracia na América**: leis e costumes. Tradução de Carlos Amorim Filho. São Paulo: Martins Fontes, 2001. Livro I.

TUSHNET, Mark. Ceticismo sobre o judicial review: uma perspectiva dos Estados Unidos. Tradução Adauto Villela. In: BIGONHA, Antônio Carlos Alpino; MOREIRA, Luiz (Org.). **Limites do controle de constitucionalidade**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

VIEIRA, Oscar Vilhena. **Direitos fundamentais**: uma leitura da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. São Paulo: Malheiros, 2006.

WALDRON, Jeremy. A essência da oposição ao judicial review. Tradução de Adauto Villela. In: BIGONHA, Antônio Carlos Alpino; MOREIRA, Luiz (Org.). **A legitimidade da jurisdição constitucional**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

WOLFE, Christopher. **La transformacion de la interpretacion constitucional**. Tradução de Maria Gracia Rubio de Casas e Sonsoles Valcárcel. Madrid: Civitas, 1991.