

Jurisdição Eleitoral. Constitucionalização da Jurisdição. Judicialização da Política e das relações sociais

Waldir Sebastião de Nuevo Campos Júnior
Desembargador do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo

Organização social

A organização política do Estado moderno foi concebida a partir da lógica da unidade, qual seja, território, povo e soberania.

Dentre os elementos essenciais ao Estado, importa ressaltar, em particular, o atributo da soberania, pois, quer na esfera jurídica, quer no plano político interno ou externo, as transformações experimentadas pela sociedade contemporânea conferiram novos contornos à sua noção e relativizaram sobremaneira seu caráter quase absoluto, outrora inquestionável.

A gestão pública, em todos os seus segmentos, assim como as relações privadas, foram permeadas e redefinidas pelas circunstâncias da atualidade, em particular, as impressionantes inovações tecnológicas, que potencializaram tanto a viabilização da efetiva transmissão de informações em tempo real como a globalização econômica e cultural.

Tais circunstâncias, sem dúvida, alteraram profundamente a lógica das relações sociais, tanto no âmbito da compreensão dos valores éticos e morais como no que concerne ao raciocínio norteador da dinâmica do sistema jurídico, conferindo novos contornos a diversos institutos jurídicos.

Dessas transformações decorreram novos balizamentos éticos, assim como a necessidade de revisão da atividade legislativa convencional, inclusive pelos importantes reflexos da criação e atuação de organismos internacionais multilaterais, responsáveis pela edição de regras e procedimentos com inegáveis reflexos nas relações sociais, políticas e econômicas de âmbito nacional, assim como da atividade jurisdicional.

A funcionalidade social, dados os novos parâmetros norteadores das relações sociais, está privilegiando as estruturas horizontais de organização, em detrimento do modelo vertical, dadas as exigências de agilidade, flexibilidade, racionalidade e legitimidade das relações sociais.

A realidade atual, portanto, é de “soberanias compartilhadas e de sistemas autônomos e funcionalmente diferenciados com alcance mundial” (FARIA, José Eduardo; CAMPILONGO, Celso. Os desafios do sistema jurídico, *Jornal. O Estado de São Paulo, São Paulo*, 3 jul. 2014. Espaço Aberto, p. A2).

As circunstâncias atuais conferiram novos contornos aos conflitos sociais e fizeram emergir novas espécies de conflitos, numa sociedade muito mais complexa, cujo enfrentamento passou a exigir novas posturas, principalmente da gestão pública, em todos os seus segmentos, com significativos reflexos na atividade jurisdicional.

O modelo de organização social vigente, qual seja, de Estado constitucional e democrático de direito, em que a centralidade dos direitos fundamentais possui uma dimensão também objetiva, a irradiar efeitos e permear todas as espécies de relações sociais, introduziu novas perspectivas do raciocínio jurídico, com novas perspectivas na compreensão das relações entre o Direito e a ética, em especial, em decorrência da atual moldura de nosso sistema constitucional, consideradas, em particular, a forma de controle de constitucionalidade, por meio da atividade jurisdicional concentrada ou difusa, a normatividade dos princípios fundamentais e a importante utilização de conceitos jurídicos indeterminados na redação de preceitos constitucionais.

É inegável, assim, a necessidade de revisão, tanto da técnica legislativa tradicional como, em particular, no âmbito da atividade jurisdicional, dos métodos de interpretação das normas jurídicas, na solução de conflitos e das tensões legislativas, a partir de um raciocínio jurídico interdisciplinar e, principalmente, funcional.

Estado constitucional e democrático de direito

Democracia é um termo cuja noção possui expressiva densidade axiológica, da qual decorre sua reiterada utilização como recurso para se tentar conferir contornos de legitimidade ao poder político até mesmo nos regimes mais autoritários, com a propositada confusão entre as noções de eleição e democracia.

Assinala, a propósito, com propriedade, Norberto Bobbio¹:

Hoje 'democracia' é um termo que tem uma conotação fortemente positiva. Não há regime, mesmo o mais autocrático, que não goste de ser chamado de democrático. A julgar pelo modo através do qual hoje qualquer regime se autodefine, poderíamos dizer que já não existem no mundo regimes não-democráticos. Se as ditaduras existem, existem apenas, como dizem os autocratas, com o objetivo de restaurar o mais rápido possível a 'verdadeira' democracia, que deverá ser, naturalmente, melhor do que a democracia suprimida pela violência.

Fávila Ribeiro², ao abordar o tema, em sua obra *Direito Eleitoral*, p. 9, Rio de Janeiro, Forense, 1986, refere um inquérito levado a efeito pela UNESCO, com o objetivo de identificar regimes democráticos, cujo surpreendente resultado consistiu na afirmação, por parte de todas as nações consultadas, tanto do Ocidente como do Oriente, com ambientes sociais e políticos distintos e contrastantes, do caráter democrático de seus regimes políticos, com ressalvas, por parte de algumas, de que o efêmero momento de exceção então vigente consistia em transição necessária para que fosse alcançada a plenitude democrática.

O sistema democrático representativo, compatível com a sociedade contemporânea e com o formato do moderno estado constitucional de direito, decorreu de significativa

¹ BOBBIO, Norberto. *Teoria Geral da Política* – a filosofia política e as lições dos clássicos. Tradução de Daniela Beccaccia Versiane. Rio de Janeiro: Campus, 2000. p. 375.

² RIBEIRO, Fávila. *Direito eleitoral*. Rio de Janeiro: Forense, 1986. p. 9.

evolução da noção de organização social, principalmente nas nações ocidentais, nas quais se operou, de forma importante, a consolidação da dimensão objetiva dos direitos fundamentais.

Importa ressaltar, a propósito, a existência de importantes e pontuais exceções, que mitigam o sistema representativo, que se verificam em nações em que, dadas suas especiais características sociais e geográficas, considerado o elevado grau de consciência social e política, como os cantões suíços³, os instrumentos de consulta popular são utilizados, de forma eficiente, com razoável frequência.

O sistema representativo, entretanto, para que possa ser efetivo e atender às exigências do Estado Democrático de Direito, demanda, não apenas a realização de eleições, mas, principalmente, que o processo político-eleitoral seja realizado em condições de revelar, com propriedade, a vontade popular, por meio do voto livre e esclarecido.

Neste aspecto, é oportuno referir a abordagem da Profa. Dra. Maria Thereza Sadek⁴ a respeito do sistema democrático, segundo a qual o equilíbrio deste sistema, indispensável à apuração, com razoável grau de legitimidade, da vontade popular, demanda sejam implementadas as duas principais perspectivas do sistema democrático, quais sejam, a política e a social.

Sob o aspecto político (formal), a estruturação da democracia consiste em sólida base formal, normativa.

No Brasil, a estruturação e o regramento do processo político-eleitoral, em que pese a premente necessidade de consolidação da legislação eleitoral, possuem razoável grau de evolução, considerada a constante atividade do Congresso Nacional, consideradas as exigências da atualidade e o consenso possível, em promover constantes reformas da legislação eleitoral, complementada a atividade legislativa pelo relevante exercício do poder regulamentar do Tribunal Superior Eleitoral, presente desde a edição de nosso primeiro Código Eleitoral de 1932⁵, norma que instituiu a Justiça Eleitoral, cujo objetivo é explicitar a legislação eleitoral e adaptá-la à realidade e circunstâncias vigentes, causa de constantes tensões com a atividade legislativa do Congresso Nacional.

No âmbito social (material), o ambiente democrático equilibrado é o que apresenta razoável grau de incremento, quer da consciência social, quer da consciência política da população.

O adequado preparo do eleitor para o exercício livre e esclarecido de seus direitos políticos, ressalvadas as potencialidades individuais, tem como pressuposto estar inserido em ambiente social com razoáveis índices de desenvolvimento social e econômico, ou seja, deve estar informado, ou em condições de ser informado sobre as circunstâncias da realidade vigente⁶.

O ambiente democrático equilibrado permite ao eleitor desenvolver recursos para reconhecer e defender-se do maior fator de distorção da democracia, o discurso demagógico.

³ RIBEIRO, Fávila. Direito eleitoral. Rio de Janeiro: Forense, 1986. p. 11. VELLOSO, Carlos Mário da Silva; AGRA, Walber de Moura. *Elementos de direito eleitoral*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 24.

⁴ *Justiça Eleitoral – uma retrospectiva*. Tribunal Regional Eleitoral de São Paulo, 2005. p. 103-110.

⁵ Dec. 21.076 de 24.2.1932.

⁶ VELLOSO, Carlos Mário da Silva; AGRA, Walber de Moura. *Elementos de direito eleitoral*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 23.

O discurso demagógico, em determinados momentos críticos da vida social, com graus de intensidade diferentes nos diversos segmentos sociais, gera clausuras cognitivas, cujas travas, por vezes, impermeáveis, são aptas a produzir consequências devastadoras no processo político-eleitoral, com reflexos na legitimidade da constituição do poder político, consequências que nem sempre são apreensíveis pelo senso comum da sociedade.

No Brasil, considerada a inegável e razoavelmente abrangente assimetria social, circunstância que condiciona o processo político-eleitoral, na medida em que o torna permeável ao discurso demagógico, a perspectiva social da democracia demanda incremento, apesar dos avanços promovidos principalmente pelo atual estágio dos meios de comunicação social. A comunicação de informações à população em geral, praticamente em tempo real, embora não anule, minimiza significativamente a possibilidade de interferências negativas ou distorções nas informações transmitidas, o que é sobremaneira potencializado pelas redes sociais, tão importantes, tanto na articulação de recentes movimentos sociais, como na obtenção de informações para conferir maior realidade e densidade às estratégias públicas de manutenção da ordem pública e da estabilidade social.

O significativo avanço, no sentido da consolidação democrática, decorreu, também e principalmente, dos debates que se desenvolveram durante o processo constituinte e da consequente estrutura conferida à Constituição de 1988. Importa considerar, neste aspecto, as opções por amplo sistema de controle jurisdicional de constitucionalidade, difuso e concentrado, pela expressa normatividade e imperatividade das normas constitucionais^{7, 8}, em particular, no âmbito dos princípios fundamentais, valores mais importantes da comunidade política, com sua dimensão objetiva a produzir reflexos em todos os setores e instâncias das relações sociais, concretizando a centralidade estrutural do princípio da dignidade humana. Importa considerar, ainda, a ampla utilização de instrumentos de democracia participativa e a utilização, para redação de preceitos constitucionais, da técnica legislativa dos conceitos jurídicos indeterminados, o que potencializa seja a dinâmica social, dentro do possível, considerada para sua adequada compreensão. Essas opções, sem dúvida, produziram, entre outros importantes efeitos, reflexos na hermenêutica constitucional⁹, conferindo novos contornos e limites ao exercício da jurisdição, ou seja, ocorreu ampla judicialização das relações sociais e políticas, principalmente no âmbito do Supremo Tribunal Federal. É o fenômeno denominado politização da jurisdição.

Ambiente político-eleitoral

A análise do ambiente político-eleitoral, qualquer que seja a perspectiva para que se possa extrair conclusões com razoável grau de realidade, tem como pressuposto, dentro do possível, que esteja despida de preconceitos de viés demagógico que possam importar em distorções.

⁷ Constituição Federal, § 1º do art. 5º: “As normas definidoras dos direitos e garantias individuais têm aplicação imediata”.

⁸ BARROSO, Luís Roberto. *A reconstrução democrática do direito público no Brasil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2007. p. 10.

⁹ TAVARES, André Ramos. *Curso de direito constitucional*. 13. ed., rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 185.

Não é o caso, em absoluto, de reconhecermos o momento presente como de especial distorção dos valores éticos e morais.

Para tanto, é preciso que se tenha consciência do perene caráter crítico do processo político-eleitoral, apesar dos inegáveis avanços no âmbito da consciência política e social da população em geral.

Não é demais referirmos, nesse passo, apreciações críticas de épocas diversas da história sobre a atividade político-eleitoral.

Carvalho de Mendonça, em apreciação sobre a Lei Saraiva de 9.01.1881, cujo projeto foi elaborado por Rui Barbosa, e destinava-se a corrigir distorções e promover maior grau de legitimidade ao processo político-eleitoral do Império, por meio da atribuição de importantes funções aos juizes, assim se manifestou:

À magistratura confiou a Lei nº 3.029 importantíssimas funções. Aos seus membros cabe compenetrar-se do espírito da lei, inspirar-se na pura Justiça e dar suas decisões de acordo com as suas consciências. Os juizes não se deixam cegar pela mal entendida política, que hoje infelizmente tudo invade como uma praga, arruinando os homens e as instituições. O papel do juiz é mais importante que o de agente ou cabo eleitoral. (A evolução do sistema eleitoral brasileiro. 2. ed. Brasília, DF: TSE, Secretaria de Documentação e Informação, 2005. p. 243).

Também na época do Império, em abordagem crítica sobre a demagogia e a corrupção, no âmbito de movimento em prol das eleições diretas; em 1862, em Recife-PE, assim se manifestou, em prefácio de coletânea de trabalhos de diversos autores, o Bel. Antônio Herculano de Souza Bandeira (op. cit., p. 161-162):

Nesses grupos chamados partidos políticos conservador, liberal, conciliador, constitucional, não há diferença alguma de princípios, nem de tendências finais: e, por isso, é patente que essas discórdias, que entre eles existem, são todas pessoais. A prova disso ei-la aí bem clara na freqüente transmigração dos mesmos cidadãos de uns chamados partidos para outros, conforme as feições ou interesses individuais [...].

Diversa não é a visão da política na antiga Grécia, como se pode ver de trecho da defesa de Sócrates em seu julgamento, retratado pelos Diálogos de Platão:

Ora, é isso que me impede de me ocupar dos negócios do Estado (Política). E até me parece que muito a propósito mo impede, porquanto, sabei-o bem, cidadãos atenienses, se eu, há muito tempo, tivesse empreendido ocupar-me com os negócios do Estado [31 e] há muito tempo já estaria morto, e não teria sido útil em nada, nem a vós, nem a mim mesmo.

E não vos encolerizeis comigo, porque digo a verdade; não há nenhum homem que se salve, se quer opor-se, com franqueza, a vós ou a

qualquer outro povo, e impedir que muito ato contrário à justiça e às leis se pratique na cidade. E não há outro caminho: [32 a] quem combate verdadeiramente pelo que é justo, se quer ser salvo por algum tempo, deve viver a vida privada, nunca meter-se nos negócios públicos. (SÓCRATES (escritos de Platão). Apologia de Sócrates, Xenofontes e ditos e feitos memoráveis de Sócrates. Traduzido por Enrico Corvisieri e Mirtes Coscodai. São Paulo: Nova Cultural, 1999. p. 59. (Coleção Os Pensadores)).

Essas considerações relativas ao ambiente político-eleitoral, à evidência, nos remetem a críticas atuais, constantemente, veiculadas pelos mais diversos meios de comunicação social.

O ambiente de disputa política, como se vê, é, foi e sempre será crítica.

A nota diferenciadora da atualidade é a complexidade da vida em sociedade decorrente de seu gigantismo, quer da população, quer da Administração Pública e das atividades econômicas, assim como os impressionantes recursos tecnológicos, que acabaram por se constituir em importantes instrumentos de comunicação social e, conseqüentemente, de fiscalização e de repressão de distorções sociais e políticas.

Essas novas circunstâncias, que propiciam conhecimento quase que imediato e abrangente de todos os eventos sociais, estão provocando, na esteira de apreciações permeadas pelo discurso demagógico, a falsa impressão de que vivenciamos um momento social sem precedentes, no que tange a distorções sociais e políticas, quando, na realidade, tais distorções sempre estiveram presentes, com a diferença de que, em tempos passados, jamais foram reveladas e noticiadas com tanta intensidade, causa de importante sentimento generalizado de angústia, apreensão e revolta de toda a comunidade nacional.

Justiça Eleitoral

A edição de nosso primeiro Código Eleitoral e a criação da Justiça Eleitoral em 1932 verificaram-se na esteira do movimento denominado Revolução de 30 e na iminência da Revolução Paulista de 32, num ambiente social extremamente conturbado, em que estavam envolvidos os detentores do poder político, os militares e os segmentos sociais que buscavam uma reorganização político-eleitoral¹⁰ e social¹¹ do Brasil.

¹⁰ Paulo Bonavides, Paes de Andrade, *História constitucional do Brasil*, 9. ed., Brasília, DF, OAB, 2008, p. 270: “O regime, ferido de morte pelas mazelas da corrupção eleitoral e pela anulação da vontade representativa, fora impunemente falsificado com os escândalos políticos da oligarquia”.

¹¹ Paulo Bonavides, Paes de Andrade, *História constitucional do Brasil*, 9. ed., Brasília, DF, OAB, 2008, p. 273: “A Revolução de 30 fez inevitável a reflexão ideológica posterior acerca dos fundamentos de nossa sociedade, envolvendo o atraso, o coronelismo, o patriarcalismo, a patronagem eleitoral, a miséria camponesa, o subdesenvolvimento, a aliança da Igreja com os poderosos, o misticismo, o cangaço, o ânimo oligárquico da política, toda uma série estrutural de vícios que denotavam dependência, imobilidade, apatia ou desprezo para milhões de oprimidos sociais, banidos da participação cívica e totalmente alienados da consciência libertadora que o messianismo ideológico prometia acordar, para fazê-los assim parte da Nação e da gerência do processo político”.

O Código Eleitoral, além da instituição da Justiça Eleitoral, já com seu poder regulamentar, estabeleceu o sufrágio universal, o voto direto e secreto, instituiu o sistema proporcional para as eleições parlamentares, importante passo na atenção às minorias, e reconheceu os direitos políticos das mulheres¹².

Foi concebida como estrutura jurisdicional autônoma e divorciada do ambiente político, com o objetivo de conferir legitimidade ao processo político-eleitoral¹³, concentrando as atribuições de estruturar, fiscalizar e pacificar a disputa eleitoral, bem como de proclamar e diplomar os eleitos.

Extinta em 1937 com o Estado Novo, foi recriada em 45¹⁴, em ambiente de redemocratização do processo político-eleitoral, propiciando, progressivamente, expressivo ganho de legitimidade do processo político eleitoral¹⁵.

É oportuno lembrar, a propósito da participação de magistrados no controle do processo eleitoral, o exemplo inglês, em que, no último quarto do século XIX, a partir de 1885, segundo Fávila Ribeiro, que cita Jacques Cadart, deixou de ser “um dos sistemas eleitorais mais corrompidos que jamais existiram”, para se constituir em modelo de honestidade para o resto do mundo, o que se deveu, em razoável medida, considerada a reorganização do poder político, à participação dos magistrados na estruturação e controle das eleições, além de um longo processo de sedimentação, de contínuo exercício do voto, de modo a sedimentar as virtudes cívicas¹⁶.

O contínuo desenvolvimento e aperfeiçoamento das estruturas da Justiça Eleitoral, que incluíram parcerias com as Forças Armadas¹⁷, para viabilizar o alistamento eleitoral, ensejou fosse alcançado índice de participação do eleitorado na disputa eleitoral de 74% daqueles que estão em condições de exercer seus direitos políticos, situação que, em âmbito internacional, é considerada como de inclusão universal.

A Justiça Eleitoral, estruturada a partir dos princípios e das características próprias do processo político-eleitoral, considerada a necessária celeridade a ser observada, tanto no desenvolvimento das etapas do processo de disputa eleitoral como na instrução e julgamento dos procedimentos e ações eleitorais, potencializada pela força da preclusão, amechou expressiva confiança da sociedade¹⁸.

¹² Fernando Vieira Aquino, Gilberto Agostino, Hiran Roedel, *Sociedade brasileira: uma história através dos movimentos sociais*, Rio de Janeiro, Record, 2000, p. 330: “De grande importância foi a publicação do Código Eleitoral, estabelecendo o voto secreto, criando a Justiça Eleitoral e os direitos das mulheres de votar e serem votadas. O código foi divulgado em fevereiro de 1932, antes mesmo do Levante Paulista, iniciado em julho do mesmo ano, interrompendo momentaneamente o processo eleitoral para a composição da Assembléia Constituinte”.

¹³ VELLOSO, Carlos Mário da Silva; AGRA, Walber de Moura, *Elementos de direito eleitoral*, 2. ed., São Paulo: Saraiva, 2010, p. 32: “A Justiça Eleitoral foi fruto da Revolução de Trinta, que teve como um dos seus objetivos a moralização do procedimento eleitoral [...] sob a inspiração do Tribunal Eleitoral tcheco, de 1920, idealizado por Kelsen, que unificou a legislação eleitoral e concedeu autonomia para que o Poder Judiciário realizasse as eleições”.

¹⁴ BONAVIDES, Paulo; ANDRADE, Paes de. *História constitucional do Brasil*. 9. ed. Brasília, DF: OAB, 2008. p. 270.

¹⁵ Paulo Bonavides, Paes de Andrade, *História constitucional do Brasil*, 9. ed., Brasília, DF, OAB, 2008, p. 270: “Não padece dúvida que um dos frutos políticos do movimento veio a ser o Código Eleitoral, seguida da instituição da Justiça Eleitoral: dois passos significativos para normalizar a presença participativa do cidadão, que caíra a níveis tão baixos durante a República deposta”.

¹⁶ Fávila Ribeiro, ao abordar o tema, em sua obra *Direito eleitoral*, Rio de Janeiro, Forense, 1986, p. 92.

¹⁷ Manoel Carlos de Almeida Neto, A função administrativa da justiça eleitoral (IV- O papel das Forças Armadas nas eleições), artigo publicado em *Direito eleitoral em debate*, sob a coordenação de Mônica Herman S. Caggiano e outros, São Paulo, Saraiva, 2013, p. 252-254.

¹⁸ Mônica Herman S. Caggiano, Eleição, artigo publicado em *Direito eleitoral em debate*, sob a coordenação de Mônica Herman S. Caggiano e outros, São Paulo, Saraiva, 2013, p. 34.

O exercício da jurisdição eleitoral, importa ressaltar, considerado o fenômeno da constitucionalização, passou a apresentar caráter extremamente crítico e, por vezes, polêmico, dadas as imediatas e importantes repercussões, principalmente, na evolução e consolidação da disputa eleitoral.

A jurisprudência eleitoral, conseqüentemente, considerado, ainda, o caráter transitório da composição dos órgãos jurisdicionais eleitorais de primeira e segunda instâncias, assim como dos tribunais superiores, possui caráter especialmente evolutivo, ou seja, experimenta razoáveis variações, decorrentes da constante redefinição dos parâmetros da dinâmica social e política subjacente ao contínuo debate de questões eleitorais relevantes.

Tal característica da jurisprudência eleitoral, apesar das críticas concernentes ao comprometimento da segurança jurídica e da estabilidade social e política, que merecem adequada compreensão, tem produzido efeitos extremamente positivos para a progressiva consolidação da democracia brasileira, pois minimiza os riscos de descompasso com a realidade social e política ou de eventual ideologização da jurisdição.

Jurisdição constitucional

Jurisdição constitucional, conforme Luís Roberto Barroso¹⁹, consiste em “interpretação e aplicação da Constituição por órgãos judiciais”, ou seja:

Compreende o poder exercido por juízes e tribunais na aplicação direta da Constituição, no desempenho do controle de constitucionalidade das leis e dos atos do Poder Público em geral e na interpretação do ordenamento infraconstitucional conforme a constituição.

A Judicialização, por outro lado, não só decorre do constitucionalismo contemporâneo, que conferiu caráter constitucional à jurisdição²⁰, pois “constitucionalizar é, em última análise, retirar um tema do debate político e trazê-lo para o universo das pretensões judicializáveis”²¹, como também de outros fatores, tais como o reconhecimento da indispensabilidade “de um Judiciário forte e independente”²² para a consolidação

¹⁹ BARROSO, Luís Roberto. *Constituição, democracia e supremacia judicial: direito e política no Brasil contemporâneo*. p. 5. Disponível em: <http://www.oab.org.br/editora/revista/revista_11/artigos/constituicaodemocraciaesupremaciajudicial.pdf>. Acesso em: 26 mar. 2015.

²⁰ Luís Roberto Barroso, *Constituição, democracia e supremacia judicial: direito e política no Brasil contemporâneo*, p. 7: “No Brasil, como assinalado, a judicialização decorre, sobretudo, de dois fatores: o modelo de constitucionalização abrangente e analítica adotado; e o sistema de controle de constitucionalidade vigente entre nós, que combina a matriz americana – em que todo juiz e tribunal pode pronunciar a invalidade de uma norma no caso concreto – e a matriz europeia, que admite ações diretas ajuizáveis perante a corte constitucional. Nesse segundo caso, a validade constitucional de leis e atos normativos é discutida em tese, perante o Supremo Tribunal Federal, fora de uma situação concreta de litígio. Essa fórmula foi maximizada no sistema brasileiro pela admissão de uma variedade de ações diretas e pela previsão constitucional de amplo direito de propositura”. Disponível em: <http://www.oab.org.br/editora/revista/revista_11/artigos/constituicaodemocraciaesupremaciajudicial.pdf>. Acesso em: 26 mar. 2015.

²¹ BARROSO, Luís Roberto. *Constituição, democracia e supremacia judicial: direito e política no Brasil contemporâneo*. p. 7. Disponível em: <http://www.oab.org.br/editora/revista/revista_11/artigos/constituicaodemocraciaesupremaciajudicial.pdf>. Acesso em: 26 mar. 2015.

²² Idem.

democrática, causa de “vertiginosa ascensão institucional de juízes e tribunais, assim na Europa como em países da América Latina, particularmente no Brasil”²³, assim como a “crise de representatividade e funcionalidade dos parlamentos em geral”²⁴ e a transferência ao Judiciário, por outros atores políticos, da “instância decisória de questões polêmicas, em relação às quais exista desacordo moral razoável na sociedade”²⁵, como forma de “evitar desgaste na deliberação de temas divisivos, como uniões homoafetivas, interrupção de gestação ou demarcação de terras indígenas”²⁶.

A judicialização das relações sociais e políticas, sem dúvida, é um fenômeno mundial²⁷ e a consequente politização da jurisdição²⁸, portanto, é uma realidade incontestável.

Importa ressaltar, neste aspecto, tanto no amplo âmbito do controle de constitucionalidade como, em particular, no que tange à interpretação da legislação infraconstitucional conforme a Constituição, a normatividade dos princípios e regras constitucionais, cuja aplicabilidade na solução de conflitos e de tensões normativas, não demanda atividade legislativa infraconstitucional, assim como a utilização da técnica legislativa dos conceitos indeterminados^{29,30,31}, como forma de flexibiliza-

²³ Idem.

²⁴ Idem.

²⁵ Idem.

²⁶ Idem.

²⁷ Luís Roberto Barroso, *Constituição, democracia e supremacia judicial: direito e política no Brasil contemporâneo*, p. 6: “Os precedentes podem ser encontrados em países diversos e distantes entre si, como o Canadá¹¹, Estados Unidos¹², Israel¹³, Turquia¹⁴, Hungria¹⁵ e Coreia¹⁶”. As respectivas notas de rodapé são as seguintes: “¹¹ Decisão da Suprema Corte sobre a constitucionalidade de os Estados Unidos fazerem testes com mísseis em solo canadense. Este exemplo e os seguintes vêm descritos em maior detalhe em Ran Hirschl, *The judicialization of politics*. In: Whittington, Kelemen e Caldeira (eds.), *The Oxford handbook of law and politics*, 2008, p. 124-5. ¹² Decisão da Suprema Corte que definiu a eleição de 2000, em *Bush v. Gore*. ¹³ Decisão da Suprema Corte sobre a compatibilidade, com a Constituição e com os atos internacionais, da construção de um muro na fronteira com o território palestino. ¹⁴ Decisões da Suprema Corte destinadas a preservar o Estado laico contra o avanço do fundamentalismo islâmico. ¹⁵ Decisão da Corte Constitucional sobre a validade de plano econômico de grande repercussão sobre a sociedade. ¹⁶ Decisão da Corte Constitucional restituindo o mandato de presidente destituído por impeachment.” Disponível em: <http://www.oab.org.br/editora/revista/revista_11/artigos/constituicaodemocraciaie-supremaciajudicial.pdf>. Acesso em: 26 mar. 2015.

²⁸ BARROSO, Luís Roberto. *Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática*. Disponível em: <<http://www.oab.org.br/editora/revista/users/revista/1235066670174218181901.pdf>>. Acesso em: 26 mar. 2015.

²⁹ Luís Roberto Barroso, *A reconstrução democrática do direito público no Brasil*, Rio de Janeiro, Renovar, 2007, p. 14: “Os denominados *conceitos jurídicos indeterminados*, por vezes referidos como cláusulas gerais, constituem manifestação de uma técnica legislativa que se utiliza de expressões de textura aberta, dotadas de plasticidade, que fornecem um início de significação a ser complementada pela intérprete, levando em conta as circunstâncias do caso concreto. A norma abstrata não contém integralmente os elementos de sua aplicação. Ao lidar com locuções como ordem pública, interesse social ou calamidade pública, dentre outras, o intérprete precisa fazer a valoração de fatores objetivos e subjetivos presentes na realidade fática, de modo a definir o sentido e o alcance da norma. Como a solução não se encontra integralmente no enunciado normativo, sua função não poderá se limitar à revelação do que lá se contém; ele terá de ir além, integrando o comando normativo com a sua própria avaliação.”. Nota de rodapé sobre o significado de *cláusulas gerais*: “20. A rigor, a expressão *cláusula geral* designa o gênero, do qual são espécies os conceitos jurídicos indeterminados e os princípios. Conceito jurídico determinado identifica um signo semântico ou técnico, cujo sentido concreto será fixado no exame do problema específico levado ao intérprete ou aplicador do Direito. Princípio, por sua vez, traz em si uma idéia de valor, um conteúdo axiológico, Por essa razão, calamidade pública é um conceito jurídico indeterminado; solidariedade é um princípio.”

³⁰ DI PIETRO, Maria Sílvia Zanella. *Discrecionalidade administrativa na Constituição de 1988*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2012. p. 90-91.

³¹ Elival da Silva Ramos, *Ativismo judicial – parâmetros dogmáticos*, São Paulo, Saraiva, 2014, p. 124: “O emprego pelo legislador de expressões correspondentes a conceitos vagos ou indeterminados, não caracteriza, de modo geral, uma falha na formulação de textos legais e sim uma determinada técnica de regulação, que deixa ao intérprete-aplicador maior flexibilidade para alcançar as finalidades pretendidas. É digna de nota, de outra parte, a observação de Karl Engisch, no sentido de que remete à apreciação de cada situação *sub judice* o dimensionamento da discricionariedade ou vinculatividade, em termos de construção normativa. Nos casos-limite envolvendo o limiar de conceitos indeterminados ou a opção entre solução

ção^{32,33,34,35} “na compreensão do significado dos dispositivos legais (discricionariedade de juízo)”³⁶, de modo a atender a dinâmica social, numa interpretação evolutiva³⁷.

A Constituição de 1988, na esteira do constitucionalismo moderno, por suas características já referidas, promoveu profunda revisão da hermenêutica constitucional e, conseqüentemente, conferiu novos contornos à atividade jurisdicional em todas as suas instâncias, razão de diversas abordagens críticas concernentes à sua racionalidade

exegéticas discrepantes, metodicamente fundadas, o juiz, ao contrário do que sucede nas vertentes legislativas e administrativas da discricionariedade, não se guia por critérios de conveniência e oportunidade política e sim por sua própria perspectiva de qual seria a solução justa para o caso, sempre procurando refletir “a consciência jurídica geral”. A repetição do julgamento de casos similares, com a adoção do entendimento prevalecente no *leading case*, servirá para dar maior objetividade àquele critério valorativo, reduzindo, de certo modo, a discricionariedade judicial.”

³² RAMOS, Elival da Silva. *Ativismo judicial – parâmetros dogmáticos*. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 122 e 125. Referência, em nota de rodapé, a entendimento no sentido da inexistência de discricionariedade judicial: “296. O positivismo clássico continua a fluir fortemente em alguns segmentos da Ciência Jurídica, não sendo incomuns manifestações doutrinárias aferradas ao velho dogma da interpretação puramente cognoscitiva ou declaratória de um direito preexistente. Desse teor o pensamento de Michel de Stassinopoulos, reproduzido por Maria Sylvia Zanella Di Pietro, *Discricionariedade*, cit. p. 73, “Stassinopoulos nega possa haver discricionariedade na função jurisdicional; nesta existe apenas trabalho de interpretação, ou seja, de busca da única solução possível perante o direito. Para ele, muitas soluções possíveis ou uma livre escolha entre elas são dois elementos incompatíveis com a noção rígida de coisa julgada; a solução a que o juiz chega é única: é a mesma que o legislador teria adotado.” Referência bibliográfica da obra de Maria Sylvia Zanella Di Pietro: *Discricionariedade administrativa na Constituição de 1988*, 2. ed. São Paulo: Atlas, 2001. Na edição de 2012, a página do texto reproduzido é 68.

³³ RAMOS, Elival da Silva. *Ativismo judicial – parâmetros dogmáticos*. Saraiva: São Paulo, 2014. p. 123. Relação entre interpretação e discricionariedade judicial: “É preciso, ainda, tecer breves considerações sobre as relações entre interpretação e discricionariedade. No exercício da jurisdição, não se afigura relevante a distinção entre discricionariedade enquanto liberdade na interpretação de textos normativos e a discricionariedade na conduta do agente público, uma vez concluído o trabalho hermenêutico, por haver resultado na concretização de norma que lhe confere liberdade de agir. Em um caso, fala-se, na doutrina alemã, em *discricionariedade de juízo* e, no outro, em *discricionariedade de atuação*. Isso porque ao juiz não é dado optar entre diferentes possibilidades de decisão judicial, restringindo-se, pois, a sua discricionariedade ao plano da compreensão do significado dos dispositivos legais (discricionariedade de juízo).”

³⁴ RAMOS, Elival da Silva. *Ativismo judicial – parâmetros dogmáticos*, São Paulo: Saraiva, 2014. p. 127-128. Parâmetros das diversas espécies de discricionariedade: “A discricionariedade legislativa decorre da inexistência de parâmetros normativos ou de sua flexibilidade; a administrativa está relacionada, igualmente, à abertura textual, mas, também, ao deferimento explícito de mais de uma possibilidade de conduta diante da espécie fática; por último, a discricionariedade judicial cobre, de um modo muito mais amplo do que em sede legislativa ou administrativa, todo o campo da criatividade na interpretação. Há, portanto, apenas no que tange à jurisdição, uma relação íntima entre discricionariedade e interpretação, podendo-se dizer que aquela é parte integrante desta. A categoria teórica da discricionariedade, em qualquer uma de suas vertentes, está fortemente vinculada ao princípio da separação de poderes. Importa na contenção do controle jurisdicional em favor do Poder Legislativo ou da Administração, diante da inexistência de limitação normativa ou em face do entendimento de que as normas existentes não autorizam ao Poder Judiciário a imposição de determinado padrão de conduta em substituição àquele adotado pelo Poder controlado. Esse entendimento, por si, decorre de um determinado modo de compreender o ordenamento jurídico, a partir da ideia de adequação orgânico-funcional, em consonância com o princípio da separação. A discricionariedade judicial também floresce no espaço em que os balizamentos normativos autorizam o julgador a ser movimentar, porém com a sensível diferença de que o controle, nesse caso, compete ao próprio órgão ao qual foi deferido o poder discricionário, o que não significa que possa, em harmonia com o sistema, tudo fazer. Percebe-se, destarte, a importância de construções doutrinárias que permitam indicar os limites normativos da discricionariedade judicial, trabalho esse que, se consistente, poderá resultar eficaz, mercê da estrutura plural do Poder Judiciário e das características de seu modo de atuar (devido processo legal), favoráveis à prevalência da racionalidade jurídica.”

³⁵ RAMOS, Elival da Silva. *Ativismo judicial – parâmetros dogmáticos*. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 137. Limites à criatividade na atividade jurisdicional: “Mais uma vez, Miguel Reale, em outro exercício de prudência e conhecimento, deitou página indelével sobre o modo de conciliar criatividade e obediência ao direito no plano de jurisprudência: “Não nos atemoriza, em mais esta oportunidade, afirmar que a verdade está no meio-termo, na conciliação dos extremos, devendo o juiz ser considerado *livre*, não perante a lei e os fatos, mas sim dentro da lei, em razão dos fatos e dos fins que dão origem ao processo normativo, segundo a advertência de Radbruch de que a interpretação jurídica, visando o *sentido objetivamente válido* de um preceito, ‘não é pura e simplesmente um pensar de novo aquilo que já foi pensado, mas, pelo contrário, um *saber pensar até o fim* aquilo que já começou a ser pensado por outro’, observação que deve ser completada com a de que a interpretação de uma norma envolve o sentido de todo o ordenamento a que pertence”.

³⁶ RAMOS, Elival da Silva. *Ativismo judicial – parâmetros dogmáticos*. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 125/126.

³⁷ TAVARES, André Ramos. *Curso de direito constitucional*. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 188-189.

e legitimidade, considerada a ampla discussão sobre seus limites, críticas voltadas à preservação das exigências do Estado de Direito³⁸, em particular, da segurança jurídica. Essas críticas inserem-se no âmbito do fenômeno denominado ativismo judicial³⁹.

Houve, sem dúvida, expressiva expansão da atividade jurisdicional, com a afirmação do viés do Poder Judiciário como poder contra majoritário⁴⁰. A tradicional característica, predominantemente, dedutiva da atividade jurisdicional, em que as premissas de seu exercício consistiam basicamente na norma infraconstitucional (premissa maior) e no fato concreto (premissa menor), para verificação da ocorrência de subsunção e de suas consequências (conclusão/decisão), não mais subsiste, em decorrência da normatividade dos princípios e regras constitucionais. A atividade jurisdicional, assim, deixou de possuir caráter puramente técnico, dedutivo, pois, diante da necessidade da consideração dos princípios e regras constitucionais indispensáveis à configuração das hipóteses de subsunção, passou a ter contornos de processo, também, indutivo, criativo, de construção da solução própria do caso concreto. O julgador deve analisar as particularidades do caso concreto, com o propósito de determinar qual o enunciado ou enunciados normativos que, por sua preponderância, estabelecida através da ponderação entre os enunciados normativos em tensão, devem nortear a atividade jurisdicional na apreciação do caso concreto. A ponderação, como técnica a conferir racionalidade e, portanto, maior grau de legitimidade à atividade jurisdicional, na lição de Ana Paula Barcellos, consiste na “identificação dos enunciados normativos em tensão”, “identificação dos fatos relevantes” e na “decisão propriamente dita”, a ser proferida dentro dos seguintes parâmetros: “preferência das regras sobre os princípios” e “preferência das regras que promovam ou protejam os direitos fundamentais sobre as demais”^{41,42}. A atividade jurisdicional, nessa nova moldura, a partir de uma interpretação integrativa e evolutiva, possibilita a verificação do fenômeno denominado “mutação informal da (compreensão) da Constituição”^{43,44}, na medida em que, por vezes, promove, sem alteração formal de texto⁴⁵ e sem que haja parâmetros ou preceitos formais balizadores desse fenômeno,

³⁸ RAMOS, Elival da Silva, op. cit. p. 102.

³⁹ RAMOS, Elival da Silva, op. cit., p. 104 e seguintes.

⁴⁰ Luís Roberto Barroso, *Constituição, democracia e supremacia judicial: direito e política no Brasil contemporâneo*, p. 15: “A atividade judicial pode não ser um componente indispensável do constitucionalismo democrático, mas tem servido bem à causa, de uma maneira geral. Ela é um espaço de legitimação discursiva e argumentativa das decisões políticas que coexiste com a legitimação majoritária, servindo-lhe de ‘contraponto e complemento’. Isso se torna especialmente verdadeiro em países de redemocratização recente, como o Brasil, onde o amadurecimento institucional ainda se encontra em curso, enfrentando uma hegemonia do Executivo e uma persistente fragilidade do sistema representativo”. Disponível em: <http://www.oab.org.br/editora/revista/revista_11/artigos/constituicaodemocraciasupremaciajudicial.pdf>. Acesso em: 26 mar. 2015.

⁴¹ BARROSO, Luís Roberto. *A reconstrução democrática do direito público no Brasil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2007. p. 18.

⁴² BARCELLOS, Ana Paula. *Ponderação, racionalidade e atividade jurisdicional*. In: BARROSO, Luís Roberto (Coord.). *A reconstrução democrática do direito público no Brasil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2007. p. 259-292.

⁴³ TAVARES, André Ramos. *Curso de direito constitucional*. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 184-185.

⁴⁴ Maria Sylvania Zanella Di Pietro, *Discricionariedade administrativa na Constituição de 1988*, 3. ed., São Paulo, Atlas, 2012, p. 90: “Dessa característica do conceito legal indeterminado resulta outra, que é a sua mutabilidade, ou seja, a possibilidade de seu significado variar no tempo e no espaço. Basta considerar a expressão *interesse público*, que corresponde a um dos princípios fundamentais do direito administrativo, para entender-se a importância do tema nesse ramo do direito, que é dos que maior flexibilidade exigem, pelo próprio fato de a função administrativa estar voltada para a consecução das necessidades coletivas, sempre variáveis. O mesmo objetivo que constitui, em dado momento, a preocupação central do poder público, pode, tempos depois, ser superado por outros cujo atendimento venha a apresentar maior grau de premência.”

⁴⁵ Paulo Bonavides, *Curso de direito constitucional*, 30. ed., atualizada, São Paulo, Malheiros, 2015, p. 468-469: “A interpretação da Constituição é parte extremamente importante do Direito Constitucional. O emprego de novos métodos da hermenêutica jurídica tradicional fez possível uma considerável e silenciosa mudança de sentido das normas constitucionais, sem necessidade de substituí-las expressamente ou sequer alterá-las pelas vias formais da emenda constitucional”.

significativas alterações da compreensão do texto constitucional, razão de críticas orientadas no sentido da redução do âmbito da abrangência da atividade jurisdicional, considerada sua perspectiva constitucional. Não se pode deixar de assinalar, a propósito, a apreciação crítica no sentido de que:

Os modernos métodos interpretativos compõem uma metodologia de crise, são métodos por excelência afeiçoados a um constitucionalismo periclitante, métodos para os dias turvos de mudança e transição, que aguardam ainda a conciliação da legitimidade hegemônica com a legalidade em declínio ou recuo, às vésperas de eventual substituição.⁴⁶

Tais métodos, no entanto, segundo essa mesma apreciação crítica, possuem um viés marcadamente positivo, em particular, “naqueles países onde a democracia não resolveu ainda a questão social”⁴⁷, pois, nesses contextos sociais e políticos, “a velha hermenêutica faria estremecer ou explodir os fundamentos da ordem social, cuja correnteza desce vertiginosa para um leito que ainda não se acha de todo definido ou escavado”⁴⁸, ou seja, “a interpretação das Constituições tem um sentido nos países desenvolvidos, possuindo outro, porém, inteiramente distinto nos países subdesenvolvidos ou em fase de desenvolvimento”⁴⁹, como ocorre no Brasil, que se insere entre os países em fase de desenvolvimento⁵⁰.

Os modernos métodos de interpretação constitucional, é preciso ressaltar, propiciam, no âmbito do exercício jurisdicional, a construção de soluções sobre importantes questões, por vezes, de ordem predominantemente política, quer para composição de conflitos, quer para o equacionamento de tensões normativas, que não seriam viáveis, tanto no âmbito legislativo, pela complexidade de obtenção de consenso político, como no jurisdicional, na hipótese de utilização das limitadas técnicas interpretativas tradicionais, em vista das restrições de ordem formal concernentes à reforma constitucional.

Decorrem dessa realidade, outras apreciações críticas, também conexas com as perspectivas da racionalidade e legitimidade da atividade jurisdicional. Tais críticas, em suma, dizem respeito à capacidade institucional do Poder Judiciário e à limitação e politização do debate sobre questões essenciais e fundamentais da vida em sociedade no exercício da atividade jurisdicional⁵¹.

⁴⁶ BONAVIDES, Paulo, op. cit., p. 498.

⁴⁷ Idem.

⁴⁸ Idem.

⁴⁹ Idem.

⁵⁰ Idem: “Nos países em crise de autonomia mínima da Sociedade perante o Estado faz irremediável a sujeição das Constituições a esse tipo de hermenêutica a que nos reportamos. No constitucionalismo da Sociedade pós-industrial, porém, dotada já de altos níveis de estabilidade, e onde a Sociedade, ao despolitizar-se, recobra do mesmo passo uma certa margem de autonomia perante o Estado, é possível vislumbrar a saudável eventualidade de um retorno aos velhos e comprovados métodos da hermenêutica tradicional, porquanto as relações sociais já se acham ali cimentadas num Estado de Direito, que, vitorioso, atravessou com suas instituições políticas e econômicas a crise material da Sociedade, crise tão sentida, assoberbante e decisiva nos países em desenvolvimento, como é o caso do Brasil”.

⁵¹ BARROSO, Luís Roberto. *Constituição, democracia e supremacia judicial: direito e política no Brasil contemporâneo*. p. 13-14. Disponível em: <http://www.oab.org.br/editora/revista/revista_11/artigos/constituicaodemocraciasupremaciajudicial.pdf>. Acesso em: 26 mar. 2015.

A eficiência institucional por parte do Poder Judiciário, ou seja, sua capacidade para enfrentar casos de complexidade e amplitude diferenciadas, é objeto de frequente questionamento, tanto sob o aspecto técnico, sob a perspectiva científica, assim como para avaliar os reflexos sistêmicos da atividade jurisdicional, considerada a formação do magistrado brasileiro, voltada a “realizar a justiça no caso concreto, a microjustiça, sem condições, muitas vezes, de avaliar o impacto de suas decisões sobre um segmento econômico ou sobre a prestação de um serviço público”⁵².

Por outro lado, o debate desenvolve-se a respeito da elitização e politização da jurisdição decorrentes da drástica judicialização de questões políticas e sociais importantes, situação que pode ser minimizada pelos instrumentos de participação popular na atividade jurisdicional⁵³, mas não suficientemente solucionada. A politização, nessa linha de raciocínio, consiste em retirar da sociedade e transferir aos juízes o protagonismo em debates públicos, permitindo que estes, em condições que se aproximam do ambiente característico do debate parlamentar, projetem suas circunstâncias pessoais em suas decisões, em prejuízo da racionalidade da atividade jurisdicional⁵⁴.

A constitucionalização do direito, com a conseqüente judicialização das relações sociais, em conformidade com o que foi exposto, conferiu contornos críticos à atividade jurisdicional, na medida em que se fez presente a necessidade de se delinear parâmetros para seu exercício, com vistas a garantir-lhe racionalidade e legitimidade democrática, em prol da segurança jurídica e da estabilidade política e social. Importa ressaltar, a propósito, que, em virtude do formato constitucional adotado no Brasil, definido a partir das características do constitucionalismo contemporâneo, como bem anotado por Luís Roberto Barroso, “a judicialização não decorre da vontade do Judiciário, mas sim do constituinte”⁵⁵. Nesse contexto insere-se o debate sobre o denominado ativismo judicial. Esse debate, é certo, em particular no Brasil, tem importado em críticas ao Poder Judiciário, orientandas, em razoável medida, por uma perspectiva negativa. Nesse aspecto, importa anotar o enfoque de Elival da Silva Ramos deixou consignado, em sua obra *Ativismo Judicial*, sem desconsiderar, evidentemente, a circunstância de que tal se deu em análise do ativismo judicial no âmbito do desenvolvimento da hermenêutica, inclusive, em sistemas jurídicos diversos do nacional, como o norte-americano: “Diante

⁵² Luís Roberto Barroso, *Constituição, democracia e supremacia judicial: direito e política no Brasil contemporâneo*, p. 14, nota de rodapé no 37: “Exemplo emblemático nessa matéria tem sido o setor de saúde. Ao lado de intervenções necessárias e meritórias, tem havido uma profusão de decisões extravagantes ou emocionais em matéria de medicamentos e terapias, que põem em risco a própria continuidade das políticas públicas de saúde, desorganizando a atividade administrativa e comprometendo a alocação dos escassos recursos públicos. Sobre o tema, v. Luís Roberto Barroso, Da falta de efetividade à constitucionalização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial. In: *Temas de direito constitucional*, tomo IV, 2009.” Disponível em: <http://www.oab.org.br/editora/revista/revista_11/artigos/constituicaodemocraciasupremaciajudicial.pdf>. Acesso em: 26 mar. 2015.

⁵³ Luís Roberto Barroso, *Constituição, democracia e supremacia judicial: direito e política no Brasil contemporâneo*, p. 14: “Institutos como audiências públicas, amicus curiae e direito de propositura de ação diretas por entidades da sociedade civil atenuam mas não eliminam esse problema.”. Disponível em: <http://www.oab.org.br/editora/revista/revista_11/artigos/constituicaodemocraciasupremaciajudicial.pdf>. Acesso em: 26 mar. 2015.

⁵⁴ Luís Roberto Barroso, *Constituição, democracia e supremacia judicial: direito e política no Brasil contemporâneo*, p. 16: “A jurisdição constitucional não deve suprimir a voz das ruas, o movimento social, os canais de expressão da sociedade. Nunca é demais lembrar que o poder emana do povo, não dos juízes”. Disponível em: <http://www.oab.org.br/editora/revista/revista_11/artigos/constituicaodemocraciasupremaciajudicial.pdf>. Acesso em: 26 mar. 2015.

⁵⁵ BARROSO, Luís Roberto. *Judicialização, ativismo judicial, e legitimidade democrática*. p. 17. Disponível em: <<http://www.oab.org.br/editora/revista/12350666701742218181>>. Acesso em: 26 mar. 2015.

disso, a expressão ‘ativismo judicial’ possui uma carga valorativa positiva ou negativa, dependendo do enfoque teórico de quem realiza a avaliação das decisões judiciais”⁵⁶.

Jurisdição eleitoral

A constitucionalização do Direito e, por consequência, da jurisdição, dados os formatos atuais da organização política do Estado Democrático de Direito e de nosso ordenamento constitucional, como visto, conferiu contornos altamente complexos e críticos à atividade jurisdicional.

Entretanto, a jurisdição eleitoral, consideradas as características próprias do ambiente político-eleitoral e a essência das atribuições e da competência da Justiça Eleitoral, é a espécie de jurisdição que apresenta maior grau de complexidade.

A abrangente competência da Justiça Eleitoral, que transcende a composição de conflitos, é conferir o maior grau possível de legitimidade ao processo político eleitoral, razão pela qual não se restringe a pacificar a disputa eleitoral, englobando, ainda, o exercício do poder de polícia, tanto para fiscalização como para normatização dos pleitos.

A fiscalização do pleito eleitoral, considerados, neste aspecto, os limites ao seu poder de polícia, traduzidos, em particular, pelo enunciado da Súmula 18 do Tribunal Superior Eleitoral, qual seja, “Conquanto investido do poder de polícia, não tem legitimidade o juiz eleitoral para, de ofício, instaurar procedimento com a finalidade de impor multa pela veiculação de propaganda eleitoral em desacordo com a Lei 9.503/97”, importa permanente controle de legalidade direto e indireto de toda a estruturação e desenvolvimento do processo político-eleitoral, mesmo fora do período de disputa eleitoral.

A atividade normativa consiste não só na imprescindível explicitação da legislação eleitoral e sua compatibilização com as circunstâncias sociais e políticas presentes em cada pleito eleitoral, ou seja, com o ambiente-político eleitoral, como também pode ser exercida a partir do próprio exercício jurisdicional, quando da prolação de decisões sobre questões de importância diferenciada, que possam interferir ou produzir reflexos na evolução do processo político-eleitoral⁵⁷,

⁵⁶ Elival da Silva Ramos, *Ativismo judicial – parâmetros dogmáticos*, São Paulo, Saraiva, 2014, p. 132-133: “Diante disso, a expressão “ativismo judicial” possui uma carga valorativa positiva ou negativa, dependendo do enfoque teórico de quem realiza a avaliação das decisões judiciais. Para os adeptos do literalismo ou originalismo, toda prática judiciária que não se filie ao interpretativismo é ativista, emprestando ao termo conotação negativa, que o contrapõe à democracia, ao Estado de Direito, à objetividade e segurança jurídica, ao pluralismo ideológico etc. Em sentido oposto, os defensores do *construction* (não interpretativismo) não veem o ativismo em sua forma negativa, na medida em que incorporam a supremacia da Constituição e o controle de constitucionalidade ao conjunto das instituições que expressam o sistema político democrático, insistindo na inevitabilidade da criatividade jurisprudencial, como demonstrado pela *Hermenêutica contemporânea*”.

⁵⁷ Propaganda antecipada: A Res. TSE 22874 de 1º de julho de 2008 inseriu o art. 16-A e revogou o art. 24 do Capítulo VI da Res. TSE 22718/08 – candidatos e pré-candidatos foram liberados para entrevistas, debates e encontros antes de 6 de julho de 2008, sem a vedação expressa de exposição de propostas de campanha. O art. 24, que foi revogado, possuía a seguinte redação: “Os pré-candidatos poderão participar de entrevistas, debates e encontros antes de 6 de julho de 2008, desde que não exponham propostas de campanha”. A redação do art. 16-A era a seguinte: “Os pré-candidatos e candidatos poderão participar de entrevistas, debates e encontros antes de 6 de julho de 2008, inclusive com a exposição de plataformas e projetos políticos, observado, pelas emissoras de rádio e de televisão, o dever de conferir tratamento isonômico aos que se encontrarem em situação semelhante (Res./TSE no 21.072/2002). Parágrafo único: Eventuais abusos e excessos, assim como as demais formas de uso indevido do meio de comunicação, serão apurados e punidos nos termos do art. 22 da Lei Complementar 64/90, sem prejuízo da representação a que alude o art. 96 da Lei nº 9.504/97”. Esta previsão normativa

e, até mesmo, da função consultiva, como ocorreu em relação à perda do mandato eletivo por infidelidade partidária⁵⁸.

Dentro desses parâmetros, deve o exercício da jurisdição eleitoral, em atenção ao princípio reitor da interpretação constitucional, qual seja, o *princípio da unidade da Constituição*⁵⁹, promover o crítico equilíbrio de dois mandamentos constitucionais, quais sejam, a soberania da vontade popular, insculpido no art. 1º e seu parágrafo único da Constituição Federal, e a legitimidade dos pleitos eleitorais, previsto no parágrafo 9º do art. 14 da Carta Magna, como forma de resguardar, numa perspectiva interpretativa norteada pelo método integrativo, “o sentido de conjunto e universalidade expresso pela Constituição”⁶⁰.

Esses dois mandamentos constitucionais devem ser bem compreendidos. Como bem observa Norberto Bobbio⁶¹, em sua obra *Teoria Geral da Política* – a filosofia política e as lições dos clássicos, ao analisar os fundamentos da democracia:

Na democracia moderna, o soberano não é o povo, mas são todos os cidadãos. O povo é uma abstração, cômoda, mas também, como já dissemos, falaciosa; os indivíduos, com seus defeitos e seus interesses, são uma realidade. Não é por acaso que como fundamento das democracias modernas estão as Declarações do Homem e do Cidadão, desconhecidas da democracia dos antigos.

Acrescenta, nessa linha de raciocínio, que a principal justificação do sistema democrático é fato de que “o indivíduo como pessoa moral e racional, é o melhor juiz de seu próprio interesse” (op. cit., p. 424), mas ressalva:

redundou na alteração legislativa promovida pelo art. 4º da Lei 12.034/2009, que introduziu o art. 36-A na Lei 9.504/97, cujo inciso I possuía a seguinte redação: “a participação de filiados a partidos políticos ou de pré-candidatos em entrevistas, programas, encontros ou debates no rádio, na televisão e na internet, inclusive com a exposição de plataformas de projetos políticos, desde que não haja pedido de votos (grifei), observado pelas emissoras de rádio e de televisão o dever de conferir tratamento isonômico”. Posteriormente, a redação deste inciso foi alterada pela Lei 12.891/2013, nos seguintes termos “a participação de filiados a partidos políticos ou de pré-candidatos em entrevistas, programas, encontros ou debates no rádio, na televisão e na internet, inclusive com a exposição de plataformas e projetos políticos, observado pelas emissoras de rádio e de televisão o dever de conferir tratamento isonômico”, ou seja, foi excluída a expressão acima grifada: “desde que não haja pedido de votos”.

⁵⁸ O Tribunal Superior Eleitoral, a partir do exercício de sua competência consultiva, prevista no inc. XII do art. 23 da Lei 4.737/65, nos autos da Consulta nº 1.554/DF, apreciou a questão da infidelidade partidária e, após apreciação da matéria pelo Supremo Tribunal Federal no âmbito dos Mandados de Segurança 26.602, 26.603 e 26604, no exercício de sua competência normativa, editou a Resolução 22.610/2007.

⁵⁹ Luís Roberto Barroso, *Interpretação e aplicação da Constituição*, 4. ed., rev. e atual., São Paulo, Saraiva, 2011, p. 194: “Portanto, ao intérprete da Constituição só resta buscar a conciliação possível entre proposições aparentemente antagônicas, cuidando, todavia, de jamais anular integralmente uma em favor da outra. Um lance de olhos sobre a Constituição brasileira de 1988 revela diversos pontos de tensão normativa, isto é, de proposições que consagram valores e bens jurídicos que se contrapõem e que devem ser harmonizados pelo intérprete”.

⁶⁰ Paulo Bonavides, *Curso de direito constitucional*, 30. ed., São Paulo, Malheiros, 2015, p. 491: “Nenhuma forma ou instituto de Direito Constitucional poderá ser compreendido em si, fora da conexão que guarda com o sentido de conjunto e universalidade expresso na Constituição. De modo que cada norma constitucional, ao aplicar-se, significa um momento no processo de totalidade funcional, característico da integração peculiar a todo ordenamento constitucional”.

⁶¹ BOBBIO, Norberto. *Teoria geral da política* – a filosofia política e as lições dos clássicos. Tradução de Daniela Beccaccia Versiane. Rio de Janeiro: Campus, 2000.

O homem racional é um ideal-limite. Exatamente por isso também a democracia é um ideal-limite. Deixando de lado a consideração de que se todos os homens fossem racionais não haveria nem mesmo a necessidade de um governo, e mesmo nos limitando à racionalidade puramente instrumental, falta à grande maioria dos indivíduos os conhecimentos necessários para construir um juízo pessoal e fundamentado diante das decisões que deve tomar. E além disso, mesmo aqueles que poderiam conhecer melhor as coisas podem ser facilmente enganados por quem possui, além de conhecimentos, os meios de propaganda suficientes para fazer com que os próprios interesses ou aqueles interesses do próprio grupo pareçam os interesses de todos. Em suma, muitos não estão em condições de saber. Muitos acreditam saber, e não sabem.

Acrescenta, ainda, a respeito da noção de ideal-limite, tanto no que concerne à racionalidade do homem como no que tange à democracia, como forma de concretizar a disparidade entre a democracia ideal e a democracia real, que, “Um ideal-limite já é em si mesmo, e por definição, inatingível” (op. cit., p. 425).

Por outro lado, a jurisdição eleitoral apresenta outra característica, que também lhe confere alta complexidade, qual seja, o caráter especialmente evolutivo de sua jurisprudência, decorrente da limitação temporal imposta ao exercício da jurisdição pelos restritos mandatos dos magistrados, em todas as instâncias da Justiça Eleitoral.

Diante de todo o exposto, importa concluir que o exercício jurisdicional na esfera eleitoral, para que goze de razoável grau de racionalidade e legitimidade, sem deixar de atender as atribuições decorrentes de sua competência, entre as quais, as importantíssimas atribuições de fiscalização e normatização, não pode, em momento algum, interferir no processo político eleitoral, de modo a comprometer a essência do regime democrático, a soberania da vontade popular⁶², em que pese todos os condicionamentos que possam projetar reflexos na obtenção do voto livre e esclarecido, pois tais condicionamentos, em graus e medidas diversas, sem dúvida, há muito tempo, permeiam todos os segmentos sociais, em todas as suas instâncias.

⁶² TSE, Agravo Regimental em Agravo de Instrumento nº 5282 - Bertioga/SP, Rel. Ministro Gilmar Mendes: “Não há dúvida de que o regime legal de repressão a condutas abusivas por parte de candidatos possui uma clara autorização constitucional. Mas essa autorização não direciona a um regime punitivo inflexível, sob pena de vulneração a outros princípios constitucionais. Nessa perspectiva, não parece razoável simplesmente igualar e punir condutas que, na realidade, se apresentam de modo diferenciado. Isso configuraria um excesso legislativo e, ao mesmo tempo, uma violação a princípios constitucionais contrapostos, como a democracia majoritária e a divisão de poderes. Como já tive oportunidade de manifestar, creio que a intervenção do Tribunal Superior Eleitoral no processo eleitoral há de se fazer com o devido cuidado para que não haja alteração da própria vontade popular. É que o ativismo judicial aqui pode colocar em xeque o próprio processo democrático, dando ensejo à conspurcação da decisão majoritária ou à criação de um partido da Justiça Eleitoral, que acabará por consagrar, as mais das vezes, o segundo mais votado. Não se está aqui, obviamente, a defender uma concepção acrítica de democracia e da idéia de poder do povo (no jargão popular: “a voz do povo é a voz de Deus”). A esse propósito, valho-me da análise de Zagrebelsky, *verbis*: *Para a democracia crítica, nada é tão insensato como divinização do povo que se expressa pela máxima vox populi, vox dei, autêntica forma de idolatria política. Esta grosseira teologia política democrática corresponde aos conceitos triunfalistas e acríticos do poder do povo que, como já vimos, não passam de adulações interesseiras. Na democracia crítica, a autoridade do povo não depende de suas supostas qualidades sobre-humanas, como a onipotência e a infalibilidade. Depende, ao contrário, de fator extremamente oposto, a saber, do fato de se assumir que todos os homens e o povo, em seu conjunto, são necessariamente limitados e falíveis. Este ponto de vista parece conter uma contradição que é necessário aclarar. Como é possível confiar na decisão de alguém, como atribuir-lhe autoridade quando não se lhe reconhecem méritos e virtudes, e sim vícios e defeitos? A resposta está precisamente no caráter geral dos vícios e defeitos. A democracia, em*

O principal filtro ético do processo político eleitoral é o voto popular, que traduz, em estreita correlação com o nível de consciência social e política da sociedade, os contornos de legitimidade da composição dos poderes políticos por meios dos pleitos eleitorais.

Portanto, a vontade popular só pode ser afastada nos casos em que, considerada com o contexto em que se manifesta, estiver manifestamente contaminada, distorcida, ou seja, “*in dubio*” deve ser respeitada a soberana manifestação da vontade popular.

Lógica diversa importa em subversão da essência do regime democrático representativo.

É certo que, na atualidade, na busca de correção das distorções decorrentes do sistema eleitoral vigente, o ativismo, numa perspectiva positiva, tem permeado o exercício da jurisdição eleitoral, com significativos avanços, no que diz respeito à legitimidade do processo político eleitoral⁶³.

No entanto, como bem observa Luís Roberto Barroso⁶⁴, devem ser reconhecidos limites para o exercício da atividade jurisdicional, pois não possuem os magistrados legitimidade, para, no âmbito de densas discussões políticas e éticas, promover abrangente interpretação do ordenamento constitucional e infraconstitucional vigente, de modo a

geral, e particularmente a democracia crítica, baseia-se em um fator essencial: em que os méritos e defeitos de um são também de todos; teríamos, ao contrário, alguma forma de autocracia, ou seja, o governo de uma parte (os melhores) sobre a outra (os piores). Portanto, se todos são iguais nos vícios e nas virtudes políticas, ou, o que é a mesma coisa, se não existe nenhum critério geralmente aceito, através do qual possam ser estabelecidas hierarquias de mérito e demérito, não teremos outra possibilidade senão atribuir a autoridade a todos, em seu conjunto. Portanto, a democracia crítica, a autoridade do povo não depende de suas virtudes, ao contrário, desprende-se – é necessário estar de acordo com isso – de uma insuperável falta de algo melhor. (Zagrebelsky, Gustavo. La crucifixión y la democracia, trad. espanhola, Ariel, 1996, pág. 105 – título original: Il “crucifigel” e la democrazia, Giulio Einaudi, Torino, 1995).” De fato, se não é correta essa divinização do poder popular, não menor certo é que a eventual relativização do princípio da maioria, após a realização de um pleito complexo, não pode ser tomada como algo ordinário. Nesse caso, seguindo a linha de raciocínio de Zagrebelsky, estaríamos consagrando um tipo nefasto de autocracia, ou seja, o governo de uma parte (no caso a minoria vencida) sobre a outra (os vencedores do pleito eleitoral). Sem dúvida, nas palavras de Kelsen, “o princípio da maioria absoluta (e não qualificada) representa aproximação relativamente maior da idéia de liberdade”. Ainda em Kelsen, encontra-se o seguinte pensamento acerca do princípio majoritário, verbis: Há apenas uma idéia que leva, por um caminho racional, ao princípio majoritário: a idéia de que, se nem todos os indivíduos são livres, pelo menos o seu maior número o é, o que vale dizer que há necessidade de uma ordem social que contrarie o menor número deles. Certamente esse raciocínio pressupõe a igualdade como postulado fundamental da democracia: de fato está claro que se procura assegurar a liberdade não deste ou daquele indivíduo porque esta vale mais que aquele, mas do maior número possível de indivíduos. Portanto, a concordância entre vontades individuais e vontade do Estado será tanto mais fácil de se obter quanto menor for o número de indivíduos cujo acordo é necessário para decidir uma modificação na vontade do Estado, no momento em que se manifestasse, estivesse mais em desacordo do que em acordo com as vontades individuais; se isso fosse exigido ao máximo, poderia ocorrer que uma minoria pudesse impedir uma mudança na vontade do Estado, contrariando a maioria. (A democracia, São Paulo, Martins Fontes, 1993, p. 32)” Com tudo isso, gostaria apenas de enfatizar a inadmissibilidade, em um autêntico regime democrático, de uma rotineira e excessiva relativização do princípio da maioria. Não se cuida, aqui, de opção política judiciária a ser ou não desenhada por esta Corte, mas de inevitável aplicação do princípio da proporcionalidade, que, entre nós, está expresso na cláusula do devido processo legal substancial (art. 5º, LIV, da Constituição Federal). Há, especialmente, uma violação à proporcionalidade em sentido estrito, tendo em vista a ponderação entre os valores constitucionais que, no caso se apresentam contrapostos.”

⁶³ Vide notas de rodapé 57 e 58.

⁶⁴ Luís Roberto Barroso, *Judicialização, ativismo judicial, e legitimidade democrática*, p. 19, disponível em: <<http://www.oab.br/editora/revista/12350666701742218181>>, acesso em: 26 mar. 2015: “Uma nota final: o ativismo até aqui tem sido parte da solução, e não o problema. Mas ele é um antibiótico poderoso, cujo uso deve ser eventual e cauteloso. Em dose excessiva, há risco de se morrer da cura. A expansão do Judiciário não deve desviar a atenção da real disfunção que aflige a democracia brasileira: a crise de representatividade, legitimidade e funcionalidade do Poder Legislativo. Precisamos de reforma política. E essa não pode ser feita por juizes”.

alterar, substancialmente, as concepções sobre os preceitos concernentes à estrutura e aos pressupostos do sistema político e eleitoral, para reformá-lo sem a utilização dos instrumentos formais de revisão legislativa ou constitucional estabelecidos democraticamente pela soberana vontade popular, concretizada por seus legítimos representantes na elaboração de nossa carta constitucional.