

DEMOCRACIA E DIREITOS POLÍTICOS

NOS 35 ANOS DA CONSTITUIÇÃO

Autores

Antônio Augusto Brandão de Aras

Dirley da Cunha Júnior

Cristian Patric de Sousa Santos

Edvaldo Brito

Eneida Desiree Salgado

Fábio Periandro de Almeida Hirsch

Gabrielle Bezerra Sales Sarlet

Ingo Wolfgang Sarlet

Jailce Campos e Silva

José Arthur Castillo de Macedo

Luiz Edson Fachin

Matheus Conde Pires

Apresentação

Roberto Maynard Frank

Prefácio

Jaime Barreiros Neto

Organizadores

Jaime Barreiros Neto

Marta Cristina Jesus Santiago



**DEMOCRACIA E DIREITOS POLÍTICOS
NOS 35 ANOS DA CONSTITUIÇÃO**

Salvador, outubro 2023

ISBN n° 978-65-87981-10-9 (meio físico)

ISBN n° 978-65-87981-11-6 (meio digital)

TRIBUNAL REGIONAL ELEITORAL DA BAHIA

ESCOLA JUDICIÁRIA ELEITORAL DA BAHIA

1ª Avenida do Centro Administrativo da Bahia, nº 150, CEP 41.745-901 – Salvador-BA Tel.: (071) 3373-7445/7188/7156/7376

Presidente

Roberto Maynard Frank

Vice-Presidente e Corregedor

Abelardo Paulo da Matta Neto

Membros do Tribunal

José Batista de Santana Júnior

Pedro Rogério Castro Godinho

Arali Maciel Duarte

Moacyr Pitta Lima Filho

Danilo Costa Luiz

Procurador Regional Eleitoral Substituto (em exercício)

Cláudio Alberto Gusmão Cunha

Diretor da Escola Judiciária Eleitoral da Bahia

Roberto Maynard Frank

Coordenadora da Escola Judiciária Eleitoral da Bahia

Anabel Souza Amorim

Os autores desta obra possuem ampla liberdade de opinião e de crítica, de modo que as ideias e as opiniões expostas nos artigos são de sua exclusiva responsabilidade e podem não refletir a opinião do Tribunal Regional Eleitoral da Bahia.

É proibida a reprodução total ou parcial desta obra sem a autorização expressa dos autores

Organizadores

Jaime Barreiros Neto
Marta Cristina Jesus Santiago

DEMOCRACIA E DIREITOS POLÍTICOS NOS 35 ANOS DA CONSTITUIÇÃO

AUTORES

Antônio Augusto Brandão de Aras
Cristian Patric de Sousa Santos
Dirley da Cunha Júnior
Edvaldo Pereira de Brito
Eneida Desiree Salgado
Fábio Periandro de Almeida Hirsch e Jailce Campos e Silva
Ingo Wolfgang Sarlet e Gabrielle Bezerra Sales Sarlet
Ministro Luiz Edson Fachin e José Arthur Castillo de Macedo
Rubens Beçak e Matheus Conde Pires

Apresentação

Desembargador Eleitoral Roberto Maynard Frank

Prefácio

Jaime Barreiros Neto

1ª Edição
Salvador, Outubro de 2023

Capa
Tiago Emanuel Alencar e Silva

Editoração
Camila Guerra de Araújo França

Tiragem deste número: 100

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)

Democracia e direitos políticos nos 35 anos da constituição/Jaime Barreiros Neto, Marta Cristina Jesus Santiago (coords.).— Salvador : Tribunal Regional Eleitoral da Bahia, 2023.

288 p.

ISBN 978-65-87981-10-9 (meio físico)

ISBN 978-65-87981-11-6 (meio digital)

1. Direito Constitucional. 2. Constituição. 3. Democracia.
I. Título.

CDDir- 341.28435

SUMÁRIO

Antonio Augusto Brandão de Aras

MINISTÉRIO PÚBLICO ELEITORAL E A DEFESA DOS VALORES JURÍDICOS QUE REGEM O CERTAME ELEITORAL

Cristian Patric de Sousa Santos

35 ANOS DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL E O RESGATE DE UM DEBATE: a proposta de uma corte constitucional para o Brasil.

Dirley da Cunha Júnior

BALANÇO CRÍTICO DA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL BRASILEIRA AO LONGO DOS 35 ANOS DA CRFB DE 1988: um contraponto entre os modelos Difuso e Concentrado

Edvaldo Brito

AÇÃO CONSTITUCIONAL DE IMPUGNAÇÃO DE MANDATO ELETIVO

Eneida Desiree Salgado

AS RESTRIÇÕES AOS DIREITOS POLÍTICOS E A INTERPRETAÇÃO CONSTITUCIONAL RETROSPECTIVA

Fábio Periandro de Almeida Hirsch

Jailce Campos e Silva

A PARTICIPAÇÃO DA MULHER NA POLÍTICA: PASSADO, PRESENTE E FUTURO

Ingo Wolfgang Sarlet

Gabrielle Bezerra Sales Sarlet

O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, OS TRATADOS INTERNACIONAIS DE DIREITOS HUMANOS E O CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE AOS 35 ANOS DA CONSTITUIÇÃO BRASILEIRA

Ministro Luiz Edson Fachin

José Arthur Castillo de Macedo

**O VÍRUS DA DESINFORMAÇÃO E DO POPULISMO AUTORITÁRIO
CONTRA O BRASIL CONSTITUCIONAL**

Rubens Beçak

Matheus Conde Pires

**INICIATIVA POPULAR: da festa da democracia ao ostracismo
pragmático**

APRESENTAÇÃO

Há 35 anos, o Brasil vivenciava um dos momentos mais importantes da sua história: em 05 de outubro de 1988 era promulgada a “Constituição Cidadã”, assim batizada pelo deputado Ulysses Guimarães, simbolizando a inauguração de um novo tempo. Tempo de esperança, conquista de novos direitos e reabertura política, consolidada posteriormente com a realização periódica de eleições gerais e livres, com ampla participação popular, legitimidade e normalidade democrática.

Em comemoração a esta data tão especial, a Escola Judiciária Eleitoral da Bahia tem a honra de oferecer ao público a presente obra coletânea, que reúne trabalhos de grande densidade intelectual construídos por alguns dos mais importantes juristas brasileiros.

Cumpre este Tribunal, mais uma vez assim, a sua missão, prestando uma inestimável contribuição para o fortalecimento da nossa sociedade política, missão maior da Justiça Eleitoral.

Salvador, outubro de 2023

Desembargador Roberto Maynard Frank
Diretor da Escola Judiciária Eleitoral da Bahia
Presidente do Tribunal Regional Eleitoral da Bahia

PREFÁCIO

05 de outubro de 1988: em discurso histórico, o deputado Ulysses Guimarães, presidente da Assembleia Nacional Constituinte, declarava promulgada a “Constituição Cidadã”, produto de um longo e democrático processo oficialmente iniciado com a instalação dos trabalhos dos constituintes eleitos pelo voto popular, em fevereiro de 1987, mas que refletia uma já antiga luta de milhões de brasileiros pela restauração da democracia e pela afirmação das liberdades fundamentais, abaladas por mais de duas décadas de um regime de exceção, que afastou o povo do pleno exercício do poder soberano.

Após um ano e oito meses de intensos debates, que contaram com uma ampla participação popular, simbolizada na remessa de mais de dez mil propostas enviadas pelo povo, por meio de cartas, aos constituintes, inúmeras audiências públicas e reuniões e ampla cobertura da imprensa, nascia a nova carta constitucional, símbolo de um novo tempo, consagradora de uma gama inédita de direitos individuais, sociais e transindividuais, defensora da liberdade e propugnadora de uma ampla participação política popular, a ser afirmada não apenas por meio de eleições livres e diretas para os diversos cargos representativos do Estado, mas também pela previsão de novas formas de participação política.

Imperfeita, como bem alertado por Ulysses no seu célebre discurso, a Constituição de 1988 chega ao seu 35º aniversário ainda pujante, no alto das suas mais de 130 emendas, as quais acompanharam grandes transformações observadas no mundo desde aquela já longínqua tarde de outubro: queda do Muro de Berlim, fim da União Soviética, incremento da globalização, revolução cibernética, surgimento das redes sociais, atentados terroristas, e, no Brasil, surgimento da urna eletrônica, Plano Real e aumento da expectativa de vida, marcaram os últimos 35 anos, com reflexos intensos sobre a ordem constitucional.

Ao tempo em que significativas mudanças continuam a ocorrer no Brasil e no mundo, a carta constitucional de 1988 vem sofrendo críticas e modificações, consolidando-se, por outro lado, como o porto seguro da cidadania, da soberania popular e da dignidade humana. Relembrando, mais uma vez, Ulysses, “discordar, sim. Divergir, sim. Descumprir, jamais. Afrontá-la, nunca. Traidor da Constituição é traidor da Pátria”.

Esta obra é uma homenagem da Escola Judiciária Eleitoral a este documento essencial para a afirmação da democracia e dos direitos humanos no nosso país. A Constituição de 1988 precisa ser sempre lida, estudada e pensada, a fim de que uma cultura constitucional seja cada vez mais afirmada no Brasil, de forma a garantir o constante aperfeiçoamento da sociedade brasileira. Eis, portanto, a justificativa maior desta publicação, a qual reúne importantes estudiosos do Direito Constitucional brasileiro com o propósito de contribuir para o avanço dessa tão necessária cultura constitucional.

Agradecemos, assim, à preciosa colaboração do Procurador-Geral da República (2019-2023) Augusto Aras, que nos brinda com um excelente texto acerca das funções exercidas pelo Ministério Público Eleitoral na defesa dos valores jurídicos que regem o certame eleitoral.

Saudamos e agradecemos também ao professor da UFBA, Dirley da Cunha Junior, que apresenta nesta obra um balanço crítico da jurisdição constitucional brasileira ao longo dos 35 anos de vigência da Constituição de 1988, de grande relevância e valia para os estudiosos do Direito Constitucional brasileiro.

No mesmo sentido, gratulamos a professora da UFPR, Eneida Desiree Salgado, por compartilhar nesta obra texto instigante e crítico sobre a restrição aos direitos políticos em face da prática de interpretação retrospectiva da Constituição.

Também felicitamos o professor do Programa de Pós Graduação em Direito da UFBA, Edvaldo Brito, pelo estudo publicado nesta obra acerca da Ação Constitucional de Impugnação de Mandato Eletivo.

Ao professor do PPGD da UFBA, Fábio Periandro, bem como à mestranda em Direito pela UFBA, Jailce Campos e Silva, cumprimos pela publicação de artigo jurídico sobre o passado, presente e futuro da participação política feminina no Brasil, tema caro e relevante projetado de forma progressista pela Constituição que aniversaria.

Ao professor e mestre em Direito Cristian Patric de Sousa Santos, louvamos a colaboração prestada a esta publicação por meio do texto “35 anos da Constituição Federal e o resgate de um debate: a proposta de uma corte constitucional para o Brasil”.

Prestando reverências ao professor Ingo Sarlet, do Programa de Pós Graduação em Direito da PUC RS, destacamos também a publicação de texto da sua autoria, escrito em parceria com a advogada e pós-doutora em Direito pela Universidade de Hamburgo, Gabrielle Bezerra Sales Sarlet, e intitulado “O Supremo Tribunal Federal, os tratados internacionais de direitos humanos e o controle de convencionalidade aos 35 anos da Constituição Federal”, tema extremamente atual e relevante.

Agradecemos entusiasticamente ao professor Rubens Beçak e ao Doutorando em Direito Matheus Conde Pires pela excelente contribuição prestada aos estudos constitucionais possibilitada pelo texto “Iniciativa popular: da festa da democracia ao ostracismo pragmático”, também publicada neste livro comemorativo.

Por fim, parabenizamos e honrados agradecemos ao excelentíssimo senhor Ministro Edson Fachin, do Supremo Tribunal Federal, pela disponibilização do artigo “O vírus da desinformação e do populismo autoritário contra o Brasil”, escrito em conjunto com o professor doutor José Arthur Castillo de Macedo.

“Quando após tantos anos de lutas e sacrifícios promulgamos o Estatuto do Homem, da Liberdade e da Democracia bradamos por imposição de sua honra”. O brado do deputado Ulysses Guimarães, que simbolizava, naquele 05 de outubro de 1988, o sentimento de cada brasileiro, continua a reverberar, trinta e cinco anos depois. Honrar a Constituição é um dever de todos os brasileiros. Promover o estudo do direito constitucional e político e reverenciar o símbolo maior da nossa democracia é o

compromisso da Escola Judiciária Eleitoral da Bahia, renovado, mais uma vez, com esta publicação.

Jaime Barreiros Neto

Doutor em Ciências Sociais e Mestre em Direito (UFBA). Professor do Programa de Pós Graduação em Direito da UFBA. Analista Judiciário do Tribunal Regional Eleitoral da Bahia. Membro Titular da Cadeira n°. 06 da Academia de Letras Jurídicas da Bahia.

MINISTÉRIO PÚBLICO ELEITORAL E A DEFESA DOS VALORES JURÍDICOS QUE REGEM O CERTAME ELEITORAL

Augusto Aras

1. CONSIDERAÇÕES INICIAIS

No presente artigo trazemos breves considerações sobre a atuação do Ministério Público Eleitoral na defesa dos valores jurídicos que regem o certame eleitoral, demonstrando que o agir ministerial decorre de uma incumbência constitucional e resulta da decisão tomada pelo Constituinte de 1988 de conferir ao órgão ministerial uma configuração nova, distinta da adotada na constituição anterior.

Iniciamos a abordagem analisando a conformação do Ministério Público antes da Constituição de 1988, abordando os textos das constituições brasileiras e indicando as mudanças que foram ocorrendo ao longo da evolução constitucional pátria.

Em seguida analisamos a configuração do Ministério Público na Constituição de 1988, destacando que o constituinte fez uma opção de mudar a configuração do órgão ministerial, transformando-o em uma instituição que atua a serviço da sociedade, defendendo a ordem jurídica e o regime democrático.

Logo após discorreremos sobre o Ministério Público Eleitoral na constituição de 1988 e, no item seguinte, destacamos a atuação do órgão ministerial na defesa dos valores jurídicos constitucionais-eleitorais, promovendo a tutela da liberdade de voto para assegurar a realização de eleições autênticas, honestas, livres de interferências ilícitas de qualquer ordem.

Por último, trazemos considerações finais sobrelevando que o agir do Ministério Público Eleitoral na defesa dos valores que regem o certame eleitoral é essencial para o regime democrático, e realçando que a forma pela qual a constituição de 1988 organizou o órgão ministerial foi fundamental para substanciar a atuação do *parquet*.

Procurador-Geral da República. Mestre e Doutor em Direito. Professor da Faculdade de Direito da Universidade de Brasília.

2. O MINISTÉRIO PÚBLICO BRASILEIRO ANTES DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

A feição do Ministério Público nas constituições brasileiras variou bastante até chegar ao modelo adotado na Constituição de 1988.

A atual constituição, ao disciplinar o Ministério Público, adotou elementos que já constavam de constituições anteriores, como a forma de ingresso na carreira, as garantias e o processo de escolha do Procurador-Geral, mas inovou em aspectos importantes, principalmente no novo enquadramento dado ao órgão ministerial, situado como função essencial à justiça, de maneira apartada e pareada aos Poderes do Estado, atuando em favor da sociedade com autonomia institucional, independência funcional e funções fiscalizatórias relevantes para promover a defesa da ordem jurídica e do regime democrático.

A primeira vez que o Ministério Público figurou nas Constituições brasileiras como Instituição foi na Constituição de 1934, mas a história do *Parquet* no Brasil inicia muito antes, ainda no período de aplicação das Ordenações Portuguesas.

As Ordenações Manuelinas e as Ordenações Filipinas faziam menção aos promotores de justiça, atribuindo a eles o papel de fiscalizar a lei e de promover a acusação criminal.

A primeira constituição brasileira, a Carta imperial de 1824, não fez referência ao Ministério Público, mas previu a figura do *Procurador da Coroa e Soberania Nacional*, a quem caberia promover a acusação nos juízos dos crimes cuja acusação não pertencesse à Câmara dos Deputados (art. 48).

Ainda no período do Império, o Código de Processo Penal, de 1832, faz referência expressa aos *Promotores Públicos* nos arts. 36 e 37, estabelecendo quem poderia ser promotor, o processo de nomeação, o tempo de exercício das funções e as atribuições. Nos termos do art. 36, os Promotores eram nomeados pelo Governo na Corte, e pelo Presidente nas Províncias, por tempo de três anos, sobre proposta tríplex das Câmaras Municipais.

Em 1841, a Lei n. 261/1941 reformou o Código de Processo Penal e manteve a referência aos *Promotores Públicos*, nos arts. 22 e 23. Conforme o art. 22, os Promotores eram nomeados e demitidos pelo Imperador, ou pelos Presidentes de Províncias, para servir pelo tempo que convier. Uma novidade importante,

prevista no art. 23, foi a obrigatoriedade de haver pelo menos um Promotor em cada Comarca, que acompanharia o Juiz de Direito.

Em 1890, já no período republicano, o Decreto n. 848/1890, que dispôs sobre a organização da justiça federal, dedicou um capítulo ao Ministério Público, tratando da Instituição nos arts. 21 a 26. O decreto determinou que em cada seção da justiça federal deveria haver um Procurador da República, nomeado pelo Presidente da República, por quatro anos, durante os quais não poderia ser removido. Dentre as atribuições dos procuradores da República estava a de cumprir as ordens do Governo da República relativas ao exercício de suas funções.

A Constituição de 1891, nossa primeira constituição republicana, não fez referência expressa ao Ministério Público, mas dispôs sobre a escolha do Procurador-Geral da República e a sua iniciativa na revisão criminal.

No art. 58, § 2º, situado na seção dedicada ao Poder Judiciário, a Constituição estabeleceu que *“O Presidente da República designará, dentre os membros do Supremo Tribunal Federal, o Procurador-Geral da República, cujas atribuições se definirão em lei”*.

A Constituição de 1934 foi a primeira constituição brasileira a fazer referência expressa ao Ministério Público enquanto Instituição. Na Seção I do Capítulo VI, intitulado *“Dos Órgãos de Cooperação das Atividades Governamentais”*, nos arts. 95 a 98, a lei constitucional estatuiu importantes aspectos sobre o ente ministerial, como a previsão de organização do Ministério Público na União, no Distrito Federal e nos Territórios e nos Estados (art. 95).

A Constituição manteve na esfera de competência do Presidente da República a designação do Procurador-Geral da República, mas acrescentou que a escolha deveria ser aprovada pelo Senado Federal. Ademais, deixou de exigir que o escolhido fosse membro do Supremo Tribunal Federal, como acontecia na Constituição anterior. No novo regime constitucional, bastaria ser um cidadão que reunisse os requisitos exigidos para ser Ministro do Supremo, mas não era preciso ser um membro da Corte.

Nos termos do art. 95, § 1º da Constituição de 1934, *“O Chefe do Ministério Público Federal nos Juízos comuns é o Procurador-Geral da República, de nomeação do Presidente da República, com aprovação do Senado Federal, dentre cidadãos com os requisitos estabelecidos para os Ministros da Corte Suprema.*

Terá os mesmos vencimentos desses Ministros, sendo, porém, demissível ad nutum”. Assim, qualquer cidadão que reunisse os requisitos necessários para ser Ministro da Suprema Corte poderia ser nomeado Procurador-Geral da República.

A Constituição de 1937 não dedicou uma seção ao Ministério Público, mas fez referência à Instituição em alguns dispositivos, situados na parte dedicada ao Poder Judiciário. Quanto à escolha do Procurador-Geral, manteve-se a exigência de que seria necessário reunir os requisitos exigidos para Ministro do Supremo Tribunal Federal, mas desapareceu a necessidade de aprovação pelo Senado Federal.

Conforme o art. 99 da constituição de 1937, *“O Ministério Público Federal terá por Chefe o Procurador-Geral da República, que funcionará junto ao Supremo Tribunal Federal, e será de livre nomeação e demissão do Presidente da República, devendo recair a escolha em pessoa que reúna os requisitos exigidos para Ministro do Supremo Tribunal Federal”*.

A Constituição de 1946 dedicou um título próprio ao Ministério Público (*título III, arts. 125 a 128*), separado do Poder Judiciário. Instituiu os Ministérios Públicos da União, do Distrito Federal e Territórios, e dos Estados; previu o ingresso nos cargos iniciais das carreiras mediante aprovação em concurso público; e estabeleceu as garantias da vitaliciedade e inamovibilidade, tudo isso nos arts. 127 e 128.

De maneira inovadora, incumbiu aos Procuradores da República representar em juízo a União (art. 126, parágrafo único). Quanto ao Procurador-Geral, restabeleceu a necessidade de aprovação da escolha pelo Senado Federal, mantendo a competência de nomeação do Presidente da República e a necessidade de a pessoa escolhida ter os requisitos exigidos para Ministro do Supremo Tribunal Federal.

Nos termos do art. 126 da constituição de 1946: *“Art 126 - O Ministério Público federal tem por Chefe o Procurador-Geral da República. O Procurador, nomeado pelo Presidente da República, depois de aprovada a escolha pelo Senado Federal, dentre cidadãos com os requisitos indicados no artigo 99, é demissível ad nutum”*.

A Constituição de 1967 dedicou uma seção ao Ministério Público no capítulo destinado ao Poder Judiciário (seção IX, capítulo VIII, arts. 137 a 139). Manteve o modelo normativo da constituição anterior quanto à existência dos Ministérios Públicos da União, do Distrito Federal e Territórios, e dos Estados, quanto

ao ingresso nos cargos iniciais das carreiras mediante concurso público, quanto às garantias da vitaliciedade e inamovibilidade, quanto à nomeação do Procurador-Geral da República e quanto à incumbência dos Procuradores da República representar em juízo a União.

Conforme o art. 138 da constituição, *“O Ministério Público Federal tem por Chefe o Procurador-Geral da República, o qual será nomeado pelo Presidente da República, depois de aprovada a escolha pelo Senado Federal, dentre cidadãos com os requisitos Indicados no art. 113, § 1º”*.

A “constituição” de 1969 (Emenda Constitucional nº 1/1969) também dedicou uma seção inteira ao Ministério Público, só que não mais “dentro” da parte reservada ao Poder Judiciário. De forma inovadora em relação às constituições anteriores, a constituição de 1969 posicionou o Ministério Público no capítulo destinado ao Poder Executivo (seção VII, Capítulo VII, arts. 94 a 96).

A constituição manteve a previsão do Ministério Público da União, do Distrito Federal e Territórios, e do Ministério Público dos Estados, manteve o ingresso nos cargos iniciais das carreiras mediante concurso público, e manteve as garantias da vitaliciedade e inamovibilidade.

Quanto à nomeação do Procurador-Geral da República, extinguiu a necessidade de aprovação pelo Senado Federal, retomando o modelo da constituição de 1937. Nos termos do art. 95, *“O Ministério Público federal tem por chefe o Procurador-Geral da República, nomeado pelo Presidente da República, dentre cidadãos maiores de trinta e cinco anos, de notável saber jurídico e reputação ilibada”*.

Essas breves referências aos textos constitucionais que antecederam a constituição de 1988 indicam que a configuração do Ministério Público passou por algumas mudanças ao longo da evolução constitucional brasileira.

A Constituição de 1988 adotou alguns elementos das constituições anteriores, como a necessidade de aprovação do Procurador-Geral da República pelo Senado Federal, mas promoveu mudanças significativas na disciplina do Ministério Público, delineando um órgão ministerial independente em relação aos Poderes do Estado, com autonomia institucional para promover a defesa da ordem jurídica e do regime democrático, o

que subsidia a atuação do Ministério Público Eleitoral na defesa dos valores jurídicos que regem o certame eleitoral.

3. O MINISTÉRIO PÚBLICO NA CONSTITUIÇÃO DE 1988

Nos debates constituintes consolidou-se a ideia de conferir ao Ministério Público uma configuração distinta daquela adotada na constituição anterior, em que o órgão ministerial estava inserido no âmbito do Poder Executivo.

Prevaleceu a concepção de que era necessário tornar o Ministério Público uma instituição independente, desvinculada do Poder Executivo, e em certo ponto apartada do Poder Judiciário, dotado de garantias institucionais próprias. Sobressaiu também o entendimento de que o órgão ministerial não deveria mais atuar representando interesses da União, tampouco como consultor jurídico dos entes públicos.

Pretendeu-se conferir ao Ministério Público uma nova conformação, na qual o *Parquet* deveria agir a serviço da sociedade, zelando pelo interesse público.

Nessa esteira, o constituinte posicionou o Ministério Público como uma função essencial à justiça, apartada do Poder Executivo, como constava da constituição de 1969, e, também, sem integrar o Poder Judiciário, como adotado nas constituições anteriores. Uma função essencial à justiça, mas que não integra a estrutura orgânica do Poder Judiciário, guardando independência em relação a todos os Poderes do Estado.

Ademais, a constituição atribuiu ao órgão ministerial funções institucionais que evidenciaram a nítida opção de estabelecer uma instituição cujo dever é atuar em favor da sociedade brasileira.

O Ministério Público está disciplinado na constituição de 1988 nos arts. 127 a 130, em uma seção própria no capítulo das “*Funções Essenciais à Justiça*”, no título dedicado à “*Organização dos Poderes*” (seção I do capítulo IV do título IV da Constituição).

O Ministério Público passou a ter um efetivo *estatuto constitucional*, integrado por um conjunto de normas não existentes nas constituições anteriores, que estabelecem expressamente princípios institucionais, asseguram autonomia funcional, administrativa, normativa e financeira, e enunciam funções institucionais do órgão ministerial.

O art. 127, caput, da Constituição qualificou o Ministério Público como uma “*instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbendo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis*”.

O § 1º do art. 127 define como princípios institucionais do Ministério Público, “*a unidade, a indivisibilidade e a independência funcional*”. O § 2º do mesmo artigo assegura à instituição autonomia funcional, administrativa e normativa; e o § 3º assegura a autonomia financeira.

O art. 129 define funções institucionais do Ministério Público e seus incisos estão em sintonia com o *caput* do art. 127, que incumbe ao órgão ministerial a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis.

O art. 129 denota uma clara opção do constituinte por um Ministério Público que deve estar a serviço da sociedade, zelando pela preservação do interesse público, rompendo com a ideia de um órgão ministerial a serviço de um Poder do Estado. Nessa esteira, a Constituição retirou do *parquet* a incumbência de representar em juízo a União, o que passou a ser atribuição da advocacia da União.

Eis o teor do texto constitucional:

Art. 129. São funções institucionais do Ministério Público:

I - promover, privativamente, a ação penal pública, na forma da lei;

II - zelar pelo efetivo respeito dos Poderes Públicos e dos serviços de relevância pública aos direitos assegurados nesta Constituição, promovendo as medidas necessárias a sua garantia;

III - promover o inquérito civil e a ação civil pública, para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos;

IV - promover a ação de inconstitucionalidade ou representação para fins de intervenção da União e dos Estados, nos casos previstos nesta Constituição;

V - defender judicialmente os direitos e interesses

das populações indígenas;

VI - expedir notificações nos procedimentos administrativos de sua competência, requisitando informações e documentos para instruí-los, na forma da lei complementar respectiva;

VII - exercer o controle externo da atividade policial, na forma da lei complementar mencionada no artigo anterior;

VIII - requisitar diligências investigatórias e a instauração de inquérito policial, indicados os fundamentos jurídicos de suas manifestações processuais;

IX - exercer outras funções que lhe forem conferidas, desde que compatíveis com sua finalidade, sendo-lhe vedada a representação judicial e a consultoria jurídica de entidades públicas.

A mudança estrutural na concepção do Ministério Público impulsionou uma nova realidade prática, sobrelevando a relevância da atuação dos órgãos ministeriais na defesa de valores jurídicos constitucionais imprescindíveis, como a tutela dos valores constitucionais-eleitorais.

A escolha feita pelo constituinte estabeleceu uma base normativa substancial para que o Ministério Público pudesse cumprir adequadamente o relevante múnus que lhe foi atribuído, de atuar em favor da sociedade, zelando pelo efetivo respeito dos Poderes Públicos e dos serviços de relevância pública aos direitos assegurados pela Constituição, promovendo as medidas necessárias à sua garantia, tal como positivado no inciso II do art. 129 da Constituição.

O perfil normativo do Ministério Público trazido pela constituição de 1988 é essencial para que o órgão ministerial possa promover a tutela da ordem jurídica e do regime democrático com a independência necessária, especialmente nas eleições, com a adoção de medidas que visem preservar a liberdade de voto e assegurar a realização de eleições autênticas e honestas, livres de interferências contra a liberdade de voto.

4. O MINISTÉRIO PÚBLICO ELEITORAL

O Ministério Público Eleitoral não está previsto na Constituição como uma instituição autônoma. Não foi sequer indicado como órgão integrante do Ministério Público.

Nos termos do art. 128 da constituição,

Art. 128. O Ministério Público abrange:

I - o Ministério Público da União, que compreende:

- a) o Ministério Público Federal;
- b) o Ministério Público do Trabalho;
- c) o Ministério Público Militar;
- d) o Ministério Público do Distrito Federal e Territórios;

II - os Ministérios Públicos dos Estados.

Conquanto não exista um Ministério Público Eleitoral como instituição orgânica, há o desempenho funcional de atividades eleitorais por parte do Ministério Público, delineadas no plano infraconstitucional, e atuante no âmbito das funções constitucionais do órgão ministerial.

O Código Eleitoral de 1932 previu expressamente a figura dos Procuradores eleitorais. No art. 12 estabeleceu que o Tribunal Superior Eleitoral deveria eleger dentre os seus membros um procurador para as funções do Ministério Público. Previu também, no art. 110, que a iniciativa da ação penal, pelos crimes eleitorais, competia aos procuradores eleitorais, ou a qualquer eleitor.

Posteriormente, em 1951, a lei orgânica do Ministério Público da União (Lei nº 1.341/1951) definiu como órgãos do Ministério Público Eleitoral o Procurador-Geral da Justiça Eleitoral; os Procuradores Regionais; e os Promotores Públicos (art. 72). Definiu o Procurador-Geral da República como Procurador-Geral Eleitoral, como Chefe do Ministério Público Eleitoral e com atuação funcional no Tribunal Superior Eleitoral (arts. 73 e 74).

Em 1965, o novo Código Eleitoral (Lei nº 4.737/1965), previu expressamente as figuras do Procurador-Geral Eleitoral e dos Procuradores Regionais Eleitorais. No art. 18 estabeleceu que as funções de Procurador-Geral Eleitoral, junto ao Tribunal Superior Eleitoral, deveriam ser exercidas pelo Procurador Geral da República (art. 18), e no art. 27 previu que serviriam como

Procurador Regional junto a cada Tribunal Regional Eleitoral o Procurador da República no respectivo Estado.

Em 1993, a Lei Complementar n. 75/1993, nova *Lei Orgânica do Ministério Público da União*, disciplinou o exercício das funções eleitorais do Ministério Público, cuidando da matéria nos arts. 72 a 80.

Nos termos do art. 72 desse diploma legal, *“Compete ao Ministério Público Federal exercer, no que couber, junto à Justiça Eleitoral, as funções do Ministério Público, atuando em todas as fases e instâncias do processo eleitoral”*.

As funções eleitorais do Ministério Público junto ao Tribunal Superior Eleitoral serão exercidas pelo Procurador-Geral Eleitoral, que é o Procurador-Geral da República, a quem cabe designar dentre os Subprocuradores-Gerais da República, o Vice-Procurador-Geral Eleitoral, que o substituirá em seus impedimentos e exercerá o cargo em caso de vacância, até o provimento definitivo.

Incumbe também ao Procurador-Geral Eleitoral designar o Procurador Regional Eleitoral em cada Estado e no Distrito Federal, que exercerá as funções do Ministério Público nas causas de competência do Tribunal Regional Eleitoral respectivo, além de dirigir, no Estado, as atividades do setor.

Perante os juízes e juntas eleitorais as funções eleitorais do Ministério Público serão exercidas pelo Promotor Eleitoral, que será o membro do Ministério Público local que officie junto ao Juízo incumbido do serviço eleitoral de cada Zona.

A atuação eleitoral do Ministério Público decorre diretamente das funções constitucionais do órgão ministerial, em especial da incumbência de promover a defesa da ordem jurídica e do regime democrático, estabelecida no *caput* do art. 127 da constituição.

O Ministério Público Eleitoral atua como órgão de fiscalização do processo eleitoral, de modo a assegurar que o certame eleitoral transcorra com respeito à ordem jurídica e ao regime democrático. Nesse ínterim, incumbe ao órgão ministerial se manifestar nos feitos do processo eleitoral, assim como também propor, ele próprio, as ações necessárias ao resguardo dos valores constitucionais eleitorais.

Nesse sentido, o art. 72, parágrafo único da Lei Complementar n° 75/1993 legitima o Ministério Público a propor,

perante o juízo competente, as ações para declarar ou decretar a nulidade de negócios jurídicos ou atos da administração pública, infringentes de vedações legais destinadas a proteger a normalidade e a legitimidade das eleições, contra a influência do poder econômico ou o abuso do poder político ou administrativo.

5. A ATUAÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO ELEITORAL NA DEFESA DOS VALORES JURÍDICOS QUE REGEM O CERTAME ELEITORAL

A realização de eleições periódicas e legítimas, livres de interferência de ilicitudes de qualquer ordem, que possam afetar a livre expressão de vontade dos eleitores, é essencial para materialização das democracias representativas.

Trata-se de verdadeiro direito humano, consagrado nos documentos internacionais protetivos de direitos humanos, como a *Declaração Universal dos Direitos Humanos*, o *Pacto Internacional dos Direitos Cívicos e Políticos* e a *Convenção Americana sobre Direitos Humanos*.

A Declaração Universal dos Direitos Humanos proclama:

“Art. 21 [...]”

3. A vontade do povo é o fundamento da autoridade dos poderes públicos: e deve exprimir-se através de eleições honestas a realizar periodicamente por sufrágio universal e igual, com voto secreto ou segundo processo equivalente que salvaguarde a liberdade de voto”.

O Pacto Internacional de Direitos Cívicos e Políticos estabelece:

“Art. 25 Todo o cidadão tem o direito e a possibilidade, sem nenhuma das discriminações referidas no artigo 2.º e sem restrições excessivas:

b. De votar e ser eleito, em eleições periódicas, honestas, por sufrágio universal e igual e por escrutínio secreto, assegurando a livre expressão da vontade dos eleitores;”

A Convenção Americana sobre Direitos Humanos prevê que:

“Artigo 23. Direitos políticos

1. Todos os cidadãos devem gozar dos seguintes direitos e oportunidades:
 b. de votar e ser eleitos em eleições periódicas autênticas, realizadas por sufrágio universal e igual e por voto secreto que garanta a livre expressão da vontade dos eleitores; e

Esses preceitos normativos indicam a existência de um consenso da sociedade internacional quanto à necessidade de se assegurar a realização de eleições periódicas e autênticas, honestas, que garantam a livre expressão da vontade dos eleitores.

Esse entendimento está igualmente acolhido no Ordenamento Jurídico brasileiro, a começar pela Constituição, que, no art. 14, § 9º, prescreve a necessidade de tutelar “*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*”.

A Constituição prevê também, no art. 14, § 10, a *ação de impugnação de mandato eletivo* para combater abuso do poder econômico, corrupção ou fraude, práticas ilícitas que comprometem a liberdade de voto e desnaturam a lisura do pleito eleitoral.

No plano infraconstitucional, a Lei Complementar 64/1990 (*leis das inelegibilidades*) e a Lei 9.504/1997 (*lei das eleições*) estabelecem mecanismos processuais para combater ilicitudes que atentam contra os valores jurídicos que regem o certame eleitoral.

A Lei Complementar 64/1990 prevê, no art. 22, a *ação de investigação judiciária eleitoral* (AIJE) para combater “*desvio ou abuso do poder econômico ou do poder de autoridade, ou utilização indevida de veículos ou meios de comunicação social*”.

Na Lei 9.504/1997 há previsão de representação para apurar condutas que violem as normas que regem a arrecadação e gastos de recursos financeiros de campanha (art. 30-A), para apurar a captação de sufrágio (art. 41-A) e para apurar a prática de condutas vedadas aos agentes públicos em campanhas eleitorais (art. 73, § 12).

O Ministério Público Eleitoral tem legitimidade para ajuizar todas essas ações e, quando não é autor da demanda, atua nos feitos exercendo atribuições fiscalizatórias.

Todas essas ilicitudes – abuso de poder econômico, corrupção, fraude, abuso do poder de autoridade, utilização

indevida de veículos ou meios de comunicação social, movimentação financeira irregular de campanha, captação de sufrágio e prática de conduta vedada aos agentes públicos em campanhas eleitorais – atentam contra os valores que regem o processo eleitoral.

São condutas que violam o direito humano à realização de eleições autênticas, e demandam a atuação do Ministério Público Eleitoral na defesa da ordem jurídica e do regime democrático, tal como posto no art. 127 da constituição.

Fincado nessa premissa constitucional, o Ministério Público Eleitoral brasileiro tem atuado firmemente no combate a todas as ilicitudes, promovendo a tutela do regime democrático e da lisura dos pleitos eleitorais.

A título ilustrativo, o Ministério Público Eleitoral brasileiro tem adotado medidas no combate à fraude na cota de gênero, uma ilicitude grave que já foi detectada em alguns pleitos eleitorais e que desnatura a lisura do pleito eleitoral.

Na mesma direção, o órgão ministerial tem agido de maneira firme contra a divulgação de *fake news* em campanhas eleitorais, conduta ilícita que configura abuso dos meios de comunicação e atinge a liberdade de voto do eleitor.

Foi o Ministério Público Eleitoral o autor da ação que levou o Tribunal Superior Eleitoral a, pioneiramente, cassar um candidato eleito em razão da prática de divulgação de notícias falsas (TSE, Recurso Ordinário n. 060397598). O precedente refere-se a fato ocorrido no pleito eleitoral de 2018 e o TSE cassou o mandato do deputado estadual que tinha sido o mais votado no Estado do Paraná.

No caso citado, o Ministério Público Eleitoral ingressou com uma ação de investigação judiciária eleitoral para apurar o uso indevido de meios de comunicação por um candidato a deputado estadual, com base no art. 22 da Lei Complementar 64/1990. A pretensão ministerial não foi acolhida na corte regional, mas o Tribunal Superior Eleitoral deu provimento ao recurso do órgão ministerial e julgou procedente a demanda, cassando o deputado e tornando-o inelegível.

A atuação firme do Ministério Público Eleitoral deve ocorrer sempre dentro da moldura constitucional e legal, observando os limites normativos quanto a sua atuação, e respeitando o espaço próprio da disputa política reservado aos candidatos e partidos.

Candidatos e partidos são os personagens de destaque da disputa eleitoral, são os verdadeiros *players* do certame, e a eles é assegurado um espaço próprio de atuação, no qual têm autonomia para tomar decisões que não devem ser objeto de ingerência do Ministério Público nem do Poder Judiciário.

Mas é preciso que candidatos e partidos atuem dentro da moldura constitucional e legal, respeitando as “*regras do jogo*”, sem atentar contra a liberdade de voto e contra a autenticidade do certame eleitoral.

O Ministério Público Eleitoral não disputa a eleição, mas fiscaliza o certame e deve assegurar que as eleições transcorram com respeito à ordem jurídica e ao regime democrático.

Dessa forma, sempre que necessário, caberá ao Ministério Público Eleitoral adotar as medidas judiciais necessárias para salvaguardar a liberdade de voto e assegurar a realização de eleições autênticas, honestas, sem interferência de ilicitudes de qualquer ordem.

A participação do Ministério Público Eleitoral na defesa desses valores é essencial para o regime democrático, e a nova configuração ministerial trazida pela Constituição de 1988 foi fundamental para substanciar a atuação do *parquet*.

O Ministério Público Eleitoral fortalecido e atuante que temos hoje é fruto também da acertada decisão feita pelo constituinte de 88, que, nesse ponto, deu uma grande contribuição para a defesa do regime democrático brasileiro.

6. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A Constituição de 1988 conferiu ao Ministério Público uma nova conformação, na qual o órgão ministerial deveria agir a serviço da sociedade, zelando pelo interesse público.

O constituinte incumbiu ao Ministério Público a defesa da ordem jurídica e do regime democrático, definiu como princípios institucionais do órgão ministerial a unidade, a indivisibilidade e a independência funcional, e assegurou à instituição autonomia funcional, administrativa e normativa.

A opção feita pelo constituinte estabeleceu uma base normativa que impõe a atuação do Ministério Público no processo eleitoral, com legitimidade para adoção de todas as medidas necessárias para a salvaguarda dos valores jurídicos que regem o certame eleitoral.

Na defesa da ordem jurídica e do regime democrático, o Ministério Público Eleitoral brasileiro tem atuado firmemente contra todo tipo de ilicitude que atente contra a lisura do certame eleitoral, como abuso de poder econômico, corrupção, fraude, abuso do poder de autoridade, utilização indevida de veículos ou meios de comunicação social, movimentação financeira irregular de campanha, captação de sufrágio e prática de conduta vedada aos agentes públicos em campanhas eleitorais.

O agir atento do Ministério Público Eleitoral brasileiro no combate a todas essas condutas ilícitas contribui para salvaguarda da liberdade de voto e para a realização de eleições autênticas, que é um direito humano assegurado na Constituição e nos documentos internacionais protetivos de direitos humanos.

A atuação efetiva do Ministério Público Eleitoral é essencial para o regime democrático, e a nova configuração ministerial trazida pela Constituição de 1988 foi fundamental para substanciar o agir do órgão ministerial.

35 ANOS DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL E O RESGATE DE UM DEBATE:

A PROPOSTA DE UMA CORTE CONSTITUCIONAL PARA O BRASIL

*Cristian Patric de Sousa Santos**

1. INTRODUÇÃO

O presente artigo pretende resgatar um importante debate que foi levado a cabo quando da realização da Assembleia Nacional Constituinte: a proposta de criação de uma Corte Constitucional para o Brasil.

Inicialmente, identifica-se o problema.

Sabe-se que o Supremo Tribunal Federal é instituição secular, criado em 1890. Ao longo de toda a sua existência, diversas funções foram desempenhadas pelo órgão. Atualmente, a Suprema Corte enfrenta inúmeros desafios impostos pelas suas competências constitucionais. Dentre eles tem se destacado, no âmbito das competências originárias, além do exercício do controle de constitucionalidade direto e abstrato, o julgamento de autoridades detentoras do foro especial por prerrogativa de função, como, por exemplo, membros do Congresso Nacional. Há, ainda, as competências recursais, tanto em grau ordinário quanto extraordinário. Assim, por uma opção constitucional mantida ao longo da história, o STF acumula inúmeras funções, ora atuando como instância originária, ora como Corte Recursal e, ainda, como Cor-

* Mestre em Direito Público pela Universidade Federal da Bahia. Especialista em Direito do Estado pela Faculdade Baiana de Direito. Professor de Direito Constitucional do Centro Universitário Salvador (UNICEUSA). Servidor Público Federal do Tribunal Regional Eleitoral da Bahia.

te Constitucional. Com isso, até mesmo a exata definição de sua natureza jurídica mostra-se complexa, havendo autores que o enquadram como uma Suprema Corte híbrida.²

Dentre os grandes desafios impostos ao STF, talvez o maior deles seja a sobrecarga de trabalho que resulta, justamente, da sua configuração constitucional. O acervo atual da Suprema Corte conta com mais de vinte mil processos³ e, a partir disso, diversos problemas podem ser identificados⁴. Frise-se que “a elevação excessiva do número de feitos a reclamar apreciação pelo Supremo Tribunal Federal” e a consagração da viabilidade funcional do órgão como princípio implícito da ordem constitucional são preocupações constantes nos diversos observatórios constitucionais do Brasil e já foram, inclusive, justificativas expressadas pelo Presidente da República quando do veto ao dispositivo do projeto de lei que conferia possibilidade de qualquer pessoa demandar a Suprema Corte com o ajuizamento da Arguição de Descumprimento de Preceito incidental⁵.

Aqui, a proposta de criação de uma Corte Constitucional para o Brasil tem como objetivo principal justamente contornar

2 “[...] pode-se definir que o *Supremo Tribunal Federal no Brasil é um órgão estatal cuja natureza jurídica é de uma Suprema Corte híbrida*, entendida como um tribunal da Federação integrante da estrutura do Poder Judiciário nacional cuja atuação repousa na junção das competências julgadora em abstrato e em concreto, e ainda por força de autoridade ou entidade envolvida; julgadora sem jurisdição constitucional; revisora de casos concretos; pacificadora de conflitos federativos e, sobretudo, intérprete último da Constituição Federal e guardião de sua integridade e máxima efetivação” (HIRSCH, Fábio Periandro de Almeida. *Supremo Tribunal Federal do Brasil: Natureza Jurídica*. Salvador: Editora Direito Levado a Sério, 2020, pp. 74-75).

3 Consulta em: <http://portal.stf.jus.br/textos/verTexto.asp?servico=estatistica&pagina=acervoatual>. Acesso em: 01/10/2023.

4 Um destes problemas, a título de exemplo, foi identificado por Gabriel Dias Marques da Cruz, que realizou uma análise voltada exclusivamente para o estoque da repercussão geral. Pelo autor, foi identificado que, apesar dos elevados números de apreciação da repercussão geral, longe está de se resolver o problema central do acúmulo excessivo de temas a serem apreciados pela Suprema Corte, concluindo que, mantendo-se o elevado ritmo operacional do órgão, ainda assim seria necessário mais de uma década para a finalização da análise. (“O STF pode levar 10 anos para zerar o estoque da Repercussão Geral”. Coord. CRUZ, Gabriel Dias Marques da. In: *Estudos de Controle de Constitucionalidade*. Salvador: Faculdade Baiana de Direito, 2017, pp. 97-100.)

5 O projeto originário conferia legitimidade ativa ampla quando do ajuizamento da ação, em sua modalidade incidental.

as críticas acerca do abarrotamento do STF no exercício de sua missão constitucional. Em um contexto mais amplo, entende-se como proposta necessária à melhoria do próprio sistema de controle de constitucionalidade brasileiro, já que se quer privilegiar a compreensão da viabilidade funcional do órgão como princípio implícito da ordem constitucional. Quer-se garantir, enfim, uma efetiva guarda da Constituição a partir de uma Corte com dedicação exclusiva em refutar as eventuais inconstitucionalidades produzidas no âmbito do direito brasileiro.

Para tanto, inicialmente, será realizada uma explanação acerca da influência de Hans Kelsen na formação do sistema de justiça constitucional europeu, a partir da análise da Corte Constitucional Austríaca e de um breve esquema comparativo do desenho institucional das Cortes alemã, italiana, portuguesa e espanhola. Será realizada, ainda, uma breve análise da composição de algumas Cortes Constitucionais da América Latina, a saber: o Tribunal Constitucional do Chile; a Corte Constitucional do Equador; e o Tribunal Constitucional do Peru. A seguir, será apresentada a proposta de Corte Constitucional para o Brasil, analisando-se anteriormente os debates já realizados na história constitucional pátria, em 1934 e na Assembleia Nacional Constituinte de 1987/1988. Em seguida, será realizada uma análise crítica do Projeto de Emenda à Constituição n.º 275/2013, que tem como objeto a transformação do STF em Corte Constitucional, para, a partir daí, propor um desenho institucional à Corte brasileira.

Com isso, pretende-se demonstrar que o tema, embora pouco debatido no cenário político e acadêmico atual, merece detida análise, com o intuito de promover melhorias ao sistema de controle de constitucionalidade e ao fluxo processual constitucional desenhado há trinta e cinco anos.

2. HANS KELSEN E O MODELO DE JUSTIÇA CONSTITUCIONAL EUROPEU

Tradicionalmente, atribui-se o início da história das Cortes Constitucionais à formulação conferida pelo jusfilósofo Hans Kelsen à Corte Constitucional da Áustria, na Constituição de 1º de outubro de 1920. Deve-se referenciar, contudo, a preexistência da Corte Constitucional da Tchecoslováquia, prevista na Constituição de 29 de fevereiro do mesmo ano, portanto, meses antes à Corte austríaca⁶. Entretanto, a formulação kelseniana é que foi, de fato, a grande responsável pela formatação do modelo europeu de Justiça Constitucional, baseado no controle concentrado e abstrato de constitucionalidade. Tratava-se de uma rejeição ao modelo estadunidense, que se referia a um controle de constitucionalidade difuso e concreto⁷.

Como grande idealizador de um Tribunal Constitucional como responsável pela guarda da Constituição, Hans Kelsen, inicialmente, reflete acerca da noção de Constituição e afirma que, apesar de inúmeras transformações desde a Antiguidade sobre a sua carga semântica, há um núcleo permanente historicamente conservado, que é a ideia de se tratar de um fundamento para o Estado, a base para a ordem jurídica. Nas palavras do jusfilósofo, “é um princípio em que se exprime juridicamente o equilíbrio das forças políticas no momento considerado, é a norma que rege a elaboração das leis, das normas gerais para cuja execução se exerce a atividade dos organismos estatais (...)”⁸. Assim, uma vez que tal documento, como norma fundamental, estabelece o procedimento de formação da legislação inferior, qualquer contrarie-

6 Neste sentido: FAVOREU, *As Cortes Constitucionais*. Trad. Dunia Marinho Silva. São Paulo: Landy Editora, 2004, p. 16.

7 “A maioria dos países atualmente dotada de um Tribunal Constitucional ficaram, em um certo momento, tentados a adotar o sistema estadunidense e finalmente o rejeitaram – se não aberta ao menos implicitamente. Alguns países europeus, no entanto, adotaram sistema de justiça constitucional próximos do modelo estadunidense (Grécia, Dinamarca, Suécia, Noruega).” *Idem*, p. 18.

8 KELSEN, Hans. *Jurisdição Constitucional*. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2016, pp. 130-131.

dade a ela implica nulidade da norma submissa, por carecer de juridicidade. E a anulação deste ato – agora reputado inconstitucional por contrariar a norma fundamental – é a medida técnica principal e mais eficaz de garantia da Constituição⁹.

Tal garantia, ainda conforme Kelsen, revela-se mais eficaz se o exame da regularidade das normas gerais restasse confiada a uma autoridade única, com a adoção de um sistema de anulação total, superando-se eventual falta de unidade das soluções engendradas e a conseqüente insegurança do direito que se faz presente diante de decisões contraditórias de juízes e tribunais diversos, devendo ser confiado um poder tão considerável a uma instância central suprema¹⁰. Tal mister – de instância central suprema garantidora da regularidade da Constituição – não poderia, por óbvio, ser exercida pelo próprio Poder Legislativo¹¹, devendo ser “um órgão diferente dele, independente dele e, por conseguinte, também de qualquer outra autoridade estatal, que deve ser encarregado da anulação de seus atos inconstitucionais – isto é, uma jurisdição ou um tribunal constitucional”¹².

Com isso, Kelsen formula a tese de que o Tribunal Constitucional deve ser o guardião da Constituição¹³.

⁹ *Idem*, p. 148.

¹⁰ *Ibidem*, p. 144-145.

¹¹ “Não há hipótese de garantia da regularidade em que possa ser maior a tentação de confiar a anulação dos atos irregulares ao próprio órgão que os produziu do que a da garantia da Constituição. E, em nenhum caso, esse procedimento seria, precisamente, mais contra-indicado. Com efeito, a única forma em que se poderia vislumbrar, em certa medida, uma garantia eficaz da constitucionalidade (declaração de irregularidade por um terceiro órgão e obrigação do órgão autor do ato irregular de anulá-lo) é impraticável nesse caso, porque o Parlamento não pode, por natureza, ser obrigado de modo eficaz. E seria ingenuidade política contar que ele anularia uma lei votada por ele próprio pelo fato de outra instância a ter declarado inconstitucional.” *Ibidem*, p. 150.

¹² *Ibidem*, p. 150.

¹³ Quanto à definição acerca do guardião da Constituição, há importante registro histórico no Direito Constitucional do debate formulado entre Hans Kelsen e Carl Schmitt. Schmitt apresenta a noção de Constituição como decisão política fundamental, distinguindo-a das chamadas leis constitucionais, as quais, embora formalmente integrem o texto constitucional, não seriam dotadas de fundamentalidade, permitindo-se, assim, modificações por parte do Parlamento. Já em face da decisão política fundamental – a Constituição, no seu entender – não seria cabível alteração por parte do Poder Legislativo. O autor entende que o Parlamento representa o interesse de grupos específicos, mas não da vontade do povo como um todo. Enquanto isso, o Presidente do Reich estaria verdadeiramente acima de eventuais conflitos de interesses, representando, em sua atua-

Uma vez que justamente nos casos mais importantes de violação constitucional Parlamento e governo são partes litigantes, é recomendável convocar para a decisão da controvérsia uma terceira instância que esteja fora desse antagonismo e que não participe do exercício do poder que a Constituição divide essencialmente entre Parlamento e governo. Que essa mesma instância tenha, com isso, um certo poder, é inevitável. Porém há uma diferença gigantesca entre, de um lado, conceder a um órgão apenas esse poder que deriva da função de controle constitucional e, de outro, tornar ainda mais fortes os dois principais detentores do poder, confiando-lhes ademais o controle da Constituição. A vantagem fundamental de um tribunal constitucional permanece sendo que, desde o princípio, este não participa do exercício do poder, e não se coloca antagonicamente em relação ao Parlamento ou ao governo.¹⁴

ção enquanto um terceiro neutro, o povo em sua totalidade. A autoridade é conferida ao Presidente como uma decisão política fundamental do povo. Conforme Schmitt: “As divergências de opinião e diferenças entre os titulares de direitos políticos de decisão e influência não podem ser decididas, no geral, judicialmente, caso não seja exatamente o caso de punição por violações constitucionais abertas. Elas são eliminadas ou por meio de um poder político mais forte situado acima das opiniões divergentes, isto é, por intermédio de um terceiro *superior* – mas isso não seria, então, o guardião da Constituição, e, sim, o senhor soberano do Estado, ou então são conciliadas ou resolvidas por meio de um órgão não em uma relação de subordinação, mas de coordenação, isto é, por meio de um terceiro *neutro* – este é o sentido de um poder neutro, um *pouvoir neutre et intermédiaire*, localizado não acima, e, sim, ao lado dos outros poderes constitucionais, mas dotado de poderes e possibilidades singulares”. (*O Guardião da Constituição*. Trad. Geraldo de Carvalho. Belo Horizonte, Del Rey, 2007, p. 194). E o autor segue desenvolvendo a teoria do direito público do poder neutro, referindo-se a Benjamim Constant, para defender, adiante, que em um contexto de pluralidades a serem definidas, seria possível atingir-se consensos negociados, os quais seriam desprovidos, contudo, de uma capacidade de decisão. Aqui, o Estado assumiria o papel de decidir “quando ambos os complexos de interesses, iguais entre si, não chegam a um acordo, mas se mantêm opostamente em equilíbrio. Nesse caso, o conciliador estatal produz uma decisão ao se colocar de um ou do outro lado do balanço. Ele é, assim, um terceiro *formador de maioria*”. (*Idem*, pp. 212). Vê-se, claramente, a defesa de Schmitt da ideia de um Estado como unidade indivisível, cabendo, finalmente, ao Presidente do Reich a defesa de tal unidade. Segundo o autor: “A Constituição busca, em especial, dar à autoridade do presidente do Reich a possibilidade de se unir diretamente a essa vontade política da totalidade do povo alemão e agir, por meio disso, como guardião e defensor da unidade e totalidade constitucionais do povo alemão”. (*Ibidem*, p. 234). Hans Kelsen rebate a construção teórica de Schmitt em “Quem deve ser o guardião da Constituição”, in: KELSEN, Hans. *Jurisdição Constitucional*. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2016, pp. 237-298.

¹⁴ *Ibidem*, p. 275-276.

Todo o desenvolvimento teórico de Kelsen acerca de um Tribunal Constitucional como defensor da Constituição desembocou, então, na formulação conferida pela Constituição Austríaca de 1920, que, efetivamente, contemplou a Corte Constitucional.

De acordo com Cappelletti, a Constituição Austríaca de 1920 não apenas conferiu à Corte Constitucional a competência exclusiva para decidir as questões atinentes à constitucionalidade, como também subordinou o controle à existência de um pedido especial (“*Antag*”) por parte de alguns órgãos políticos, que seriam o Governo Federal, o qual poderia pedir o controle da legitimidade das Leis dos *Länder*, e o Governo dos *Länder*, em relação ao controle das leis federais. Frise-se que os demais juízes austríacos, além de não poderem exercer tal controle, não tinham o poder de submeter à Corte Constitucional a análise de questões constitucionais¹⁵. A legitimação ativa exclusiva dos órgãos de natureza política para a provocação do controle de constitucionalidade no âmbito da Corte, contudo, foi alterada, admitindo-se, a partir da reforma constitucional de 1929, a legitimação de dois órgãos judiciários ordinários, que foram a Corte Suprema para as causas civis e penais e a Corte Suprema para as causas administrativas. A tais órgãos, porém, atribuía-se apenas a arguição de inconstitucionalidade em via incidental, ou seja, no curso de um processo efetivamente instaurado, inaugurando-se, assim, um sistema de caráter híbrido naquele ordenamento¹⁶.

15 CAPPELLETTI, Mauro. *O controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado*. Trad. Aroldo Plínio Gonçalves. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1984, p. 104-105.

16 Cappelletti ressalta que tal ampliação atenuou um grande defeito do sistema de controle de constitucionalidade austríaco. Isso porque, anteriormente, o controle acabava limitado à análise de invasões de esfera de competência do poder legislativo federal no âmbito da competência legislativa dos *Länder* e vice-versa, garantindo-se o respeito recíproco da repartição constitucional de competências destes entes. Contudo, outras matérias estavam afastadas do âmbito de controle, como, por exemplo, as leis lesivas dos direitos individuais de liberdade. Com a reforma constitucional de 1929, atribuiu-se as duas Cortes Supremas (para causas civis e penais e para causas administrativas) o dever de não aplicar as leis sobre cuja constitucionalidade remanesçam dúvidas, sem antes submeter tais questões ao julgamento vinculante da Corte Constitucional. É verdade que, embora atenuado, tal defeito não foi abolido, conforme realça o próprio autor italiano, pois os demais juízes continuavam obrigados a aplicar as leis aos casos concretos submetidos a seu

Tal marco fundamental na história das Cortes Constitucionais – a criação da Corte Austríaca e a previsão de um controle concentrado e abstrato – é identificado, no processo evolutivo da jurisdição constitucional, como a segunda onda do controle de constitucionalidade¹⁷, que, por razões diversas – históricas, teóricas e institucionais – difundiu-se após a Segunda Guerra Mundial¹⁸.

O constitucionalismo pós-guerra conferiu, assim, duas grandes contribuições para o desenvolvimento do Direito Constitucional na segunda metade do século XX: primeiro, a consagração da Constituição como documento dotado de força normativa, notadamente a partir da construção teórica de Konrad Hesse¹⁹;

juízo. Cappelletti ressalta que tal inconveniente não foi reproduzido nos sistemas italiano e alemão, nos quais restou previsto o poder-dever de submeter as questões de constitucionalidade à Corte Constitucional. *Idem*, pp. 106-109.

17 Conforme visto anteriormente, no item 2.1, a primeira onda do controle de constitucionalidade se refere à afirmação da doutrina do *judicial review of legislation* do direito norte-americano, no caso *Marbury versus Madison*, em 1803, que consagrou o sistema difuso de controle de constitucionalidade. Louis Favoreu apresenta algumas justificativas para a rejeição do modelo estadunidense na Europa, como, por exemplo: o fracasso de algumas tentativas de implantação, como na Alemanha, onde os juízes ordinários aceitaram a tarefa de verificar a constitucionalidade formal das leis, mas recusaram a formulação de regras sobre a sua constitucionalidade, notadamente sobre a proteção dos direitos fundamentais, e na Itália, com amplas dificuldades na adaptação a uma nova concepção do direito e da justiça no período após a guerra associada a um trabalho deficiente dos juízes ordinários no processo de interpretação de uma Constituição programática e progressista; a ausência de unidade de jurisdição; e a insuficiência da rigidez da Constituição. (FAVOREU, Louis. *As Cortes Constitucionais*. Trad. Dunia Marinho Silva. São Paulo: Landy Editora, 2004, pp. 18-22).

18 Louis Favoreu desenvolve as razões que consagraram o modelo kelseniano pelo continente europeu. Historicamente, o autor lembra a existência pretérita de um Tribunal do Império com atribuições de uma Corte Constitucional, na Alemanha e na Áustria, já nos anos de 1848 e 1867, além de mencionar o precedente do “júri constitucional” de Sieyès na França, e do Tribunal das garantias constitucionais na Espanha. Ademais, as Cortes Constitucionais teriam sido utilizadas como instituições associadas à garantia das democracias, seja na Alemanha e Itália, em processo de superação dos regimes nazifascistas, seja em Portugal ou na Espanha, na superação de ditaduras locais. Acerca das razões teóricas, Favoreu afirma que a ideia de Tribunal Constitucional como órgão de controle de constitucionalidade das leis é adequada à teoria da separação dos poderes, já que a atividade legiferante deve estar subordinada à Constituição e o Tribunal Constitucional nada mais faz a não ser atuar como “legislador negativo”. As razões institucionais (ou políticas) são igualmente relevantes, uma vez que a própria instituição legislativa – o Parlamento – pode macular o sistema democrático por intermédio de uma legislação nociva, necessitando-se, assim, de mecanismos de contenção de blocos majoritários, tarefa atribuída à justiça constitucional. (FAVOREU, Louis. *As Cortes Constitucionais*. Trad. Dunia Marinho Silva. São Paulo: Landy Editora, 2004, pp. 22-26).

19 *A Força Normativa da Constituição*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1991

segundo, a configuração de um Tribunal Constitucional como órgão guardião da Constituição.

A partir de então, a fórmula difundiu-se e diversos países europeus passaram a adotar o modelo de Corte Constitucional. Tais órgãos seriam configurados, assim, com base em características comuns que, segundo Favoreu, são: a) a existência de um contexto institucional e jurídico particular, já que são implantadas em Estados dotados de um regime parlamentarista ou semi-parlamentarista que possuam um sistema de dualidade ou de pluralidade de jurisdições e de ordens jurídicas²⁰; b) um ordenamento constitucional próprio, onde restem definidas a organização, o funcionamento e as suas atribuições, e estejam além do alcance dos poderes públicos que serão por ela controlados²¹; c) o monopólio para o exercício do contencioso constitucional, afastando-se dos juízes ordinários a possibilidade de conhecer do contencioso reservado à Corte²²; d) a indicação de juízes não magistrados pelas autoridades políticas; e) uma verdadeira jurisdição, garantindo-se que as Cortes Constitucionais afirmem o Direito com autoridade de coisa julgada e cujas declarações de inconstitucionalidade sejam dotadas de efeito *erga omnes*²³; f) uma jurisdição fora do aparelho jurisdicional, o que representa a diferença fundamental entre uma Suprema Corte, que se encontra no ápice do Poder Judiciário, e a Corte Constitucional, poder independente que não poder ser assimilado por um dos poderes que ele controla²⁴. Ademais, as Cortes Constitucionais apresentam como competência central comum o exercício do controle concentrado da constitucionalidade das leis.

20 FAVOREU, Louis. *As Cortes Constitucionais*. Trad. Dunia Marinho Silva. São Paulo: Landy Editora, 2004, p. 27.

21 *Idem*, p. 27.

22 *Ibidem*, p. 28.

23 *Ibidem*, p. 32.

24 Vale transcrever interessante observação de Favoreu: "Todavia, se organicamente ele tem uma total independência, funcionalmente podem existir relações: assim é com os procedimentos de remessa dos Tribunais ordinários à Corte Constitucional, e também dos procedimentos do tipo de *amparo* espanhol ou do recurso constitucional alemão, que permitem encaminhar decisões jurisdicionais à Corte Constitucional por violação dos direitos fundamentais". *Ibidem*, p. 33.

Conforme Eduardo Garcia de Enterría, o Tribunal Constitucional é um poder neutro que deve assegurar a efetividade do sistema constitucional, estabelecido pelo povo soberano para controlar os outros órgãos estabelecidos, considerando-se um quarto poder, materialmente jurisdicional, porém distinto do poder judicial estrito²⁵.

Tais considerações são essenciais para servir de parâmetro de análise do desenho institucional de algumas Cortes Constitucionais clássicas da Europa e da América Latina. Na Europa, além da própria Corte Austríaca, serão verificados aspectos de formação das Cortes Constitucionais da Alemanha, Itália, Portugal e Espanha, consideradas as mais relevantes concebidas na Europa na segunda metade do século XX. Na América Latina, serão tecidas considerações acerca das Cortes Constitucionais do Chile, Equador e Peru. Levando-se em consideração que a Corte Constitucional Colombiana já foi objeto de análise durante o capítulo anterior, haverá uma análise total de 9 Cortes Constitucionais, sendo 5 do continente europeu e 4 do continente latino-americano. Tal análise norteará a proposta de desenho institucional para a Corte Constitucional Brasileira.

2.1 Cortes Constitucionais na Europa e América Latina: Breve Exposição do Desenho Institucional

No presente tópico, os quesitos específicos levados em consideração na análise do desenho institucional das Cortes Constitucionais da Europa e da América Latina serão: a localização topográfica do órgão; o número de membros integrantes; as formas de indicação e nomeação dos membros; a fixação de mandato; os limites mínimos e máximos de idade; os requisitos de ingresso; as garantias dos membros; e, por fim, eventuais vedações previstas aos membros em cada um dos ordenamentos constitucionais.

Acerca das competências, elenca-se como atribuição co-

²⁵ ENTERRIA, Eduardo Garcia de. *La constitución como norma y el tribunal constitucional*. 3 ed. Madrid: Civitas, 2001, pp. 197-199.

mum a todas, e que interessam ao presente escopo, o exercício do controle de constitucionalidade em caráter abstrato e principal, de modo que não serão desenvolvidos novos comentários quanto ao ponto.

Quanto às Cortes Europeias, expõe-se a formação dos órgãos da Áustria, Alemanha, Itália, Portugal e Espanha.

O Tribunal Constitucional Austríaco está previsto no Capítulo VI da Constituição de 1920, intitulado “Garantias Constitucionais e Administrativas”, que é subdividido em duas partes, sendo: Parte A, que prevê o Tribunal Administrativo, com sede em Viena, cuja competência é garantir a legalidade de todos os atos da administração pública²⁶; e Parte B, que prevê o Tribunal Constitucional. Ele é composto por 14 membros titulares e 6 membros suplentes, todos nomeados pelo Presidente da Federação. Os membros titulares são nomeados da seguinte forma: 8, por proposição do Governo Federal; 3, por proposição do Conselho Nacional; e 3 por proposição do Conselho Federal²⁷. Assim, verifica-se que, enquanto o Poder Executivo propõe a nomeação de 8 membros, o Parlamento propõe a nomeação de 6 deles, de forma que o Governo Federal acaba orientando a composição da Corte no sentido que lhe seja favorável. Os membros são nomeados por tempo indeterminado, podendo o cargo ser exercido até o último dia do ano em que completam 70 anos de idade²⁸, não havendo previsão de idade mínima para ingresso. Para ser nomeado juiz da Corte Constitucional, exige-se ter concluído o curso de Direito

26 Art. 129 da Constituição Austríaca de 1920.

27 Eis a dicção do at. 147 da Constituição Austríaca de 1920: “(1) O Tribunal Constitucional é composto por um Presidente, um Vice-Presidente, doze membros adicionais e seis membros suplentes. (2) O Presidente, o Vice-Presidente, seis membros adicionais e três suplentes são nomeados pelo Presidente Federal por recomendação do Governo Federal; esses membros serão selecionados dentre juizes, funcionários administrativos e professores que tenham uma cadeira de direito. Os seis membros restantes e três suplentes são nomeados pelo Presidente Federal com base em recomendações listando três candidatos para cada vaga, a Câmara dos Deputados enviando os candidatos para três membros e dois suplentes e o Senado para três membros e um suplente [...]”.

28 Art. 147.6 da Constituição Austríaca de 1920.

e ter exercido, ao menos por dez anos, atividade privativa na área. Aos juizes nomeados por proposição do Governo Federal exige-se, ainda, um requisito complementar, qual seja, ser escolhido dentre juizes, funcionários da administração e professores das Faculdades de Direito. Os membros do Tribunal Constitucional possuem as mesmas garantias da magistratura. Quanto às vedações, a Constituição estabelece que não podem tomar parte do órgão os membros do Governo Federal, os do Governo de um Estado, os do Conselho Nacional ou Conselho Federal, ou, ainda, de qualquer outra assembleia representativa²⁹.

O Tribunal Constitucional Federal Alemão, criado em 1951, é previsto no Título IX da Lei Fundamental de Bonn (1949), que é dedicado ao Poder Judiciário. O seu art. 92 prevê que o Poder Judiciário, confiado aos juizes, é exercido pelo Tribunal Constitucional Federal, pelos tribunais federais e pelos tribunais dos estados. Aqui, verifica-se que há previsão constitucional expressa de um Tribunal Constitucional inserido na estrutura do Poder Judiciário, contrariando, assim, o quanto estabelecido como característica de uma Corte Constitucional, que deve estar apartado de qualquer estrutura de Poder, formando um poder independente. Mas a Lei do Tribunal Constitucional Federal Alemão, de 12 de março de 1951, afirma, ao menos, tratar-se de um tribunal autônomo e independente³⁰. Ainda segundo tal Lei, o órgão é composto por 16 membros, divididos em dois Senados (Parlamento Federal e Conselho Federal) não hierarquizados, sendo eleito oito membros para cada Senado, resguardando-se, em cada um deles, três vagas para juizes dos tribunais federais superiores que tenham, ao menos, três anos de atividade em uma das cinco jurisdições superiores da Federação³¹. Já os outros cinco juizes de cada Senado devem ser escolhidos entre pessoas consideradas elegíveis para o Parlamento Federal, além de serem habilitadas

29 Art. 147.4 da Constituição Austríaca de 1920.

30 §1º, I, da Lei do Tribunal Constitucional Federal Alemão.

31 §2º da Lei do Tribunal Constitucional Federal Alemão.

para o exercício da magistratura, exigindo-se a idade mínima de 40 (quarenta) anos para a assunção do cargo³². É estabelecida como limite máximo para a permanência no cargo de membro do Tribunal a idade de 68 (sessenta e oito) anos, e os membros são eleitos para um mandato de doze anos, vedada a recondução³³. Frise-se que é competência do Presidente da República a nomeação dos magistrados do Tribunal Constitucional Federal Alemão, tratando-se, contudo, de um ato de natureza meramente declaratória. Ademais, o Parlamento Federal e o Conselho Federal elegem, alternadamente, o Presidente e o Vice-Presidente do órgão, devendo este último ser eleito dentre os membros daquele Senado ao qual não pertence o Presidente. Aos membros do órgão são conferidas as mesmas garantias da magistratura. Os juizes do Tribunal Constitucional não podem pertencer nem ao Parlamento Federal, nem ao Conselho Federal, nem ao Governo Federal, nem a órgãos correspondentes de um Estado.

Na Itália, a Corte Constitucional está prevista no Título VI da Constituição da República Italiana, destinada às Garantias Constitucionais, que se divide em duas Seções: Seção I, destinada ao Tribunal Constitucional; e Seção II, destinada à Revisão Constitucional. O art. 135 da Constituição prevê que o órgão é composto por 15 (quinze) juizes, cuja nomeação é assim repartida: um terço pelo Presidente da República; um terço pelo Parlamento em sessão comum; e um terço pelas supremas magistraturas ordinárias e administrativas. Os membros da Corte italiana são escolhidos entre os magistrados das jurisdições superiores ordinária e administrativa, os professores catedráticos de universidades em matérias jurídicas e advogados com, ao menos, vinte anos de exercício. É estabelecido um mandato de nove anos, vedada a reeleição. Não há definição de limites mínimo e máximo para os membros do órgão. O cargo de juiz da Corte Constitucional é incompatível com o de membro do Parlamento, de um Conselho Regional, com

32 §3º da Lei do Tribunal Constitucional Federal Alemão.

33 §4º da Lei do Tribunal Constitucional Federal Alemão.

o exercício da profissão de advogado e demais cargos e funções indicados por lei.

Em relação a Portugal, a Constituição da República Portuguesa de 1976 designa uma parte específica – Parte III – para a organização do poder político, seccionada em títulos distintos, dentre os quais prevê um título específico – Título VI – para o Tribunal Constitucional, apartado, portanto, do título endereçado aos tribunais em geral, que é o Título V. O art. 221 da Constituição define o Tribunal Constitucional como aquele “ao qual compete especificamente administrar a justiça em matérias de natureza jurídico-constitucional”. O art. 222 estabelece que o órgão é composto por 13 (treze) membros, sendo 10 (dez) designados pela Assembleia da República e 3 (três) cooptados por estes, dos quais 6 (seis) devem ser obrigatoriamente escolhidos entre juizes dos restantes dos tribunais e os demais entre juristas. Tais membros são eleitos para um mandato de nove anos, não renovável. Não há previsão de limites mínimo e máximo de idade para o cargo. Os juizes do Tribunal Constitucional gozam das garantias de independência, inamovibilidade, imparcialidade e irresponsabilidade, estando sujeitos às incompatibilidades dos demais juizes de Tribunais.

Por fim, o Tribunal Constitucional Espanhol é previsto no Título IX da Constituição Espanhola de 1978, destacando-se dos demais poderes. O art. 159 da Constituição prevê que o órgão será composto por 12 (doze) membros nomeados pelo Rei, dos quais 4 (quatro) são propostos pelo Congresso por maioria de três quintos dos seus membros, 4 (quatro) são propostos pelo Senado, por idêntica maioria, 2 (dois) pelo Governo e 2 (dois) pelo Conselho Geral do Poder Judiciário. Os juizes da Corte devem ser escolhidos entre magistrados e membros do Ministério Público, professores universitários, funcionários públicos e advogados, devendo tais profissionais ter ao menos 15 anos de exercício pro-

fissional. É estabelecido mandato de nove anos, além de uma previsão de renovação da terça parte da Corte a cada três anos. Não há previsão de limites mínimo e máximo de idade para o cargo. Garante-se aos membros do Tribunal Constitucional a independência e inamovibilidade no exercício do mandato. Ademais, a Constituição estabelece incompatibilidades para mandatos representativos, com os cargos políticos ou administrativos, com o desempenho de funções diretivas em partido político ou sindicato, com o exercício de carreira judicial e do Ministério Público, e com qualquer atividade profissional ou comercial.

No que refere às Cortes Constitucionais da América Latina, analisa-se, a partir de então, os órgãos do Chile, do Equador e do Peru.

O Tribunal Constitucional Chileno está previsto no Capítulo VIII da Constituição Chilena, apresentando-se apartado dos capítulos referentes aos Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário. O art. 92 da Constituição define a composição do órgão da seguinte forma: 10 membros, sendo 3 designados pelo Presidente da República; 4 eleitos pelo Congresso Nacional, sendo 2 nomeados diretamente pelo Senado e 2 indicados pela Câmara dos Deputados, para aprovação ou rejeição pelo Senado; e 3 eleitos pelo Supremo Tribunal em votação secreta a ser realizada em uma sessão especialmente para este fim. É fixado mandato de 9 anos, vedada a reeleição, observando-se a necessidade de renovações a cada 3 anos, e o limite máximo de idade é 75 anos. Não é estabelecido limite mínimo para o exercício do cargo, mas são definidos os seguintes requisitos de ingresso: exercício de advocacia por pelo menos 15 anos; ter se destacado em atividade profissional, universitária ou pública; não possuir os impedimentos que o inabilite para o desempenho da judicatura. Aos membros são vedados: exercer a atividade de advogado ou a judicatura (salvo a do próprio Tribunal); por si ou por meio de terceiros, celebrar

ou caucionar contratos com o Estado, atuar como procurador ou agente em gestões particulares de caráter administrativo, na provisão de empregos públicos, em conselhos, funções comissionadas ou de natureza singular; ou aceitar ser diretor de banco ou sociedade anônima, ou aceitar cargos de importância similar nessas atividades. Os membros são irremovíveis.

No Equador, a estrutura da Corte Constitucional não é detalhada na Constituição, restando previsto no art. 435 apenas a determinação de que a Corte eleja dentre seus membros uma Presidenta ou um Presidente para desempenhar as funções, especialmente de representação jurídica do órgão por 3 anos, vedada a reeleição no período subsequente. No artigo seguinte, estão previstas as diversas funções do órgão, dentre elas a declaração de inconstitucionalidade por ação ou omissão. A estrutura e composição da Corte Constitucional Equatoriana está prevista na Lei Orgânica das Garantias e Controle Constitucional. O art. 166 da aludida Lei estabelece que a administração da justiça constitucional divide-se em: juízes e juízas de primeiro nível; Cortes Provinciais; Corte Nacional de Justiça; e a Corte Constitucional. Verifica-se, portanto, a previsão da Corte ao lado de outros órgãos como responsável pela administração da Justiça Constitucional, havendo, contudo, previsão independente da Corte em relação aos demais. A Corte Constitucional é composta por 9 membros, que possuem mandato de 9 anos, devendo-se observar, a cada 3 anos, uma renovação ou substituição. Segundo o art. 434 da Constituição, a designação dos magistrados é feita por uma Comissão qualificadora composta por pessoas indicadas pelo Poder Legislativo, Executivo e Judiciário, bem como pela transparência e controle social. Os nomeados são escolhidos dentre candidatos sugeridos por estes Poderes, através de concurso público e observando-se a paridade entre homens e mulheres. Os requisitos estabelecidos para ser membro da Corte são: ser equatoriano ou equatoriana; ter diploma no curso de Direito reconhecido no país;

haver exercido com probidade notória, por pelo menos 10 anos, a função de advogado, juiz ou docente universitário em ciências jurídicas; demonstrar probidade ética; não ter pertencido à direção de partido ou movimento político pelos últimos 10 anos. Os membros da Corte possuem imunidade política e a prerrogativa da inamovibilidade.

Por fim, o Tribunal Constitucional Peruano, de acordo com o art. 201 da Constituição do Peru, é um órgão autônomo e independente, cujo tratamento se dá em capítulo distinto do Poder Judiciário, na parte da Constituição que é dedicada às garantias constitucionais. O órgão é composto por 7 membros, eleitos diretamente pelo Congresso da República, cujo processo de escolha é definido na Lei Orgânica do Tribunal Constitucional: há um procedimento ordinário, no qual uma comissão especial do Congresso, composta por 7 ou 9 congressistas, observando-se os critérios de proporcionalidade e pluralidade dos grupos parlamentares, seleciona os indivíduos que se candidatarem após publicação do convite em diário oficial; e há um procedimento especial, em que a comissão convida espontaneamente os candidatos que, a seu juízo, sejam declarados aptos ao exercício do cargo. Vê-se, assim, que os juizes do Tribunal Constitucional Peruano são escolhidos pelo Poder Legislativo. É fixado mandato de 5 (cinco) anos, sem possibilidade de reeleição imediata, devendo ser preenchido, para a nomeação, os mesmos requisitos estabelecidos para a nomeação da Corte Suprema do país, que são: nacionalidade peruana, condição de cidadão, idade mínima de 45 (quarenta e cinco) anos e o exercício das funções de juiz da Corte Superior ou promotor de instância superior pelo prazo mínimo de 10 (dez) anos, permitindo-se a substituição de tal prazo pelo exercício da advocacia ou do magistério pelo período de 15 (quinze) anos. Por fim, segundo o art. 201, os membros do Tribunal Constitucional gozam da mesma imunidade e das mesmas prerrogativas que os congressistas, aplicando-se a eles, ainda, as mesmas incompatibilidades.

Levantadas as informações atinentes aos nove tribunais constitucionais referenciados – austriaco, alemão, italiano, português, espanhol, chileno, colombiano, equatoriano e peruano –, passa-se, então, à proposta de uma Corte Constitucional para o Brasil.

3. UMA PROPOSTA DE CORTE CONSTITUCIONAL PARA O BRASIL

Em três distintos momentos da história constitucional brasileira, verificaram-se propostas de criação de uma Corte Constitucional no Brasil: na constituinte de 1934; na constituinte de 1987/1988; e no momento atual, diante da existência da Proposta de Emenda à Constituição n.º 275/2013.

Acerca da primeira proposta de instituição de uma Corte Constitucional no Brasil, registre-se o projeto do deputado federal Nilo Alvarenga que, por influência do modelo de jurisdição constitucional forjado por Hans Kelsen, apresentou a ideia durante a Constituinte de 1934³⁴. Tratava-se da Corte de Justiça Constitucional.

Segundo o projeto, o órgão teria competência para conhecer, originária e privativamente, de uma arguição, suscitada por qualquer parte interessada ou pelo Ministério Público, em qualquer feito e perante qualquer juiz ou tribunal, de conflito entre a lei federal, constituição estadual ou lei estadual com a Constituição Federal, ou de uma lei estadual com a respectiva constituição estadual. Tratava-se, assim, de uma preliminar de inconstitucionalidade com aptidão para provocar o sobrestamento do processo, até que fosse solucionada a questão incidental. Interessante que o projeto previa a legitimidade ativa ampla para a declaração de inconstitucionalidade perante a Corte de Justiça Constitucional, na medida em que possibilitava a provocação por qualquer pessoa de direito público ou privado, aproximando-se, assim, da

34 MENDES, Gilmar. Kelsen e o controle de constitucionalidade no direito brasileiro. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, a. 31, n.º 121, jan./mar. 1994, p. 186.

proposta de incidente de arguição de inconstitucionalidade por violação a direito fundamental já apresentada. Ademais, o projeto previa que a sentença de inconstitucionalidade da Corte teria eficácia *erga omnes*. Ou seja, tratava-se, propriamente, de uma Corte Constitucional nos moldes do quanto previsto atualmente na Justiça Constitucional europeia tradicional e em algumas Cortes latino-americanas. No que tange à sua composição, o projeto de Nilo Alvarenga previa a existência de nove ministros, brasileiros natos, de notável saber jurídico e reputação ilibada, cuja indicação era pulverizada da seguinte forma: dois nomes indicados pelo STF, dois nomes indicados pela Assembleia Nacional, dois nomes indicados pelo Presidente da República e três nomes indicados pelo então Instituto da Ordem dos Advogados Brasileiros. Havia previsão, ainda, de mandato fixo de três anos, com possibilidade de renovação³⁵.

35 Para visualizar a íntegra do projeto, conferir: *Annaes da Assembleia Nacional Constituinte*, Rio de Janeiro, vol. III, 1935, pp. 513-513. Transcreve-se aqui a íntegra da justificativa apresentada pelo deputado federal Nilo Alvarenga para a sua proposta: “Os mais belos e generosos princípios de direito público, consagrados nos textos constitucionais, de nada valerão, sem as necessárias garantias de sua efetividade. Estas garantias são dadas pelo controle da constitucionalidade das leis. Nos Estados Unidos, onde esta atribuição é conferida à Justiça comum, o controle é falho, imperfeito e incompleto. Por isso que à Justiça Comum só cabe decidir das questões entre partes, os efeitos de suas decisões se restringem ao caso *sub-judice*. A lei anulada para o litigante continua a vigorar em toda sua plenitude para a coletividade. Por isso é imprescindível criar a jurisdição constitucional cometendo-a a um tribunal especial, com a função de exercer este controle, anulando as leis e atos inconstitucionais, *erga omnes*. Mas não basta a criação de tribunal com esta competência. É necessário ainda, assegurar a todos os indivíduos a sua proteção por meio de recursos fáceis e rápidos e baratos. É preciso que todo cidadão ferido em seu direito disponha de meio seguro para o restabelecimento imediato deste direito. É esta a única maneira pela qual poderão ser evitadas, de um lado, as grandes injustiças de que foram vítimas na primeira República, milhares de brasileiros, por abuso do poder, e de outro lado, as enormes sangrias que sofreu o Tesouro, que ainda hoje suporta a economia pública, resultantes de pesadas indenizações a cujos pagamentos a Nação foi condenada. É preciso advertir com Gaston Jeze: ‘Para serem eficazes, os meios de defender as liberdades individuais devem ser fáceis, rápidos, baratos. Se a defesa é complicada, se é lenta e custosa, sua eficácia diminui ou desaparece mesmo praticamente. São armas enferrujadas para serem arrumadas na coleção das curiosidades constitucionais.’ A Corte de Justiça Constitucional com estas atribuições e competências, será o único aparelho eficaz de garantias constitucionais, do qual a República não poderá prescindir, para assegurar a defesa de todos os direitos e liberdade de seus cidadãos” (pp. 514-515). Para consulta aos anais da Assembleia Constituinte em versão digitalizada, pode-se acessar, na íntegra, no seguinte endereço: https://www.senado.leg.br/publicacoes/anais/pdf-digitalizado/Anais_Republica/1933/1933%20Livro%203.pdf.

A proposta de Nilo Alvarenga, contudo, não foi levada adiante, mantendo-se a previsão apenas da Suprema Corte, na Seção II, do Capítulo VI, da Constituição Federal de 1934.

Durante a Assembleia Nacional Constituinte de 1987-1988, segundo momento de debate acerca da criação de uma Corte Constitucional para o Brasil, verificou-se a existência de três propostas distintas sobre a configuração institucional do STF: a criação de um Tribunal Constitucional, com membros com mandatos temporários de até 12 (doze) anos, escolhidos pelo Congresso Nacional ou pelos três Poderes da República³⁶; a criação de uma sala especializada em questões constitucionais, composta por ministros com mandatos temporários³⁷; e a proposta que mantinha

36 Em consulta aos anais da Assembleia Nacional Constituinte de 1987-1988, nas atas referentes aos trabalhos da Subcomissão do Poder Judiciário e do Ministério Público, verifica-se, utilizando-se como parametrização o termo “Tribunal Constitucional” no sistema de busca, a sua aparição por 173 vezes, o que denota uma ampla discussão acerca do tema. Por vezes, o termo se referia a tribunais constitucionais de outros países, como Alemanha e Portugal, como referências comparativas para uma eventual corte constitucional brasileira. Em uma dessas aparições, o então deputado constituinte José Lamartine Corrêa de Oliveira, destaca: “Na formulação que apresentamos, a preocupação básica foi, em primeiro lugar, que na composição desse tribunal constitucional não se crie um novo tribunal vitalício. Mas, ao contrário, se crie um tribunal composto de magistrados com mandato. E, partindo do princípio de que a soberania popular se exerce, principalmente, no Poder Legislativo, por meio do Congresso Nacional, no caso específico da minha proposta, propus, levando em conta principalmente as experiências alemã e portuguesa, bem como a brasileira, que esse tribunal constitucional seja escolhido pelo Congresso Nacional, com mandato de nove anos, para assegurar-lhe o maior mandato, superior ao do Presidente da República e ao de senador. Mas e um tribunal constitucional, composto em um terço por magistrados de tribunal federal; e, em dois terços, por advogados ou juristas de reconhecido saber, escolhidos pelo Congresso Nacional. A idéia de transferir para o Congresso Nacional a escolha dos membros do tribunal constitucional tem um profundo significado”. E continua o constituinte, afirmando-se tratar-se de prever um tribunal constitucional “comprometido com as idéias políticas predominantes no novo e texto constitucional. Ao assim propor, a Ordem dá um voto de confiança ao Congresso Nacional, confia em que o Congresso Nacional saberá, se isto for aprovado, exercer sua alta responsabilidade perante a Nação, escolhendo, para esses cargos, juristas que, embora desvinculados de uma atividade político-partidária, tenham um compromisso global com as idéias políticas que triunfarem no novo texto constitucional.” *In*: http://www.senado.leg.br/publicacoes/anais/constituente/3c_Subcomissao_Do_Poder_Judiciario.pdf, p. 102. Acesso em: 01/10/2023.

37 Acerca da proposta de uma sessão constitucional específica, transcreve-se trecho do discurso do então deputado federal constituinte Michel Temer: “O Supremo Tribunal Federal, Sr. Presidente e Srs. Constituinte, tem uma longa tradição – ora decide mal, não importa – mas uma tradição inquestionável. Então, a primeira observação que faço é de que talvez não conviesse simplesmente acabar com o Supremo Tribunal Federal. Seria o caso de mantê-lo. É preciso, porém – dizia eu – acolher as postulações em torno de uma Corte Constitucional. Daí porque me parece muito própria uma ideia que tem sido veiculada, com grande entusiasmo, a de uma sessão constitucional ou de uma câmara consti-

a atual estrutura do órgão, que acumulava as competências de um tribunal constitucional, federal e de cassação³⁸.

Assim, o tema sobre uma nova configuração ao órgão responsável pelo exercício do controle de constitucionalidade em sua modalidade concentrada foi amplamente debatido durante a Constituinte de 1987-1988, com distintos resultados nas subcomissões e comissões da Assembleia Nacional Constituinte. O resultado final, contudo, como é conhecido, foi a manutenção da estrutura do Supremo Tribunal Federal, acumulando-se diversas competências, conforme se depreende da leitura do art. 102 da CF/1988.

Por fim, há, atualmente, a Proposta de Emenda à Constituição – PEC – n.º 275/2013, que prevê a transformação do STF em uma Corte Constitucional brasileira.

A PEC prevê uma Corte Constitucional composta por 15 (quinze) ministros, escolhidos entre cidadãos de mais de quarenta e menos de sessenta anos de idade, mantendo-se as exigências de notável saber jurídico e reputação ilibada. A forma de nomeação dos ministros difere da tradição brasileira, uma vez que atribui a competência ao Presidente do Congresso Nacional, que o faria após aprovação dos nomes pela maioria absoluta dos membros da Câmara dos Deputados e do Senado Federal, partindo-se de listas tríplices de candidatos oriundos da magistratura,

tucional, no interior do próprio Supremo Tribunal Federal. É claro que a esta altura, Sr. Presidente – e aqui volto a repetir que estou fazendo apenas algumas considerações –, é importante uma ampliação – pode ser de seis, sete ou oito Ministros – ampliação a ser feita pelos novos sistemas de participação popular. Que seus membros, por exemplo, sejam indicados pelos Três Poderes, pelo Executivo, pelo Legislativo e pelo Judiciário, submetidos a uma audiência pública perante o Congresso Nacional, a fim de que sejam verdadeiramente sabatinados, para podermos constatar, não só seu notório saber jurídico, mas a sua reputação – no plano pessoal, no plano funcional, no plano político – se esse indivíduo pode ou não chegar à Corte Suprema.” In: http://www.senado.leg.br/publicacoes/anais/constituente/3c_Subcomissao_Do_Poder_Judiciario.pdf, p. 183. Acesso em: 01/10/2023.

38 Sobre uma breve descrição das três propostas, conferir: KOERNER, Andrei; FREITAS, Lígia Barros de. *O Supremo na Constituinte e a Constituinte no Supremo*. São Paulo: Lua Nova, v. 88, 2013, p. 163-165. Uma análise mais detalhada sobre as propostas apresentadas à Assembleia Nacional Constituinte pode ser encontrada em: CORRÊA, Oscar Dias. *O Supremo Tribunal Federal. Corte Constitucional do Brasil*. Rio de Janeiro: Forense, 1987, pp. 109-142.

do Ministério Público e da advocacia, as quais seriam elaboradas respectivamente pelo Conselho Nacional de Justiça, pelo Conselho Nacional do Ministério Público e pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil. Nas listas tríplexes dos candidatos oriundos da magistratura e do Ministério Público seria observada a alternância entre membros da estrutura federal e estadual.

Quanto à competência da Corte Constitucional, a PEC prevê, em síntese, o processamento e julgamento, originariamente, da ação direta de inconstitucionalidade, por ação ou omissão, e da arguição de descumprimento de preceito fundamental, também por ação ou omissão, além do julgamento de conflitos de competência entre o Superior Tribunal de Justiça e quaisquer tribunais. Em grau de recurso, é prevista a competência para o julgamento de recurso extraordinário, mantendo-se as possibilidades atualmente previstas na CF/88 e a necessidade de demonstração da repercussão geral das questões constitucionais.

Assim, verifica-se que a intenção da PEC é transformar o STF em Corte Constitucional, alterando, além da composição, o rol de competências previstas, agora restritas basicamente ao exercício do controle de constitucionalidade. Quanto aos atuais ministros da Suprema Corte, passariam a compor, automaticamente, a Corte Constitucional, devendo as quatro vagas restantes ser preenchidas já na sistemática por ela própria estabelecida.

Como decorrência da transformação do STF em Corte Constitucional, o segundo grande impacto da PEC reside na transferência das demais competências retiradas da Suprema Corte ao Superior Tribunal de Justiça. Assim, por exemplo, o julgamento nas infrações penais comuns de algumas autoridades (como o Presidente e Vice-Presidente da República), e julgamento de outras autoridades nestes e nos crimes de responsabilidade (como Ministros de Estado), a extradição solicitada por Estado estrangeiro, o litígio entre Estado estrangeiro ou organismo internacio-

nal e a União, Estado, o Distrito Federal ou o Território, enfim, as demais competências que atualmente encontram-se na esfera de atribuição do STF seriam deslocadas para o âmbito de atuação do STJ. Para fazer frente a ampliação das competências do órgão, previu-se, na PEC, a ampliação da sua composição, que passaria a contar com, pelo menos, sessenta ministros, cujo procedimento de nomeação seria idêntico ao da Corte Constitucional. Com isso, seriam mantidos os trinta e três ministros atuais do STJ, complementando-se a sua indicação por intermédio da sistemática estabelecida na própria PEC, nos mesmos moldes do quanto previsto para a Corte Constitucional.

Com a aludida PEC, tem-se uma verdadeira proposta de reforma constitucional no sistema organizatório do Poder Judiciário³⁹.

Na justificativa do projeto, acerca da alteração da tradicional forma de nomeação dos ministros do STF – pelo Presidente da República após aprovação pelo Senado Federal – expõe-se que, diante de uma ineficiência do controle senatorial na escolha dos nomes pelo Chefe do Poder Executivo – já que foram pouquíssimas as rejeições realizadas pelo Senado Federal⁴⁰ – verifica-se

39 Ressalte-se que outras modificações foram previstas nos processos de competências dos Tribunais. Tal fato é descrito na própria justificativa da PEC, que elenca as modificações: “a) o cabimento do recurso extraordinário apenas nas causas decididas pelo Superior Tribunal de Justiça; b) a supressão das súmulas de jurisprudência dominante; c) a audiência prévia do Advogado-Geral da União nos processos que tenham por objeto a apreciação em tese da Inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, sem que ele deva defender o ato ou texto impugnado; d) no processo e julgamento dos crimes comuns dos membros dos Tribunais de Contas dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, a competência deixaria de ser do Superior Tribunal de Justiça, e passaria a ser dos Tribunais de Justiça”. In: https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;-jsessionid=5A3ED2032208DD248383F759092FB822.proposicoesWebExterno2?codteor=1097045&filename=PEC+275/2013. Acesso em: 02/10/2023.

40 O Ministro do Supremo Tribunal Federal Celso de Mello, em documento produzido acerca (...), registra que, na história republicana brasileira, o Senado Federal rejeitou apenas cinco indicações, todas durante o governo Floriano Peixoto (1891 a 1894), sendo eles: Barata Ribeiro, Innocência Galvão de Queiroz, Ewerton Quadros, Antônio Sève Navarro e Demosthenes da Silveira Lobo. A título comparativo, faz-se registro, ainda, de que, no Estados Unidos da América, no período compreendido entre 1789 e 2014, o Senado norte-americano rejeitou 12 (doze) indicações presidenciais para a Suprema Corte americana. In: *Notas sobre o Supremo Tribunal (Império e República)*. 4^a ed. Brasília: Supremo Tribunal Federal, 2014, p. 19.

uma “hegemonia absoluta do Chefe de Estado no cumprimento dessa atribuição constitucional”, prejudicial ao sistema diante de inúmeras pressões exercidas quando em cotejo com a multiplicidade de candidaturas informais que se apresentam. Ademais, a necessidade de formatação de uma Corte para exercício predominante do controle de constitucionalidade se deve à sobrecarga de processos de competência do STF, já mencionados neste trabalho.

De fato, concorda-se com a necessidade de criação de um órgão exclusivo para o exercício predominante do controle de constitucionalidade em sua modalidade concentrada, o que reduziria sobremaneira a sobrecarga de trabalho da instituição responsável por tal atribuição – atualmente, o STF –, privilegiando, como já afirmado, a viabilidade funcional do órgão, considerado princípio implícito da ordem constitucional. Não se adere, contudo, à proposta formulada no projeto, de simplesmente transformar o atual STF em uma Corte Constitucional. Entende-se mais adequado a criação de uma Corte específica fora da estrutura organizatória de quaisquer dos Poderes da República, e não como uma instituição integrante do Poder Judiciário. Critica-se, ainda, a ausência de previsão de um mandato fixo para os membros da Corte Constitucional.

Então, a partir da análise crítica da PEC, e levando-se em consideração as características gerais de uma Corte Constitucional trabalhadas no tópico anterior, além do próprio desenho institucional das nove Cortes Constitucionais já analisadas nesta obra, será realizada, no tópico a seguir, a proposta de desenho institucional para a Corte Constitucional brasileira.

3.1. Proposta de Desenho Institucional para a Corte Constitucional brasileira

A proposta de uma Corte Constitucional brasileira partirá, essencialmente, das seguintes características apresentadas por

Louis Favoreu e mencionadas no tópico anterior: previsão de um ordenamento constitucional próprio, com organização, funcionamento e atribuições bem definidas; o monopólio para o exercício do contencioso constitucional em sede de controle abstrato; o exercício de jurisdição, cujas decisões terão eficácia *erga omnes* e com aptidão para fazerem coisa julgada; e uma jurisdição fora do aparelho jurisdicional. Ademais, outras questões serão propostas, a saber: o número de membros integrantes; as formas de indicação e nomeação dos membros; a fixação de mandato; os limites mínimos e máximos de idade; os requisitos de ingresso; as garantias dos membros; e, por fim, eventuais vedações previstas aos membros em cada um dos ordenamentos constitucionais.

Em relação à localização topográfica do órgão, sugere-se que ele seja inserido no Título IV da Constituição Federal de 1988. Ora, o Título IV, que trata da organização dos poderes, possui quatro capítulos, assim distribuídos: capítulo I, para o Poder Legislativo; capítulo II, para o Poder Executivo; capítulo III, para o Poder Judiciário; e capítulo IV, para as funções essenciais à Justiça. A essência de um Tribunal Constitucional é ser um poder independente, não subordinado a nenhum dos poderes da república, devendo figurar ao lado dos poderes constituídos. Sendo assim, deve ser inserido, no Título IV, mais um capítulo, com a previsão “Do Tribunal Constitucional”. Seriam mantidas intactas a existência dos demais poderes, que passariam a conviver ao lado de um Tribunal Constitucional autônomo e independente.

Quanto ao número de integrantes do Tribunal Constitucional ora sugerido, propõe-se uma análise conjunta com a sua forma de indicação e nomeação. Entende-se como benéfica na composição de um Tribunal Constitucional a pulverização da sua nomeação pelos Poderes da República, de modo igualitário, sugerindo-se que 1/3 dos membros seja indicado pelo Presidente da República, como chefe do Poder Executivo, 1/3 indicado pelo

próprio Congresso Nacional, e 1/3 indicado pelo Poder Judiciário. Tal fórmula – de nomeação de 1/3 por cada Poder – é prevista na formação da Corte Constitucional Italiana. Na América Latina, a Corte Constitucional Chilena, por exemplo, também prevê a pulverização de indicação entre os três poderes, embora não haja divisão igualitária de 1/3 para cada poder, uma vez que sua composição conta com 10 membros, conforme visto. Partindo-se de uma variação de números de membros das Cortes Constitucionais aqui analisadas, de 7 a 16 membros⁴¹, e para manter a repartição igualitária de número de indicados por cada um dos poderes, é possível a fixação de 9, 12 ou 15 membros, múltiplos de 3. Entende-se, contudo, mais adequado uma composição ímpar do órgão, especialmente por conta da necessidade de obtenção de maiorias em seus julgamentos, garantindo-se a votação do Presidente da Corte em caso de desempates, como atualmente previsto no Regimento Interno do STF. Assim, resta a possibilidade de fixação de 9 ou 15 membros. Opta-se, aqui, pela composição da Corte Constitucional colombiana e equatoriana, de 9 membros, até mesmo por adotar, como parâmetro, o número fixado para os ministros do STF, não devendo a Corte Constitucional possuir uma composição maior que do que a da Suprema Corte.

A forma de composição – indicação e nomeação – seria, então, assim definida: 3 membros indicados e nomeados pelo Presidente da República; 3 membros indicados pelo Congresso Nacional; e 3 membros indicados pelo Poder Judiciário. Os membros indicados pelo Congresso Nacional e pelo Poder Judiciário seriam também nomeados pelo Presidente da República, como ato meramente formal, não sendo possibilitada ao Chefe do Poder Executivo federal a vedação dos nomes escolhidos pelos outros poderes, assim como ocorre com o Tribunal Constitucional Federal Alemão.

41 Reprise-se os números analisados ao longo da obra: Áustria, 14 membros; Alemanha, 16 membros; Itália, 15 membros; Portugal, 13 membros; Espanha, 12 membros; Colômbia, 9 membros; Chile, 10 membros; Equador, 9 membros; Peru, 7 membros.

A escolha dos membros deveria recair sobre cidadãos que possuíssem as seguintes características: ser brasileiro nato, possuir entre trinta e cinco e sessenta e cinco anos de idade⁴², notável saber jurídico e reputação ilibada, sendo, assim, os mesmos requisitos da composição do Supremo Tribunal Federal atualmente previstos. Reconhece-se o alto grau de subjetividade da locução “notável saber jurídico”, sugerindo-se, aqui, um critério objetivo complementar para a sua configuração: o exercício de atividade jurídica por, ao menos, 10 anos, o que abarcaria, na contagem total, o exercício de atividade acadêmica⁴³. Acerca da reputação ilibada, deve-se reconhecer como requisito objetivo mínimo a mesma disciplina prevista na formação da Corte Constitucional chilena, que é não possuir os impedimentos que o inabilite para o desempenho da judicatura.

Acerca dos membros indicados pelo Congresso Nacional e pelo Poder Judiciário, propõe-se uma forma de escolha. Os membros seriam indicados pelo Congresso Nacional a partir de uma votação em sessão conjunta de ambas as Casas parlamentares, a partir de listas pré-fixadas⁴⁴. Já os nomes indicados pelo Poder Judiciário obedeceriam à seguinte fórmula: duas vagas que necessariamente iriam advir de membros dos Tribunais Superiores – STF, STJ, TST, TSE ou STM –, que formulariam uma lista triplíce, para eleição pelos membros do Conselho Nacional de Justiça;

42 Quanto ao limite máximo de 65 anos de idade, há quem defenda uma alteração para 70 anos, tendo em vista a aposentadoria compulsória, atualmente, ser aos 75 anos. De fato, o raciocínio é interessante, porém, acredita-se que tal mudança deva ser por alteração constitucional expressa, através da atuação do poder constituinte derivado reformador, uma vez que o critério é extremamente objetivo, não se admitindo alargamento por mera interpretação.

43 Alexandre de Moraes defende a supressão da exigência de notável saber jurídico, propondo a sua substituição pela exigência de exercício mínimo de 10 anos de efetiva atividade que exija a qualificação profissional de bacharel em Direito, ou a qualificação de jurista, comprovada pelo título de doutor em Direito com devido reconhecimento. (MORAES, Alexandre de. *Jurisdição Constitucional e Tribunais Constitucionais: Garantia Suprema da Constituição*. São Paulo: Editora Atlas S.A., 2003, pp. 296-297). Aqui, não se sugere a supressão do termo “notável saber jurídico”, mas sim a inserção do critério objetivo temporal, associando-o. O efeito prático, afinal, mantém-se o mesmo, que é o afastamento da ampla subjetividade existente na terminologia empregada.

44 Deve-se desenvolver, contudo, o procedimento para a formação de tais listas, que seria matéria *interna corporis* do Congresso Nacional, a ser definido em Regimento Interno.

e uma vaga resguardada, alternadamente, para membros oriundos da carreira da advocacia ou do Ministério Público, competindo ao Conselho Federal da OAB e ao Conselho Nacional do Ministério Público, respectivamente, a formação de lista tríplice, para eleição perante os membros do CNJ. Sugere-se que os membros do CNJ estejam impedidos de ingressar nas listas tríplices. Sugere-se, ao fim, que, tendo em vista o parlamento ser o representante mais próximo da vontade popular, os membros indicados pelo Presidente da República e aqueles escolhidos por votação pelo Poder Judiciário sejam submetidos à arguição pública perante o Senado Federal, mantendo-se, assim, o processo de sabatina já previsto constitucionalmente para outras situações.

As garantias e vedações aos membros da Corte Constitucional seriam as mesmas estabelecidas aos membros do Poder Judiciário, excepcionando-se a garantia da vitaliciedade, uma vez que seria fixado mandato. Acerca do prazo definido para mandato, verificou-se, dentre os nove tribunais constitucionais analisados, uma variação de 5 a 12 anos⁴⁵, salvo o Tribunal austríaco, que não fixa mandato temporário, mas estabelece o limite máximo de idade de 70 anos. Entende-se razoável a fixação de 10 (dez) anos⁴⁶, para assegurar-lhe o maior mandato na esfera dos Poderes da República (superior em dois anos ao mandato de senador), e combinando-se o limite máximo para ingresso no órgão (65 anos) com a idade de aposentadoria compulsória atualmente prevista, que é 75 anos.

Assim, em síntese, a Corte Constitucional brasileira seria formada por 9 (nove) membros, nomeados pelo Presidente da República, sendo 3 (três) membros por ele indicados, 3 membros

45 Reprise-se o quanto estabelecido: na Áustria, não há duração, estabelecendo-se o limite máximo de 70 (setenta) anos de idade; na Alemanha, 12 anos; na Itália, em Portugal e na Espanha, 9 anos; na Colômbia, 8 anos; no Chile e no Equador, 9 anos; no Peru, 5 anos.

46 Neste sentido, de fixação de mandato de 10 anos para membros do STF enquanto Tribunal Constitucional, conferir: MORAES, Alexandre de. *Jurisdição Constitucional e Tribunais Constitucionais: Garantia Suprema da Constituição*. São Paulo: Editora Atlas S.A., 2003, p. 294.

indicados pelo Poder Legislativo, por eleição em sessão conjunta pelo Congresso Nacional, e 3 membros indicados pelo Poder Judiciário, por eleição pelo Conselho Nacional de Justiça. Aos membros seriam garantidos mandato de 10 (dez) anos, bem como as garantias e vedações estabelecidas ao Poder Judiciário, salvo no que tange a vitaliciedade. Para os requisitos de ingresso, seriam obedecidos aqueles já definidos para os membros do STF: ser brasileiro nato, possuir entre trinta e cinco e sessenta e cinco anos de idade, notável saber jurídico e reputação ilibada, acrescentando-se a exigência de comprovação, ao menos, de 10 (dez) anos de atividade jurídica, que pode ser comprovado, inclusive, mediante exercício de atividade eminentemente acadêmica, e, no que tange à reputação ilibada, não possuir os impedimentos que o inabilite para o desempenho da judicatura.

Acerca das competências, seria assim estabelecido: o processamento e julgamento, originariamente, da ação direta de inconstitucionalidade, por ação ou omissão; julgamento do incidente de arguição de inconstitucionalidade, inclusive daquele por violação à direito fundamental; e julgamento, em grau de recurso extraordinário, das causas decididas em única ou última instância, quando a decisão recorrida contrariar dispositivo constitucional, declarar a inconstitucionalidade de tratado ou lei federal ou julgar válida lei ou ato de governo local contestado em face da Constituição Federal. Acerca do recurso extraordinário mantêm-se, então, praticamente intactas as hipóteses atualmente estabelecidas no art. 102, III, da CF/88, excepcionando-se, apenas, a questão prevista na alínea *d*, que trata de decisão que julgue válida lei local contestada em face de lei federal. Neste caso, remanesceria a competência do STF, que continuaria exercendo a função de último grau de jurisdição no Poder Judiciário. Frise-se que, para a interposição do Recurso Extraordinário, seria mantida a exigência de demonstração de repercussão geral das questões constitucionais.

Estas são as propostas para a formação de uma Corte Constitucional brasileira.

4. CONCLUSÕES

O presente artigo apresenta uma proposta de melhoria ao sistema de controle de constitucionalidade brasileiro e todo o fluxo de processo constitucional, adotando-se, como inspiração, cortes constitucionais europeias e da América do Sul: a formação de uma Corte Constitucional brasileira.

Tal proposta, além de significar um avanço qualitativo no sistema de controle de constitucionalidade concentrado brasileiro, por destacar um órgão cuja atribuição específica seria o exercício de tal controle, tem como objetivo contornar um problema estrutural na jurisdição constitucional brasileira, que é o acúmulo excessivo de demandas no âmbito do Supremo Tribunal Federal, o qual, como verificado, acumula competências originárias e recursais.

Por diversas vezes, ao longo da história constitucional brasileira, verificou-se que argumentos voltados à preservação da capacidade de trabalho do STF, evitando-se o abarrotamento da Suprema Corte, são utilizados como justificativas – compreensíveis – para a morosidade na solução de complexos casos que são submetidos à mais alta Corte de Justiça do país.

Acredita-se que a proposta de formação de uma Corte Constitucional brasileira, se acolhida, trará um ganho significativo para o exercício da jurisdição constitucional brasileira.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ARAÚJO, Sylvia Maria Cortês Bonifácio. BARBOSA, Cláudia Maria. MARQUES, Camila Salgueiro da Purificação. Desenho Institucional e Judicialização da Política nas Cortes Constitucionais Brasileira e Colombiana: Uma Análise Comparada. *In: Revista Estudos Institucionais*, V. 4, 1, 2018.

ARGUELHES, Diego Werneck. RIBEIRO. Leandro Mo-
lhano. *Ministrocracia: O Supremo Tribunal indivi-
dual e o processo democrático brasileiro*”. *Novos Estu-
dos Cebrap*, São Paulo, v. 37, n. 1, pp. 13-32, 2018.

ARGUELHES, Diego Werneck. Poder não é querer: Preferências
restritivas e redesenho institucional no Supremo Tribunal Fe-
deral pós-democratização. In: *Jurisdição Constitucional e Políti-
ca*. Coord: SARMENTO, Daniel. Rio de Janeiro, Forense, 2015.

BARROSO, Luís Roberto. A razão sem voto: o Supremo Tribunal
Federal e o governo da maioria. In: SARMENTO, Daniel (org.). *Ju-
risdição Constitucional e Política*. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

BARROSO, Luís Roberto. *O Controle de Constitucionalidade no
Direito Brasileiro*. 8ª ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

BRANDÃO, Rodrigo (org.), *Cortes Constitucionais e Su-
premas Cortes*. Salvador: Ed. Juspodivm, 2017.

BRASILEIRO, Rebecca Bianca de Melo Magalhães. *Cortes
Constitucionais da América Latina: Uma análise de suas ca-
racterísticas e funcionamento*. 2013. Dissertação de Mestra-
do em Ciência Política. Programa de Pós-Graduação em Ciên-
cia Política. Universidade Federal de Pernambuco (UFPE).

CAPPELETTI, Mauro. *O controle judicial de constituionali-
dade das leis no direito comparado*. Trad. Aroldo Plínio Gon-
çalves. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1984.

CORRÊA, Oscar Dias. *O Supremo Tribunal Federal. Cor-
te Constitucional do Brasil*. Rio de Janeiro: Forense, 1987.

COSTA, Emilia Viotti. *O Supremo Tribunal Fede-
ral e a Construção da Cidadania*. São Paulo: Ieje, 2001.

CRUZ, Gabriel Dias Marques da. “O STF pode levar 10 anos para zerar o estoque da Repercussão Geral”. Coord. CRUZ, Gabriel Dias Marques da. *In: Estudos de Controle de Constitucionalidade*. Salvador: Faculdade Baiana de Direito, 2017.

CUNHA JR., Dirley da. *Controle Judicial das Omissões do Poder Público. Em busca de uma dogmática constitucional transformadora à luz do direito fundamental à efetivação da Constituição*. 2ª ed. Rev. E atual. São Paulo: Saraiva, 2008.

CUNHA JR., Dirley da. O Princípio do “Stare Decisis” e a decisão do Supremo Tribunal Federal no Controle Difuso de Constitucionalidade. *In: CAMARGO, Marcelo Novelino (org.). Leituras Complementares: Controle de Constitucionalidade*. Salvador: Juspodivm, 2010.

CUNHA JR., Dirley da. *Controle de Constitucionalidade: Teoria e Prática*. Salvador: Ed. Juspodivm, 2016.

ENGELMANN, Fabiano. BANDEIRA, Júlia. A construção da autonomia política do Judiciário na América Latina: Um estudo comparado entre Argentina, Brasil, Chile, Colômbia e Venezuela. *In: Revista de Ciências Sociais*, Rio de Janeiro, v. 60, nº 4, 2017.

ENTERRÍA, Eduardo García de. *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*. 3ª ed. reimp., Madrid: Civitas, 2001.

FALCÃO, Joaquim; CERDEIRA, Pablo de Camargo; ARGUELHES, Diego Werneck. *I Relatório Supremo em Números: O Múltiplo Supremo*. FGV Rio, 2011.

FAVOREU, Louis. *As Cortes Constitucionais*. Trad. Dúnia Marinho Silva. São Paulo: Landy Editora, 2004.

HELMKE, Gretchen; RIOS-FIGUEROA, Julio (ed.). *Courts in Latin America*. New York: Cambridge University Press, 2011.

HIRSCH, Fábio Periandro de Almeida. *Supremo Tribunal Federal do Brasil: Natureza Jurídica*. Salvador: Editora Direito Levado a Sério, 2020.

KELSEN, Hans. *Jurisdição Constitucional*. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2016.

KOERNER, Andrei; FREITAS, Lígia Barros de. *O Supremo na Constituinte e a Constituinte no Supremo*. São Paulo: Lua Nova, v. 88, 2013.

MELLO, Celso de. *Notas sobre o Supremo Tribunal (Império e República)*. 4^a ed. Brasília: Supremo Tribunal Federal, 2014.

MENDES, Gilmar Ferreira. Evolução do Direito Constitucional brasileiro e o controle de constitucionalidade das leis. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, n. 126, abr/jun 1995.

MENDES, Gilmar. Kelsen e o controle de constitucionalidade no direito brasileiro. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, a. 31, n° 121, jan./mar. 1994.

MONTOYA, Ana María. Si no vas al Senado, no te eligen magistrado. Instituciones informales y critérios de seleccion de los magistrados de la Corte Constitucional colombiana em el Senado. *Colombia International*, v. 79, n. 1, pp. 155-190, set./dec. 2013.

MORAES, Alexandre de. *Jurisdição Constitucional e Tribunais Constitucionais: Garantia Suprema da Constituição*. São Paulo: Editora Atlas S.A., 2003.

SCHMITT, Carl. *O Guardião da Constituição*. Trad. Geraldo de Carvalho. Belo Horizonte, Del Rey, 2007.

VELOSO, Carlos Mário. O Supremo Tribunal Federal, Corte Constitucional: Uma proposta que visa tornar efetiva a sua missão precípua de guarda da Constituição. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, a. 30, n° 120, out./dez. 1993.

BALANÇO CRÍTICO DA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL BRASILEIRA AO LONGO DOS 35 ANOS DA CRFB DE 1988: um contraponto entre os modelos Difuso e Concentrado

CRITICAL BALANCE OF THE BRAZILIAN CONSTITUTIONAL JURISDICTION THROUGHOUT THE 35 YEARS OF THE 1988 CRFB: a counterpoint between the Diffuse and Concentrated models

*Dirley da Cunha Júnior **

RESUMO

O artigo propõe uma reflexão crítica acerca da Jurisdição Constitucional brasileira, confrontando os dois modelos existentes e apontando para as vantagens e desvantagens que apresentam para o sistema de defesa da Constituição e dos Direitos Fundamentais.

Palavras-chave: Jurisdição Constitucional brasileira – Balanço crítico – modelos Difuso e Concentrado – contraponto

ABSTRACT

The article proposes a critical reflection on the Brazilian Constitutional Jurisdiction, confronting the two existing models and pointing out the advantages and disadvantages they present to the defense system of the Constitution and Fundamental Rights.

* Pós-Doutor em Direito Constitucional pela Universidade de Lisboa/Portugal. Doutor em Direito Constitucional pela PUC-SP. Mestre em Direito Econômico pela UFBA. Professor Associado da Universidade Federal da Bahia (UFBA) onde leciona Direito Constitucional nos Cursos de Graduação, Mestrado e Doutorado. Professor Titular da Universidade Católica do Salvador (UCSAL), onde leciona Direito Constitucional, Direitos Fundamentais e Efetividade dos Direitos Sociais nos Cursos de Graduação, Mestrado e Doutorado. Professor Adjunto e Coordenador do Núcleo de Direito do Estado e da Pós-Graduação em Direito Público da Faculdade Baiana de Direito. Conferencista e autor de diversas obras jurídicas. Juiz Federal da Seção Judiciária da Bahia. Ex-Procurador da República (1995-1999). Ex-Promotor de Justiça do Estado da Bahia (1992-1995).

Keywords: Brazilian Constitutional jurisdiction - Critical Review - models and Diffuse Concentrate - counterpoint

1. Introdução

A experiência brasileira com a jurisdição constitucional é antiga e remonta a Constituição Federal de 1891. Apesar disso, somente com a Constituição Federal de 1988 o tema ganha relevo e ocupa a agenda da academia e do Supremo Tribunal Federal.

O presente ensaio propõe uma reflexão crítica acerca da Jurisdição Constitucional brasileira, ao longo de mais de um século de governo republicano, em geral, e dos 35 anos de vigência da CRFB de 1988, em especial, confrontando os dois modelos existentes e apontando para as vantagens e desvantagens que apresentam para o sistema de defesa da Constituição e dos Direitos Fundamentais.

Inicialmente se fará um esboço histórico a respeito da evolução da jurisdição constitucional, para, na sequência, se trabalhar com as características e comparações dos modelos adotados.

2. Evolução da Jurisdição Constitucional no Brasil

Como se terá a oportunidade de esclarecer adiante, nem todas as Constituições brasileiras adotaram a jurisdição constitucional. Bem como nem todas as Leis Fundamentais consagraram, ao mesmo tempo, os dois modelos atualmente existentes. Vejamos.

2.1 A Constituição de 1824

A Constituição Política do Império do Brasil de 25 de março de 1824 não adotou nenhum sistema de controle da constitucionalidade dos atos ou omissões do poder público. Isso se deveu, certamente, à decisiva influência que o direito brasileiro sofreu da concepção inglesa da supremacia do Parlamento e do dogma francês da rígida separação de Poderes. Dita influência resultava cristalina da redação do art. 15, incisos VIII e IX da Carta Imperial, que assegurou ao Poder Legislativo a atribuição de “fazer leis, interpretá-las, suspendê-las e revogá-las”, bem assim

de “velar na guarda da Constituição”. Tal disposição cuidou de assegurar o dogma da supremacia do Parlamento².

Para além disso, a Constituição do Império atribuiu ao Imperador um Poder Moderador, concebido como a “chave de toda a organização política”, para “manutenção da independência, equilíbrio e harmonia dos demais Poderes Políticos” (art. 98), que praticamente inviabilizava o exercício de qualquer controle da constitucionalidade por parte do Poder Judiciário, além do que, nos termos daquela Constituição, cabia ao Imperador, no exercício pessoal do Poder Moderador, resolver os conflitos envolvendo os Poderes Executivo, Judiciário e Legislativo.

Assim, em face dessa “suprema inspeção” exercida pelo Imperador sobre os três poderes, é certo que não haveria clima político e jurídico de se confiar ao Poder Judiciário o controle da constitucionalidade das leis e atos normativos do poder público. Ante a arquitetônica constitucional, esse controle, se previsto, só poderia caber, evidentemente, ao Poder Moderador³.

2.2 A Constituição de 1891

Por influência da doutrina da *judicial review* norte-americana, a Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil de 24 de fevereiro de 1891 previu o controle judicial da constitucionalidade das leis.

Aliás, esse controle já aparecia nítido desde a Constituição Provisória de 22 de junho de 1890 (Decreto nº 510, art. 58, § 1º,

2 Comentando a Constituição do Império, Pimenta Bueno assegurava que só “o poder que faz a lei é o único competente para declarar por via de autoridade ou por disposição geral obrigatória, o preceito dela. Só ele e exclusivamente ele é quem tem o direito de interpretar o seu próprio ato, suas próprias vistas, sua vontade e seus fins. Nenhum outro poder tem o direito de interpretar por igual modo, já porque nenhuma lei lhe deu essa faculdade, já porque seria absurda a que lhe desse. Primeiramente é visível que nenhum outro poder é o depositário real da vontade e inteligência do legislador. Pela necessidade de aplicar a lei deve o executor ou juiz, e por estudo pode o jurisconsulto formar sua opinião a respeito da inteligência dela, mas querer que essa opinião seja infalível e obrigatória, que seja regra geral, seria dizer que possuía a faculdade de adivinhar qual a vontade e o pensamento do legislador, que não podia errar, que era o possuidor dessa mesma inteligência e vontade; e isso seria certamente irrisório. Depois disso é também óbvio que o poder a quem fosse dada ou usurpasse uma tal faculdade predominaria desde logo sobre o legislador, inutilizaria ou alteraria como quisesse as atribuições deste ou disposições da lei, e seria o verdadeiro legislador. Basta refletir por um pouco para reconhecer esta verdade, e ver que interpretar a lei por disposição obrigatória, ou por via de autoridade, é não só fazer a lei, mas é ainda mais que isso, porque é predominar sobre ela” (BUENO, José Antonio Pimenta. *Direito público brasileiro e análise da Constituição do Império*, p. 69. Acessível em: <http://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/185600>).

3 BITTENCOURT, C. A. Lúcio. *O Contrôlo Jurisdicional da Constitucionalidade das leis*. Rio de Janeiro: Forense, 1949, p. 28.

alínea b) e no Decreto nº 848 de 11 de outubro de 1890, que organizou a Justiça Federal (art. 9º, parágrafo único, alíneas a e c). Reproduzindo esses dispositivos, a Constituição de 1891 facultou recurso para o Supremo Tribunal Federal, “quando se questionar sobre a validade ou a aplicação de tratados e leis federais, e a decisão do tribunal do Estado for contra ela” (art. 59, § 1º, alínea a).

A propósito da dúvida que acometeu, no início, ao próprio Poder Judiciário quanto à existência de sua competência para o controle de constitucionalidade, RUY BARBOSA foi esclarecedor ao defender a intenção explícita da Constituição em assegurar a todos os juízes e tribunais, nos mesmos moldes do sistema “americano” de controle de constitucionalidade, a competência para discutir a constitucionalidade das leis. Assim desvendou RUY:

A redação é claríssima. Nela se reconhece, não só a competência das justiças da União, como a das justiças dos Estados, para conhecer da legitimidade das leis perante a Constituição. Somente se estabelece, a falar das leis federais, a garantia de que, sendo contrária à subsistência delas a decisão do tribunal do Estado, o feito pode passar, por via de recurso, para o Supremo Tribunal Federal. Este ou revogará a sentença, por não procederem as razões da nulidade, ou a confirmará pelo motivo oposto. Mas, numa ou noutra hipótese, o princípio fundamental é a autoridade, reconhecida expressamente no texto constitucional, a todos os tribunais, federais ou locais, de discutir a constitucionalidade das leis da União, e aplicá-las ou desaplicá-las, segundo esse critério.⁴

Tal situação ficou ainda mais esclarecida em face do advento da Lei nº 221, de 20 de novembro de 1894, que completou a organização da Justiça Federal, ao dispor que os “juízes e tribunais apreciarão a validade das leis e regulamentos e deixarão de aplicar aos casos ocorrentes as leis manifestamente inconstitucionais e os regulamentos manifestamente incompatíveis com as leis ou com a Constituição” (art. 13, § 10). Mas foi com a reforma constitucional de 1926 que o controle de constitucionalidade tornou-se, entre nós, indubitado e explícito. Com efeito, já com a reforma de 1926, a Constituição de 1891 expressou a competência do Supremo Tribunal Federal para julgar os recursos, sempre que se questionasse “sobre a vigência ou a validade das leis federais

⁴ BARBOSA, Ruy. *Comentários à Constituição Federal brasileira*. (coligidos e ordenados por Homero Pires). São Paulo: Saraiva, 1933, v. VI, p. 133.

em face da Constituição” e a decisão do tribunal do Estado lhes negasse aplicação (art. 60, § 1º, alínea a).

Em suma, no Brasil, somente a partir da Constituição de 1891 é que o Poder Judiciário passou a titularizar a competência para exercer um controle de constitucionalidade das leis e atos normativos do poder público, porém sob o influxo do modelo “americano” da fiscalização *difusa*, *incidental* (por via de exceção ou de defesa) e *sucessiva* da constitucionalidade dos atos normativos em geral do poder público, que perdurou nas Constituições posteriores até a vigente.

No entanto, sem embargo desse grande avanço, o sistema, como originalmente moldado, apresentava deficiências, pela possibilidade de existirem decisões conflitantes entre os vários órgãos judiciários competentes para o controle de constitucionalidade, circunstância que propiciava um estado de incerteza no direito e uma plethora de demandas judiciais, que congestionavam as vias judiciais ordinárias, já que as decisões sobre a constitucionalidade das leis proferidas pelos juizes e tribunais operavam efeitos somente *inter partes*.

Tal situação agravava-se em face de inexistir, no Estado brasileiro, tradicionalmente vinculado ao sistema da *civil law* de derivação romano-germânica, o princípio do *stare decisis*, típico do sistema da *common law*.

Essa deficiência foi atenuada, decerto, pela Constituição de 1934, em razão da atribuição de competência ao Senado Federal para suspender, em caráter geral, a execução da norma declarada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal.

2.3 A Constituição de 1934

A Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil de 16 de julho de 1934 manteve o controle judicial difuso, incidental e sucessivo da constitucionalidade das leis e atos normativos do poder público (art. 76, III, b e c), introduzindo no sistema, contudo, relevantes inovações, “de sorte que, aos poucos, o sistema se afastara do puro critério difuso com a adoção de aspectos do *método concentrado*, sem, no entanto, aproximar-se do europeu”.⁵

Assim é que, nos tribunais, a inconstitucionalidade somente poderia ser pronunciada pelo voto da maioria absoluta de seus

5 SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. São Paulo: Malheiros, p. 52.

membros (art. 179); caberia ao Senado, quando comunicado pelo Procurador-Geral da República, a competência para suspender, em caráter geral, a execução, no todo ou em parte, de qualquer lei ou ato, deliberação ou regulamento declarados inconstitucionais pelo Poder Judiciário⁶ (art. 91, IV e art. 96), *corrigindo*, em parte, aquela deficiência, à qual já se reportou acima, do sistema difuso-incidental herdado pela Constituição anterior; e criou a chamada representação interventiva (atualmente conhecida por ação direta de inconstitucionalidade interventiva), confiada ao Procurador-Geral da República e sujeita à competência do Supremo Tribunal Federal (art. 12, V, § 2º), nas hipóteses de ofensa aos princípios consagrados no art. 7º, I, alíneas *a* a *h* da Constituição (ditos *princípios constitucionais sensíveis*).

Essa ação direta interventiva representou o primeiro passo para o desenvolvimento, entre nós, do controle “europeu” ou “concentrado” de constitucionalidade.

2.4 A Constituição de 1937

A Constituição dos Estados Unidos do Brasil de 10 de novembro de 1937, autoritariamente imposta ao povo brasileiro, manteve, no essencial, o modelo de controle da constitucionalidade inaugurado em 1891 (art. 101, III, alíneas *b* e *c*, da CF/37). Por outro lado, trouxe um retrocesso, ao pretender enfraquecer a supremacia do Poder Judiciário no exercício do controle da constitucionalidade das leis, possibilitando ao Poder Executivo tornar sem efeito a decisão de inconstitucionalidade proferida pelo Tribunal, quando a lei declarada inconstitucional, por iniciativa do Presidente da República, fosse confirmada pelo voto de dois terços de cada uma das Casas Legislativas (art. 96, parágrafo único⁷). Ora, como na época não funcionava o Poder Legislativo,

6 A despeito de o dispositivo referir-se ao Poder Judiciário, o que levaria os menos atentos a pensar que a competência do Senado incidiria sobre as decisões de todos os órgãos do Poder Judiciário, já que todos, no controle difuso, podiam exercer o controle de constitucionalidade, entendeu-se que, conjugando-se os arts. 91, IV e 96 da Constituição de 1934, as decisões destes órgãos seriam incapazes de ensejar a intervenção senatorial sem a prévia manifestação do Supremo Tribunal Federal. Vide, a respeito, Oswaldo Aranha Bandeira de Mello, *A teoria das constituições rígidas*, p. 169.

7 Segundo esse parágrafo único, “No caso de ser declarada a inconstitucionalidade de uma lei que, a juízo do Presidente da República, seja necessária ao bem estar do povo, à promoção ou defesa de interesse nacional de alta monta, poderá o Presidente da República submetê-la novamente ao exame do Parlamento; se este a confirmar por dois terços de votos em cada uma das Câmaras, ficará sem efeito a decisão do Tribunal”.

que não foi convocado, cabia ao próprio Presidente da República exercer, mediante simples decreto-lei, essa faculdade⁸.

Não cuidou da representação interventiva, nem da suspensão pelo Senado Federal da execução da lei declarada inconstitucional pelo Judiciário. Manteve, entretanto, a exigência do *quorum* de maioria absoluta para os tribunais declararem a inconstitucionalidade de lei ou de ato do Presidente da República (art. 96, *caput*).

Ademais, a Carta semântica de 37 vedou expressamente ao Poder Judiciário conhecer das questões exclusivamente políticas (art. 94).

2.5 A Constituição de 1946

A Constituição dos Estados Unidos do Brasil de 18 de setembro de 1946 restaura a pureza da doutrina norte-americana da supremacia do Poder Judiciário em matéria de controle de constitucionalidade. Efetivamente, recuperada a democracia usurpada pelo regime anterior, caiu a arbitrária norma do art. 96, parágrafo único, da Constituição anterior.

Foi mantido o modelo difuso-incidental de 1891 (art. 101, III) e reinseridas as inovações trazidas pela Constituição de 1934 e suprimidas pelo regime de 37 (representação interventiva e suspensão pelo Senado Federal da execução da lei declarada inconstitucional pelo Judiciário). O Poder Judiciário reconquistou sua supremacia, cabendo a ele a última palavra em questões de natureza constitucional.

Em 26 de novembro de 1965, por força da Emenda Constitucional nº 16, formulada à então Constituição de 1946, foi inaugurado no Brasil o controle concentrado ou abstrato da constitucionalidade dos atos normativos federais e estaduais,

8 CLÈVE, Clémerson Merlin. *A fiscalização abstrata da constitucionalidade no Direito brasileiro*. 2ª ed. rev. atual. amp., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000, p. 86. Segundo Lúcio Bittencourt, o Presidente Getúlio Vargas, em 1939, com fundamento no parágrafo único do art. 96 da Constituição de 1937, suspendeu decisões que declararam a inconstitucionalidade de lei federal que determinara a incidência de imposto de renda sobre os vencimentos pagos pelos cofres públicos estaduais e municipais. Assim, aduz o autor que, “Considerando que a ‘decisão judiciária não consultava o interesse nacional e o princípio da divisão eqüitativa do ônus do imposto’, foi baixado o dec.-lei nº 1.564, de 5 de setembro de 1939, por força do qual ‘foram confirmados os textos de lei, decretados pela União, que sujeitaram ao imposto de renda os vencimentos pagos pelos cofres públicos estaduais e municipais, ficando sem efeito as decisões do Supremo Tribunal Federal e de quaisquer outros tribunais e juízes que tenham declarado a inconstitucionalidade desses mesmos textos’. Essa atitude provocou grande escândalo nos meios judiciários (...)” (op. cit., p. 139).

com a criação da representação *genérica* de inconstitucionalidade (hoje denominada ação direta de inconstitucionalidade por ação) à semelhança do modelo kelseniano. De fato, a alínea *k* do art. 101, I, da Constituição de 1946 foi alterada, para acrescentar às competências originárias do Supremo Tribunal Federal a de processar e julgar “a representação contra inconstitucionalidade de lei ou ato de natureza normativa, federal ou estadual, encaminhada pelo Procurador-Geral da República”.

Essa Emenda Constitucional, ademais, autorizou a adoção, pelos Estados, de controle da constitucionalidade dos atos normativos municipais em confronto com a Constituição estadual, de competência dos Tribunais de Justiça (inciso XIII acrescentado ao art. 124 pela EC nº 16/65).

Destarte, já aqui se encontrava perfeitamente definido um sistema **misto** ou **eclético** de controle judicial de constitucionalidade, que combinava os modelos **difuso-incidental**, de competência de todos os juízes e tribunais nos casos concretos sujeitos às suas apreciações, e **concentrado-principal**, de competência exclusivamente do Supremo Tribunal Federal das leis e atos normativos estaduais e federais em face da Constituição Federal, e dos Tribunais de Justiça das leis e atos normativos municipais em face das Constituições Estaduais.

O modelo concentrado-principal, no entanto, encontrava-se até então limitado às ações diretas de inconstitucionalidade por ação (representação genérica) e de inconstitucionalidade interventiva (representação interventiva).

2.6 A Constituição de 1967/69

A Constituição do Brasil de 24 de janeiro de 1967 manteve o sistema anterior implantado pelas Constituições passadas, trazendo pequenas alterações. Com efeito, não manteve o dispositivo, acrescentado pela EC 16/65, que autorizava os Estados a instituírem a representação de inconstitucionalidade genérica das leis municipais em face de suas Constituições Estaduais.

A Emenda nº 01 de 1969 não alterou o modelo da Constituição de 67, admitindo, contudo, a instituição, pelo Estados, da representação interventiva para assegurar a

observância dos princípios sensíveis indicados na Constituição estadual (art. 15, § 3º, *d*, da Constituição).

Não se pode olvidar, outrossim, as duas novidades introduzidas pela Emenda nº 07, de 1977. A primeira consistiu na criação, para viger ao lado da representação genérica de inconstitucionalidade, da representação para fins de interpretação de lei ou ato normativo federal ou estadual a ser julgada pelo Supremo Tribunal Federal (art. 119, I, *l*). Esta novidade, todavia, foi extinta pela Constituição de 1988. E a segunda referiu-se à previsão de concessão de medida cautelar a ser pedida nas representações genéricas de inconstitucionalidade (art. 119, I, *p*), previsão que foi mantida pela Constituição de 1988.

2.7 A Constituição de 1988

A Constituição da República Federativa do Brasil de 05 de outubro de 1988 aperfeiçoou o sistema judicial de controle da constitucionalidade, mantendo a combinação dos modelos *difuso-incidental* e *concentrado-principal* de jurisdição constitucional.

Pelo modelo *difuso-incidental*, todo e qualquer juiz ou tribunal pode exercer, por ocasião de uma demanda judicial *concreta*, o controle da constitucionalidade dos atos e das omissões do poder público, sobretudo em face da surpreendente criação, entre nós, de ação especial de controle das omissões inconstitucionais do poder público, isto é, do *mandado de injunção*, circunstância que não nega, porém, o controle destas omissões, segundo aqui se defende, através de qualquer ação judicial comum dirigida a qualquer juiz ou tribunal.

Já pelo modelo *concentrado-principal*, só o Supremo Tribunal Federal pode exercer, em sede de ação direta, e em abstrato, o controle da constitucionalidade das leis e atos normativos federais ou estaduais em face da Constituição Federal e somente os Tribunais de Justiça dos Estados e do Distrito Federal podem exercer, também diante de uma ação direta, o controle da constitucionalidade das leis e atos normativos estaduais ou municipais em face da Constituição Estadual.

A Constituição de 1988 ampliou o modelo concentrado-principal da constitucionalidade, com a instituição: a) da ação direta de inconstitucionalidade por omissão, ao lado da já existente ação direta de inconstitucionalidade por ação,

ampliando a legitimidade ativa para a propositura destas ações e quebrando o monopólio outorgado ao Procurador-Geral da República (atualmente, o processo e o julgamento da ação direta de inconstitucionalidade – por ação e por omissão – perante o STF estão disciplinados na Lei nº 9.868, de 10 de novembro de 1999); b) da ação declaratória de constitucionalidade, com a previsão de efeito vinculante das decisões de mérito, em face da EC nº 03/93 (igualmente, o processo e o julgamento da ação declaratória de constitucionalidade perante o STF estão disciplinados na Lei nº 9.868, de 10 de novembro de 1999), e c) da arguição de descumprimento de preceito fundamental (hoje disciplinada pela Lei nº 9.882, de 03 de dezembro de 1999), d) mantendo, ademais, a ação direta de inconstitucionalidade interventiva (regulado pela Lei nº 12.562/2011).

Em suma, em face da normativa constitucional de 1988, o controle de constitucionalidade no Brasil compreende:

1) o controle *difuso-incidental*, provocado por via de exceção ou defesa, em um caso concreto, perante qualquer juízo ou tribunal, e

2) o controle *concentrado-principal*, provocado por via das seguintes ações diretas, perante o STF:

2.1) Ação direta de inconstitucionalidade – **ADI**

- por ação (ADI)
- por omissão (ADO)

2.2) Ação direta de inconstitucionalidade interventiva – **ADI Interventiva**

2.3) Ação declaratória de constitucionalidade – **ADC**

2.4) Arguição de descumprimento de preceito fundamental – **ADPF**

Pode-se afirmar, efetivamente, que no Brasil a jurisdição constitucional não é privilégio dos tribunais ou do Supremo Tribunal Federal. Aqui, todo e qualquer órgão do Poder Judiciário, independentemente da instância (juiz ou tribunal), pode exercer o controle de constitucionalidade.

Somente o controle de constitucionalidade pela via principal ou abstrata é exclusiva do Supremo Tribunal Federal (em face da Constituição Federal) ou dos Tribunais de Justiça (em face da Constituição do Estado).

Entretanto, não se pode ignorar que, com o novo arranjo jurídico-constitucional traçado pela Constituição vigente, determinante da amplitude das ações especiais e diretas de controle concentrado e da fixação de um extenso rol de legitimados para a propositura dessas ações, o controle difuso-incidental sofreu uma significativa restrição⁹.

Tal fato agravou-se com a previsão de efeito vinculante para todas as decisões proferidas no âmbito daquelas ações diretas. Mas essa circunstância, não obstante constatável à vista do texto de 1988, não retira a importância da jurisdição constitucional desempenhada pelos juízes e tribunais ordinários, nos casos concretos, máxime quando exercida no controle das omissões do poder público violadoras de direitos fundamentais.

Feito, em superficial exposição, esse esboço histórico da jurisdição constitucional no Brasil, impende tecer as comparações necessárias sobre os dois modelos que restaram consagrados.

3. A Jurisdição Constitucional no modelo Difuso

O modelo difuso de jurisdição constitucional teve origem no caso *Marbury v. Madison*, julgado pela Suprema Corte norte-americana em 1803, a partir da incontestável argumentação esgrimida pelo *Justice* John Marshall a respeito da supremacia da Constituição em face das leis em geral e da necessidade de garantir o texto constitucional por meio de um controle atribuído aos órgãos do Poder Judiciário (*judicial review of legislation*).

9 Segundo Gilmar Ferreira Mendes, a “Constituição de 1988 reduziu o significado do controle de constitucionalidade incidental ou difuso, ao ampliar, de forma marcante, a legitimidade para propositura da ação direta de inconstitucionalidade (CF, art. 103), permitindo que, praticamente, todas as controvérsias constitucionais relevantes sejam submetidas ao Supremo Tribunal Federal mediante processo de controle abstrato de normas”. Partindo desse raciocínio, enfatiza o autor que a Constituição de 1988 deu maior ênfase ao modelo concentrado e arremata: “A ampla legitimação, a presteza e celeridade desse modelo processual, dotado inclusive da possibilidade de se suspender a eficácia do ato normativo questionado, mediante pedido de cautelar, faz com que as grandes questões constitucionais sejam solvidas, na sua maioria, mediante a utilização da ação direta, típico instrumento do controle concentrado” (MENDES, Gilmar Ferreira. *Direito Fundamentais e Controle de Constitucionalidade*. São Paulo: Saraiva, p. 256-257).

No Brasil, esse modelo foi consagrado, pela primeira vez, na Constituição de 1891, por influência norte-americana, sendo recepcionado pelas Constituições que se seguiram, encontrando hoje o seu fundamento no art. 5º, inciso XXXV, e art. 102, inciso III, da Constituição de 1988.

À vista desse modelo, o controle da constitucionalidade dos atos ou omissões do poder público é realizado no curso de uma demanda judicial concreta, e como **incidente** dela, por qualquer juiz ou tribunal. Daí afirmar-se que o controle difuso é um controle incidental. É uma combinação necessária.

Vale dizer, o exame da constitucionalidade da conduta estatal pode ser agitado, *incidenter tantum*, por qualquer das partes envolvidas numa controvérsia judicial, perante qualquer órgão do Poder Judiciário, independente de instância ou grau de jurisdição, por meio de uma ação subjetiva (ou peça de defesa) ou de um recurso. Pressupõe a existência de um conflito de interesses, no bojo de uma ação judicial, na qual uma das partes alega a inconstitucionalidade de uma lei ou ato que a outra pretende ver aplicada ao caso. Enfim, desde que se possa deduzir uma pretensão acerca de algum bem da vida ou na defesa de algum interesse subjetivo, pode o interessado arguir, em sede concreta, a inconstitucionalidade como seu fundamento jurídico.

No controle em tela, a questão constitucional, consistente na inconstitucionalidade dos atos ou omissões do Estado, ostenta a **natureza de questão prejudicial (pré=antes; judicial=de julgar)**, na medida em que deve ser decidida pelo juiz ou tribunal antes de julgar a própria controvérsia e para poder, até mesmo, resolvê-la definitivamente. É um antecedente lógico e uma *conditio sine qua non* da resolução do conflito.

À semelhança do paradigma norte-americano, o controle incidental ou *incidenter tantum* é provocado, no direito brasileiro, por via de exceção, entendendo-se, aqui, por exceção, não um meio de defesa indireta do processo, mas no sentido amplo que abrange qualquer defesa oposta a uma lesão ou ameaça de lesão a direito, pouco importando, hodiernamente, se essa defesa é realizada passivamente, ou seja, pelo interessado residindo no pólo passivo de alguma ação contra ele intentada, ou se ela se dá numa ação proposta pelo interessado, em posição ativa, atacando, desde logo, o ato violador a direito seu, já praticado ou simplesmente ameaçado de ser praticado, com fundamento em

lei ou ato normativo inconstitucional¹⁰. Daí por que a doutrina também denomina a ‘via de exceção’ de ‘via de defesa’. Enfim, a jurisdição constitucional incidental pode ser provocada por qualquer ação, “desde que exista, ou possa existir, um litígio e para sua decisão seja mister o exame da eficácia da lei, pouco importa a forma processual adotada”.¹¹ A ação, portanto, não pode visar diretamente ao ato inconstitucional, limitando-se a se referir à inconstitucionalidade do ato apenas como fundamento ou causa de pedir, e não como o próprio pedido.

Acrescente-se que a fiscalização incidental da constitucionalidade pode ser provocada e suscitada (a) pelo autor, *na inicial de qualquer ação*, seja de que natureza for (civil, penal, trabalhista, eleitoral e, principalmente, nas ações constitucionais de garantia, como mandado de segurança, *habeas corpus*, *habeas data*, mandado de injunção, ação popular e ação civil pública), qualquer que seja o tipo de processo e procedimento (processo de conhecimento ou processo de execução) ou (b) pelo réu, *nos atos de resposta* (contestação, reconvenção e exceção) ou nas *ações incidentais de contra-ataque* (embargos à execução, embargos de terceiros, etc.).

É natural, decerto, que a jurisdição constitucional subjetiva ou incidental seja provocada normalmente pelas ações constitucionais de garantia, vale dizer, pelos conhecidos remédios constitucionais¹², em razão da celeridade e do rito sumário de seus procedimentos, que são especiais¹³. Esses

10 Todavia, nem sempre foi assim. Como bem esclarece Lúcio Bittencourt, prevalecia no Brasil a idéia de que, no controle incidental, “o lesado, em vez de atacar o ato diretamente, limita-se a se defender contra ele, se a autoridade tenta submetê-lo à sua aplicação. Pede, apenas, ao juiz, em uma demanda determinada, que, para decidir a questão *sub specie juris*, considere inexistente a lei reputada inconstitucional”. Nessa hipótese, conclui o autor, “o juiz não anula ou invalida o ato, limitando-se, apenas, a recusar-lhe aplicação a uma espécie litigiosa concreta”. De ver-se, portanto, que num primeiro momento da experiência brasileira com o controle incidental, exigia-se um comportamento passivo do interessado. No entanto, paulatinamente foi-se aceitando “que não era mister aguardar a aplicação da lei para que o lesado pudesse agir”, pois obrigar “o cidadão a aguardar que a lei seja aplicada, que a lesão tenha lugar, ou que se manifeste grave ameaça ao seu direito”, afigura-se “inteiramente contrário ao bom-senso e aos interesses de ordem jurídica”. Enfim, tem o interessado, quanto à lei inconstitucional, a faculdade de agir para evitar o dano (op. cit., p. 97, 98, 101 e 104).

11 C. A. Lúcio Bittencourt, op. cit., p. 102.

12 Os *remédios constitucionais* são os meios postos à disposição dos indivíduos e cidadãos para provocar a intervenção das autoridades competentes, visando sanar ou corrigir ilegalidades e abusos de poder praticados em prejuízo dos direitos e interesses individuais ou coletivos. Alguns desses remédios revelam-se meios de provocar a atividade jurisdicional, e, nesse caso, têm natureza de ação, constituindo as “ações constitucionais”.

13 Willis Santiago Guerra Filho bem ressalta a especificidade do processo dessas ações. Segundo o autor, o processo dessas ações constitucionais de garantia, “é *sui generis*, possuindo aspectos não só do processo de conhecimento, mas também do processo

remédios constitucionais são movidos, ora individualmente, por quem supostamente titulariza um direito fundamental, ora coletivamente, por entidades ou órgãos legitimados para atuarem na condição de substitutos processuais em favor de interesses ou direitos subjetivos assegurados aos personagens substituídos. Entre os remédios constitucionais mais utilizados no controle incidental, sobretudo no controle concreto das omissões do poder público, figuram a *ação popular*, o *mandado de segurança*, a *ação civil pública* e o *mandado de injunção*.

4. A Jurisdição Constitucional no modelo Concentrado

A jurisdição constitucional no controle concentrado logrou despontar-se no direito brasileiro, embora timidamente, a partir da Constituição de 1934, com a criação da *representação interventiva* confiada ao Procurador-Geral da República e sujeita exclusivamente à competência decisória do Supremo Tribunal Federal (art. 12, § 2º), nas hipóteses de ofensa aos princípios constitucionais consagrados no art. 7º, I, alíneas *a* a *h* da Constituição da época (ditos *princípios constitucionais sensíveis*).

Contudo, foi com a Emenda Constitucional nº 16, de 26 de novembro de 1965, que se instalou definitivamente no Brasil o controle concentrado da constitucionalidade das leis e atos normativos federais e estaduais em face da Constituição Federal, com a criação da representação genérica de inconstitucionalidade (hoje denominada ação direta de inconstitucionalidade), nos moldes do sistema europeu, de competência reservada exclusivamente ao Supremo Tribunal Federal.

A Constituição vigente ampliou e aperfeiçoou o controle concentrado, com a criação de novas ações diretas e a extensão da legitimidade para provocar a jurisdição concentrada do Supremo Tribunal Federal a outras autoridades, órgãos e entidades, além de haver acenado para a possibilidade de adoção de efeitos vinculantes nas decisões proferidas no âmbito das ações próprias

cautelar e do processo de execução. De natureza cautelar é o mandado liminar para evitar dano irreparável, que em geral comportam essas ações. Sem sofrer solução de continuidade, dá-se nos processos em que se aprecia tais ações, a execução provisória da sentença. Acima de tudo são, porém, ações cognitivas nas quais, em geral, há uma concentração do iter procedimental, por suprimida a possibilidade de produção de provas em momento especialmente destinado a isso. As provas, normalmente documentais, devem ser pré-constituídas e apresentadas já com a inicial, e a necessidade de produzi-las posteriormente, em se fazendo presente, faz com que se remeta a ação para o processamento pelo rito comum ordinário” (GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Processo Constitucional e Direitos Fundamentais*. 2ª ed. rev. amp., São Paulo: Celso Bastos Editor, 2001, p. 16).

deste sistema de controle, com o que aproximou muito o Supremo Tribunal brasileiro aos Tribunais Constitucionais europeus.

À vista desse modelo, instaura-se no Supremo Tribunal Federal uma **fiscalização abstrata** das leis ou atos normativos do poder público em confronto com a Constituição. Tal se dá em face do ajuizamento de uma **ação direta**, cujo pedido principal é a própria declaração de inconstitucionalidade ou constitucionalidade.

Assim, a questão constitucional, no controle concentrado, assume a natureza de **questão principal**, porque relacionada ao próprio objeto da demanda, distinguindo-se do controle difuso, no âmbito do qual – relembre-se – a questão constitucional se limita à mera questão prejudicial, suscitada como incidente ou causa de pedir, porém jamais como pedido. Por isso, o controle concentrado – à exceção do que ocorre na ADPF incidental¹⁴ – é provocado por via principal, com a propositura de uma ação direta, através da qual se leva ao Supremo Tribunal Federal a resolução, em tese, de uma antinomia entre uma norma infraconstitucional e uma norma constitucional, sem qualquer análise ou exame de caso concreto. O Supremo Tribunal se limita a examinar abstratamente o confronto entre as normas em tela, como medida a assegurar, objetivamente, a supremacia da Constituição.

Em face de sua nova configuração constitucional, o controle concentrado de constitucionalidade das leis ou atos normativos federais ou estaduais, de competência exclusiva do Supremo Tribunal Federal, pode ser provocado, pela via principal, por meio das seguintes **ações diretas**: (a) a *ação direta de inconstitucionalidade por ação* (**ADI por ação**); (b) a *ação direta de inconstitucionalidade por omissão* (**ADI por omissão**); (c) a *ação direta de inconstitucionalidade interventiva* (**ADI interventiva**); (d) a *ação declaratória de constitucionalidade* (**ADC**) e (e) a *arguição de descumprimento de preceito fundamental* (**ADPF**).

A Constituição de 1988, outrossim, autorizou os Estados instituírem um sistema de controle concentrado de constitucionalidade de suas leis ou atos normativos estaduais ou municipais em face de suas Constituições Estaduais, por meio da ação direta de inconstitucionalidade, tanto por ação como por omissão, de competência exclusiva dos Tribunais de Justiça, vedando apenas a legitimidade para agir a um único órgão

¹⁴ A chamada ADPF incidental, prevista no art. 1º, parágrafo único, inciso I, da Lei 9.882/99, é uma ação direta que leva ao STF o exame de uma controvérsia concreta, ocorrente em sede difusa, acerca de lesão a preceito fundamental.

(art. 125, § 2º). Ademais, ficou franqueada aos Estados a criação da ação direta de inconstitucionalidade interventiva, também de competência exclusiva dos Tribunais de Justiça, proposta pelo Procurador-Geral de Justiça, para assegurar a observância de princípios indicados na Constituição Estadual (art. 35, IV, primeira parte).

O controle concentrado-principal de constitucionalidade distingue-se fundamentalmente do controle difuso-incidental. Diz-se *concentrado*, porque só pode ser exercido pelo Supremo Tribunal Federal ou pelos Tribunais de Justiça dos Estados, e não por qualquer outro órgão do Poder Judiciário. Chama-se *principal*, porque só pode ser provocação mediante a propositura de ações especiais e diretas que veiculam as questões constitucionais como o próprio objeto ou pedido principal da demanda, e não como simples fundamento ou causa de pedir de alguma pretensão. No controle concentrado-principal de constitucionalidade, as partes legitimadas propõem ao órgão judiciário competente (Supremo Tribunal Federal ou aos Tribunais de Justiça, a depender da hipótese) uma fiscalização *abstrata* ou *em tese* da validade das leis ou atos normativos do poder público em confronto com o texto constitucional.

Não há, aqui, o desígnio voltado à resolução de alguma controvérsia ou litígio travado entre partes definidas em um caso concreto. Há, tão somente, a **defesa objetiva da Constituição**, pelo exame da compatibilidade vertical entre uma lei ou um ato normativo do poder público e a norma fundamental. No Brasil, esse controle é exclusivamente sucessivo¹⁵.

As ações especiais que suscitam o controle concentrado-principal de constitucionalidade têm natureza de ação objetiva, que instauram um processo objetivo¹⁶, por meio do qual será

15 Embora o Supremo Tribunal Federal entenda incabível o controle abstrato preventivo, já deixamos registrado o nosso entendimento, com supedâneo na melhor doutrina, favorável à sua possibilidade.

16 Na ADC n. 1-1/DF, o Relator, Min. Moreira Alves, assim asseverou: “Esta Corte já firmou o entendimento, em vários julgados, de que a ação direta de inconstitucionalidade se apresenta como processo objetivo, por ser processo de controle de normas em abstrato, em que não há prestação de jurisdição em conflitos de interesses que pressupõem necessariamente partes antagônicas, mas em que há, sim, a prática, por fundamentos jurídicos, do ato político de fiscalização dos Poderes constituídos decorrente da aferição da observância, ou não, da Constituição pelos atos normativos deles emanados” (In: Ação Declaratória de Constitucionalidade. Coords. Ives Gandra da Silva Martins; Gilmar Ferreira Mendes. São Paulo: Saraiva, 1995, p. 196). Vide J. J. Gomes Canotilho, Direito Constitucional e Teoria da Constituição, op. cit., p. 835: “O controle abstracto de normas não é um processo contraditório de partes; é, sim, um processo que visa sobretudo a ‘defesa da constituição’ e da ‘legalidade

dirimida uma questão constitucional. Não se compõe, por meio delas, qualquer conflito de interesse. Em razão de sua natureza objetiva, no processo de controle concentrado-principal de constitucionalidade das normas não há partes, não há contenda, não há disputa ou tutela de direitos subjetivos, enfim, não há pretensão resistida. Há, tão somente, já se sublinhou, a defesa objetiva da supremacia da Constituição, de interesse de toda a coletividade. Por isso mesmo, uma vez proposta a ação direta, não se admitirá desistência¹⁷. Descabe, inclusive, a arguição de suspeição¹⁸, não se permitindo, outrossim, intervenção de

democrática' através da eliminação de actos normativos contrários à constituição".

17 Lei nº 9.868/99, art. 5º: "Proposta a ação direta, não se admitirá desistência". Antes mesmo dessa lei, o Supremo já havia assentado que "dado o caráter objetivo de processo relativo à ação direta de inconstitucionalidade, a jurisprudência desta Corte já se firmou no sentido de que o requerente não pode desistir da ação proposta; a causa petendi não se adstringe aos fundamentos constitucionais invocados pelo requerente, mas abarca todas as normas que integram a Constituição Federal; pode-se prescindir das informações dos Poderes ou órgãos de que emanou o ato normativo impugnado; não se admite a assistência; não é cabível ação rescisória" (ADC n. 1-1/DF, Rel. Min. Moreira Alves. In: Ação Declaratória de Constitucionalidade. Coords. Ives Gandra da Silva Martins; Gilmar Ferreira Mendes. São Paulo: Saraiva, 1995, p. 197). 18 ADI 2.321-MC, Rel. Min. Celso de Mello, DJ 10/06/05: "Fiscalização normativa abstrata — processo de caráter objetivo — inaplicabilidade dos institutos do impedimento e da suspeição — conseqüente possibilidade de participação de Ministro do Supremo Tribunal Federal (que atuou no TSE) no julgamento de ação direta ajuizada em face de ato emanado daquela alta corte eleitoral. O Presidente do Tribunal Superior Eleitoral, embora prestando informações no processo, não está impedido de participar do julgamento de ação direta na qual tenha sido questionada a constitucionalidade, in abstracto, de atos ou de resoluções emanados daquela Egrégia Corte judiciária. Também não incidem nessa situação de incompatibilidade processual, considerado o perfil objetivo que tipifica o controle normativo abstrato, os Ministros do Supremo Tribunal Federal que hajam participado, como integrantes do Tribunal Superior Eleitoral, da formulação e edição, por este, de atos ou resoluções que tenham sido contestados, quanto à sua validade jurídica, em sede de fiscalização concentrada de constitucionalidade, instaurada perante a Suprema Corte. Precedentes do STF. Os institutos do impedimento e da suspeição restringem-se ao plano exclusivo dos processos subjetivos (em cujo âmbito discutem-se situações individuais e interesses concretos), não se estendendo nem se aplicando, em conseqüência, ao processo de fiscalização concentrada de constitucionalidade, que se define como típico processo de caráter objetivo destinado a viabilizar o julgamento, em tese, não de uma situação concreta, mas da validade jurídico-constitucional, a ser apreciada em abstrato, de determinado ato normativo editado pelo Poder Público." Vide, também, AdinMca 1354-8, Rel. Min. Maurício Corrêa, j. 07.02.96. Todavia, no que tange à arguição de impedimento, esta é possível se o magistrado houver atuado no processo como requerente, requerido, Advogado-Geral da União ou Procurador-Geral da República (RTJ 146:3 e 147:719). Assim, vide [ADI 4](#), Rel. Min. Sydney Sanches, DJ 25/06/93: "Ministro que oficiou nos autos do processo da ADIN, como Procurador-Geral da República, emitindo parecer sobre medida cautelar, está impedido de participar, como membro da Corte, do julgamento final da ação."

terceiros¹⁹, por qualquer de suas modalidades²⁰. Ressalte-se, porém, que é possível a assistência entre os próprios legitimados ativos, com exceção daquele legitimado que, eventualmente, esteja figurando, no processo concreto, como parte ré²¹. E, finalmente, não comporta ação rescisória²².

É importante também enfatizar, que nas ações objetivas do controle concentrado-principal, o órgão judiciário competente, apesar de encontrar-se condicionado pelo pedido²³, não fica preso ou limitado à causa de pedir apontada pelos legitimados. De fato, no controle abstrato da constitucionalidade dos atos normativos do poder público, o pedido delimita o objeto da ação, de modo que o Supremo Tribunal Federal (ou os Tribunais de Justiça dos Estados, se se tratar de controle das leis ou atos municipais ou estaduais em face da Constituição Estadual) só pode apreciar os atos normativos questionados. Mas, por outro lado, o órgão judiciário competente é livre para examinar as normas constitucionais que hão de servir de parâmetro da fiscalização da constitucionalidade, não estando, portanto, condicionado pelos fundamentos do pedido, deduzidos pelo requerente, tendo em vista que a causa de pedir, nas ações diretas, é *aberta*²⁴.

19 Lei nº 9.868/99, art. 7º: “Não se admitirá intervenção de terceiros no processo de ação direta de inconstitucionalidade”. O STF já vinha decidindo nesse sentido (conferir: ADIN 1254-MC, Rel. Min. Celso de Mello, j. em 14.08.96, DJU de 19.09.97). Porém, no § 2º desse artigo, dispõe a lei que: “O relator, considerando a relevância da matéria e a representatividade dos postulantes, poderá, por despacho irrecorrível, admitir, observado o prazo fixado no parágrafo anterior, a manifestação de outros órgãos ou entidades”.

20 O STF já vinha decidindo que o “instituto da oposição (CPC, arts. 56/61), por restringir-se ao plano exclusivo dos processos subjetivos em cujo âmbito discutem-se situações individuais e interesses concretos, não se estende e nem se aplica ao processo de fiscalização abstrata de constitucionalidade” (ADIN 1350, Rel. Min. Celso de Mello, j. em 27.06.95).

21 Conferir, a propósito, a ADIN 807-2 (QO), Rel. Min. Celso de Mello, j. em 27.05.93, DJU de 11.06.93.

22 Lei nº 9.868/99, art. 26: “A decisão que declara a constitucionalidade ou a inconstitucionalidade da lei ou do ato normativo em ação direta ou em ação declaratória é irrecorrível, ressalvada a interposição de embargos declaratórios, não podendo, igualmente, ser objeto de ação rescisória”.

23 Cuida-se do princípio do pedido. Ver BERNARDES, Juliano Taveira. *Controle Abstrato de Constitucionalidade: elementos materiais e princípios processuais*. São Paulo: Saraiva, p. 402.

24 ADI 561-MC, Rel. Min. Celso de Mello, DJ 23/03/01: “O Supremo Tribunal Federal não está condicionado, no desempenho de sua atividade jurisdicional, pelas razões de ordem jurídica invocadas como suporte da pretensão de inconstitucionalidade deduzida pelo autor da ação direta. Tal circunstância, no entanto, não suprime à parte o dever processual de motivar o pedido e de identificar, na Constituição, em obséquio ao princípio da especificação das normas, os dispositivos alegadamente violados pelo ato normativo que pretende impugnar. Impõe-se ao autor, no processo de controle concentrado de constitucionalidade, sob pena de não-conhecimento da ação direta, indicar as normas de referência — que são aquelas inerentes ao ordenamento constitucional e que se revestem, por isso mesmo, de parametricidade — em ordem a viabilizar a aferição da conformidade vertical dos atos normativos infraconstitucionais.”.

Assim, não está a Suprema Corte adstrita à fundamentação jurídica invocada na ação direta, cabendo-lhe, pois, examinar a constitucionalidade das normas atacadas em face de toda a Constituição Federal. Isto quer dizer que, embora cumpra ao proponente da ação direta proceder à abordagem específica (logo, não poderá fazê-lo de forma genérica), sob o ângulo da causa de pedir, das normas constitucionais violadas, o certo é que, na linha da jurisprudência pacífica do STF²⁵, nas ações diretas, cujo processo é objetivo, a *causa petendi* pode ser desconsiderada e substituída por outra, por iniciativa do próprio Tribunal.

Para além disso, ainda em face da natureza objetiva do processo abstrato de controle da constitucionalidade dos atos normativos, as ações diretas têm natureza dúplice. Isto significa que, julgando improcedente o pedido e sendo, por conseguinte, rejeitada a inconstitucionalidade ou a constitucionalidade invocada, o Supremo Tribunal Federal deverá declarar a constitucionalidade ou a inconstitucionalidade do ato normativo questionado²⁶.

Enfim, cada uma das ações diretas desempenha uma função importante no contexto da defesa objetiva da Constituição. Num panorama geral, e relativamente à **ADI por ação** e à **ADC**, cumpre esclarecer que, enquanto na ação direta de inconstitucionalidade por ação busca-se *eliminar* do sistema uma lei ou ato normativo em contraste com a Constituição, com a pronúncia de sua inconstitucionalidade, na ação declaratória de constitucionalidade, por outro lado, procura-se a *preservação* de uma lei ou ato normativo federal, cuja inconstitucionalidade está sendo suscitada na via difusa, com a declaração de sua constitucionalidade.

Já no que toca à **ADI por ação** e à **ADI por omissão**, a diferença reside no fato de a primeira destinar-se a *suprimir* (invalidar) a norma lesiva a Constituição e a segunda a *suprir* a omissão ou ausência da norma ou de medida necessária para tornar efetiva norma constitucional.

Ademais, a **ADI interventiva** distingue-se da **ADI genérica** (por ação ou por omissão), em razão da primeira preordenar-se a sancionar politicamente o Estado (ou Distrito Federal), com a

25 AdinMca 1358-DF, Rel. Min. Sydney Sanches, DJU de 26.04.1996; AdinMca 1606-SC, Rel. Min. Moreira Alves, DJU de 31.10.1997.
26 A Lei nº 9.868/99, art. 24, assim dispõe: "Proclamada a constitucionalidade, julgar-se-á improcedente a ação direta ou procedente eventual ação declaratória; e, proclamada a inconstitucionalidade, julgar-se-á procedente a ação direta ou improcedente eventual ação declaratória".

intervenção federal e a consequente supressão de sua autonomia política, pela não observância dos chamados princípios constitucionais sensíveis.

Por fim, a novel **ADPF** não se confunde com as demais ações diretas, por ostentar, relativamente a estas, um caráter subsidiário, além de se limitar à defesa das normas constitucionais que se qualificam como preceitos fundamentais.

5. Considerações finais

Sem dúvida alguma, o sistema misto de jurisdição constitucional consagrado no Brasil se revela de extrema e destacada importância, na medida em que possibilita a defesa da Constituição e dos Direitos Fundamentais tanto à vista de casos concretos, por iniciativa de qualquer pessoa lesada em seu direito e perante qualquer órgão judicial (modelo difuso), como diante de uma fiscalização abstrata ou em tese da antinomia entre uma norma infraconstitucional e uma norma constitucional, de responsabilidade de uma suprema corte (modelo concentrado).

Contudo, o modelo difuso de jurisdição constitucional, conquanto não revele uma autêntica jurisdição constitucional para os padrões adotados no continente europeu, se desponta como mais exato e capaz de produzir decisões justas, tendo em vista que leva em consideração as circunstâncias fáticas que envolvem os casos concretos.

6. Referências bibliográficas

APPIO, Eduardo. *Controle de Constitucionalidade no Brasil*. Curitiba: Juruá Editora, 2005.

BACHOF, Otto. *Jueces y Constitución*. Madrid: Civitas, 1987.

_____. *Normas Constitucionais Inconstitucionais?* Trad. José Manuel M. Cardoso da Costa. Coimbra: Almedina, 1994.

BARACHO, José Alfredo de Oliveira. *Processo Constitucional*. Rio de Janeiro: Forense, 1984.

BARBOSA, Ruy. *Comentários à Constituição Federal brasileira*. (coligidos e ordenados por Homero Pires). São Paulo: Saraiva, 1933.

_____. *Obras completas de Rui Barbosa*. Rio de Janeiro: Secretaria da Cultura-Fundação Casa de Rui Barbosa, 1991, 19 v..

BARROSO, Luís Roberto. *O Controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2004.

BASTOS, Celso Ribeiro; MARTINS, Ives Gandra. *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva, 9 v..

_____. 'Argüição de Descumprimento de Preceito Fundamental e Legislação Regulamentadora'. In: TAVARES, André Ramos; ROTHENBURG, Walter Claudius (orgs.). *Argüição de descumprimento de preceito fundamental: análise à luz da Lei n° 9.882/99*. São Paulo: Atlas, p. 77-84, 2001.

BERNARDES, Juliano Taveira. *Controle Abstrato de Constitucionalidade: elementos materiais e princípios processuais*. São Paulo: Saraiva, 2004.

BITTENCOURT, C. A. Lúcio. *O Contrôlo Jurisdicional da Constitucionalidade das leis*. Rio de Janeiro: Forense, 1949.

BINENBOJM, Gustavo. *A Nova Jurisdição Constitucional Brasileira: Legitimidade democrática e instrumentos de realização*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 3ª ed., Coimbra: Almedina, 1997, 1351 p..

CAPPELLETTI, Mauro. *O Controle Judicial de Constitucionalidade das Leis no Direito Comparado*. 2ª ed., trad. Aroldo Plínio Gonçalves, Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1992.

CAVALCANTI, Themístocles Brandão. *Do controle da constitucionalidade*. Rio de Janeiro: Forense, 1966.

CLÈVE, Clèmerson Merlin. *A fiscalização abstrata da constitucionalidade no Direito brasileiro*. 2ª ed. rev. atual. amp., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000, 414 p..

CUNHA JÚNIOR, Dirley da. *Curso de Direito Constitucional*. 17^a ed., Salvador: Editora Juspodivm, 2023.

_____. *Controle de Constitucionalidade*. 11^a ed rev atual e amp. Salvador: Juspodivm, 2022.

_____. *Controle Judicial das Omissões do Poder Público: em busca de uma dogmática constitucional transformadora à luz do direito fundamental à efetivação da Constituição*. 2^a Ed., São Paulo: Saraiva, 2007.

_____. 'A intervenção de terceiros no processo de controle abstrato de constitucionalidade – A intervenção do particular, do co-legitimado e do *amicus curiae* na ADIN, ADC e ADPF, *In: DIDIER JR., Fredie; WAMBIER, Tereza Arruda Alvim (Coords.), Aspectos polêmicos e atuais sobre os terceiros no processo civil e assuntos afins*, p. 149-167, 2004.

_____. 'Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental', *In: DIDIER JR., Fredie (Org.), Ações Constitucionais*, Salvador: Edições JusPodivm, p. 429-500, 2006.

ENTERRÍA, Eduardo García de. *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*. 3^a ed. reimp., Madrid: Civitas, 2001, 257 p..

FAVOREU, Louis. *Los tribunales constitucionales. La jurisdicción constitucional en iberoamerica*. Madrid: Dykinson, 1997.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Processo Constitucional e Direitos Fundamentais*. 2^a ed. rev. amp., São Paulo: Celso Bastos Editor, 2001, 153 p..

MARTINS, Ives Gandra da Silva; MENDES, Gilmar Ferreira. *Controle Concentrado de Constitucionalidade: Comentários à Lei n. 9.868, de 10-11-1999*. São Paulo: Saraiva, 2001.

MEDEIROS, Rui. *A decisão de inconstitucionalidade*, Lisboa: Universidad Católica editora, 1999.

MENDES, Gilmar Ferreira. *Jurisdição constitucional: o controle abstrato de normas no Brasil e na Alemanha*. 3^a ed., São Paulo: Saraiva, 1999, 328 p..

MIRANDA, Jorge. *Contributo para uma Teoria da Inconstitucionalidade*. Coimbra: Coimbra Editora, 1996.

POLLETI, Ronaldo. *Controle da constitucionalidade das leis*. Rio de Janeiro: Forense, 1985.

SÁNCHEZ, José Acosta. *Formación de la Constitución y Jurisdicción Constitucional: fundamentos de la democracia constitucional*. Madrid: Tecnos, 1998.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. São Paulo: Malheiros.

ACÇÃO CONSTITUCIONAL DE IMPUGNAÇÃO DE MANDATO ELETIVO

Edvaldo Brito *

I – INTRODUÇÃO

A Constituição da República Federativa do Brasil, promulgada em 05 de outubro de 1988, sistematiza os *direitos e as garantias fundamentais*, positivando-os em quatro capítulos:

- I – dos direitos e deveres individuais e coletivos;
- II - dos direitos sociais;
- III -da nacionalidade;
- IV -dos *direitos políticos*.

As *garantias fundamentais*, nesse contexto normativo, têm, por índole, a natureza de *direitos fundamentais*, porque são os instrumentos outorgados, pela própria Constituição, ao sujeito para tutelar as *prerrogativas*, todas — “*direitos e garantias fundamentais*” — assim, compondo a categoria dos *direitos subjetivos públicos*.

Direito subjetivo público é a faculdade — que tem como *fonte* a Constituição — concedida ao sujeito para agir, praticando, portanto, atos na “vida de relação”.

Essa *fonte* encontra-se nos *preceitos* estabelecidos nos arts. 5º a 17 do texto normativo *magno* de 05 de outubro de 1988.

Este texto enseja ricas considerações sobre o seu conteúdo normativo, considerando-se que uma *norma jurídica* é um *discurso* que consiste em uma *linguagem objeto* elaborada em um certo momento para repercutir no futuro, quando as circunstâncias irão determinar uma *metalinguagem* muito precisa e compatível com essas circunstâncias.

A norma constitucional, por outro lado, é, *estruturalmente*, idêntica às demais normas jurídicas, porém, é diferente quanto

*Professor Emérito da Universidade Federal da Bahia, em cuja Faculdade de Direito leciona nos cursos de Mestrado e de Doutorado. Professor Emérito da Universidade Presbiteriana Mackenzie (São Paulo). Doutor e Livre-Docente pela Universidade de São Paulo – USP, em cuja Faculdade de Direito foi aprovado em dois concursos para Professor Titular de Legislação Tributária e para Professor Titular de Direito Civil. Mestre em Direito Econômico pela Universidade Federal da Bahia. Autor de livros e de artigos especializados.

à *eficácia*, à *aplicabilidade*, à *efetividade*, à *interpretação*, à *integração*, além de comportar uma *hierarquização* que se desdobra em:

- Preceitos
- Princípios
- Normas simples

Toda norma constitucional é *eficaz* porque ao ser promulgada gera *efeitos*, impedindo, de logo, o legislador infra constitucional de dispor em contrário, ainda que a norma careça de *integração* mediante a emissão de outra, nesse nível subalterno, ensejando uma classificação buscada em VEZIO CRISAFULLI, popularizada, entre nós, por JOSÉ AFONSO DA SILVA²:

- I - normas constitucionais de *eficácia plena* e de *aplicabilidade direta, imediata e integral*;
- II - normas constitucionais de *eficácia contível* e de *aplicabilidade direta, imediata, mas, não integral*;
- III - normas constitucionais de *eficácia limitada e de aplicabilidade indireta, mediata e reduzida*.

Reitere-se: a norma constitucional é *eficaz*; o problema consiste na *aplicabilidade* que é a qualidade que uma norma tem de incidir. E a norma, somente, pode incidir se ela é *eficaz*, se ela gera *efeito*. Daí a classificação ser feita, de um lado quanto à *eficácia* e de outro, quanto à *aplicabilidade*.

Assim se a *eficácia* é *plena*, os efeitos são irradiados imediatamente, à edição da norma. Se é *contível*, os efeitos, também, são irradiados, imediatamente, mas, poderão ser *contidos* pelo legislador infraconstitucional, nas condições autorizadas pelo constituinte. Já a *eficácia limitada*, embora esteja irradiando efeitos inibidores de disposições em contrário, tem a *aplicabilidade* mediata porque a norma constitucional, assim, categorizada, pede uma lei futura que regule seus limites, mas, nada impede, exatamente, por ser *eficaz* que o juiz aplique-a quando se configure situação correspondente ao seu *relato*.

Essa Doutrina italiana inclui, entre as normas de *eficácia limitada*, aquelas que a Doutrina tradicional denomina de *programáticas*, quando o seu conteúdo represente,

2 - cf. Aplicabilidade das normas constitucionais. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 1968, p.75 e segs. BRITO, Edvaldo. Limites da revisão constitucional. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor. 1993, ps.57 e segs.

verdadeiramente, *programas de ação social* (econômica, religiosa, cultural, etc).

A discordância, aqui, quanto a esse aspecto da classificação é porque o pensamento exposto neste trabalho é o de que todas as normas constitucionais têm *juridicidade*, irradiam *efeitos*, sendo inadmissíveis que versem sobre matéria ético-social, sem *juridicidade*.

A *eficácia* e a *aplicabilidade* dessas normas chamadas de *programáticas* envolvem, apenas, a questão das *leis integrativas*, para a sua *aplicabilidade*, mas, elas são *eficazes*, como o são as demais.

Toda norma constitucional de *eficácia plena* não precisa de nenhuma *lei integrativa* para ser *aplicável*.

Toda norma de *eficácia contível* ou de *eficácia limitada* carece de *lei integrativa*.

A distinção é que na *contível*, a *lei integrativa* é para lhe reduzir a *aplicabilidade* que, até o seu surgimento, está sendo *integral*. É evidente que, também, pode não reduzir. Só não pode, porém, é aumentar; é óbvio que, na *eficácia limitada*, a *lei integrativa* é toda necessária, porque, sem ela, ainda, não se pode dar *aplicabilidade* à norma, salvo se acontecer o fato descrito pela norma constitucional, hipótese em que o aplicador há de fazê-la incidir, diretamente, face a sua natureza *eficaz*, fonte de *direitos subjetivos públicos*.

A *eficácia* não se compadece com a falta de *lei integrativa* porque isto não impede essa *aplicação direta* da norma constitucional, tanto mais a partir do texto de 1988 o qual lista, entre os *direitos subjetivos públicos*, o de impetrar *mandado de injunção* (art. 5º, LXXI) toda vez que a falta de *lei integrativa* esteja impedindo que o seu titular exerça os direitos e liberdades que a Constituição lhe outorga, bem assim as prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania.

O *mandado de injunção* resolve a questão da *aplicabilidade* das normas constitucionais, na medida em que não haja *lei integrativa* e a pessoa, titular do *direito subjetivo*, esteja impedida de exercê-lo por causa dessa inercia legislativa. O juiz, concedendo o *mandado*, não substitui o legislador, mas, sim, aplica, *diretamente*, a norma constitucional *fonte imediata* desse direito.

O sistema jurídico brasileiro não admite que haja norma constitucional com conteúdo, simplesmente, ético-social, sem

qualquer *juridicidade*: norma *programática*, no sentido tradicional de um enunciado ético-social, o que implicaria em negar a convenção acerca dos *princípios* construídos pela Teoria da Constituição referentes à *eficácia* e à *aplicabilidade* das *normas* constitucionais.

Uma Constituição, quando é promulgada, contem *normas*, (*preceitos*, *princípios* e *normas simples*) que, de logo, irradiam efeitos (*princípio da eficácia*) que poderão ser aplicados, conforme já descrito nas linhas anteriores.

E as normas jurídicas *infraconstitucionais* preexistentes serão recebidas por ela (*princípio da recepção*), podendo continuar a serem aplicadas, se não conflitarem com o seu conteúdo, face à sua natureza de *preceito* de hierarquia superior; até porque esse conflito não se presume, há de ser *declarado* pela *jurisdição constitucional*.

Esses *princípios* são aplicáveis para evitar que uma Constituição, ao ser promulgada, gere o caos entre si e as normas jurídicas que lhe são inferiores ou entre estas, em si.

A promulgação não passa uma borracha em todas essas normas subalternas, mas — por não admitir que estas, se conflitantes com ela, pudessem ser aplicadas até que se emitissem as compatíveis — estatui mecanismos que garantem a *aplicabilidade* da própria norma constitucional se a sua *facti species* concretiza-se.

Essa construção da Teoria da Constituição impede aceitar-se que, *eficazes* como o são, as normas promulgadas não tenham *aplicabilidade* por falta de *lei integrativa* ou que se apliquem as normas *infraconstitucionais* preexistentes conflitantes com as constitucionais novas.

São esses *princípios*, enfim, postulados objetivos de hermenêutica constitucional, sinalizando, sempre, para as *interpretações conforme as aspirações sociais* ou para a inexistência de *conflitos* (antinomia) ou de *lacunas* no tecido normativo, mantida a convenção sobre a *juridicidade* da norma constitucional que é, indubitavelmente, norma jurídica.

Não se pode negar juridicidade a norma jurídica constitucional.

A Constituição tem como objetivo, também, criar os órgãos superiores do Estado e definir as suas funções de fixar o conteúdo dos *direitos do cidadão* frente ao Estado (*direitos civis*) e os seus

direitos de participação na formação e execução da vontade do Estado (*direitos políticos*).

A Teoria da Constituição identifica esta *lei magna* como repositório de *direitos fundamentais*, dos quais o homem é titular, como um *ser* dessa sua natureza (humana) e os quais direitos revelam-se, de modo imediato, à *razão* e, assim, são reconhecidos pelo Estado, enquanto coordenador da *sociedade civil*, por *legitimação* desta. São direitos *inatos*.

A *norma*, inserida na Constituição para disciplinar a ação judicial, aqui, sob comento, é um *preceito*, considerando tratar-se de uma ordem decorrente de uma regra de maior *densidade* e *especificidade* do que um *princípio*, embora este seja, também, uma norma-base caracterizadora de um *gênero*, por isso, geradora de *espécies*.

A *densidade* é *sedes materiae*, porque se insere no campo de regulação da *soberania popular*, espaço que não suporta qualquer vício na pureza de sua característica de *legitimação* dos *direitos políticos*, base do exercício da representação do *poder* que emana do povo.

II – DIREITOS POLÍTICOS COMO DIREITOS FUNDAMENTAIS

A Constituição estabelece os *direitos políticos* como uma espécie dos *direitos fundamentais*. É o Capítulo IV do seu Título II.

Eles constituem prerrogativa da *cidadania* cuja pedra de toque é a *soberania popular*, a qual tem o seu conteúdo, constitucionalmente, definido:

- Sufrágio universal;
- Voto direto e secreto;
- Plebiscito
- Referendo;
- Iniciativa popular;
- Ação judicial de impugnação de mandato eletivo.

A Constituição, assim, distingue, na *soberania*, a *nacional* da *popular*.

A *soberania* é o primeiro dos fundamentos da República e da Federação brasileiras.

A exata compreensão dessa categoria está em que se trata de uma *autoridade superior* expressa pelo poder que identifica o Estado, como tal.

A Doutrina tradicional conceituava-a como *una, indivisível, inalienável e imprescritível*, o que não admitia a existência de uma *soberania popular*. Mas, o equívoco desse pensamento está em não reconhecer que essa *autoridade superior*, expressão do *poder político*, reside na *Nação* que significa o contingente humano traduzido pela *sociedade civil* legitimadora do pequeno grupo que ela escolhe para o exercício direto dessa *autoridade superior*, ou seja, em que se constitui a *sociedade política*.

A Constituição brasileira não divide a *soberania*; apenas, rompe com a ideia abstrata de *soberania*, para concretizá-la na sua parte conceitual mais saliente, mediante a caracterização de que a *soberania* é a *Nação, politicamente, organizada*; assim, o Estado é a parte estrutural da *Nação* ou da *soberania*.

O exposto evidencia que esse caráter do “*politicamente organizada*” é fruto da imbricação dos dois primeiros fundamentos da *República* e da *Federação* brasileiras: a *soberania popular* — parte não incidível da *soberania* — e a *cidadania*.

O conteúdo, constitucionalmente, definido da *soberania popular* inaugura-se com o *sufrágio universal* que consiste no pleno direito de votar e ser votado de todos cidadãos *elegíveis*. Este conceito de *sufrágio universal* é necessário para o entendimento da ação judicial, a AIME, como se demonstrará, adiante, neste texto.

Incluem-se, desta forma, homens, mulheres de todas as etnias; o voto é *obrigatório*, para os maiores de dezoito anos e *facultativo*, para: os analfabetos; os maiores de setenta anos; os maiores de dezesseis e menores de dezoito anos. Isto porque, houve tempo no qual se excluía os sem teto; padres e membros de ordens religiosas; militares de baixo escalão; mulheres; pessoas com situação financeira menor do que certo valor; analfabetos, estes, hoje, ainda, inelegíveis.

O *voto direto e secreto, com valor igual para todos* insere a democracia brasileira na característica *representativo-participativa*.

A *representação* dá-se mediante a escolha do *mandatário*, pelo voto dessa natureza, igual para todos os eleitores, inclusive, não importando o potencial econômico diverso de cada região.

A *participação* ocorre mediante o exercício *direto* do poder, pelo povo, nas modalidades: *plebiscito*, *referendo*, *inciativa popular* e, pela sua natureza constitucional, deve ser incluída a *ação judicial de impugnação de mandato eletivo*, sem prejuízo de outros instrumentos de natureza diversa como o *recurso processual*, acima referido.

IIa – Direito Fundamental. Noção

O *direito fundamental* não é da titularidade individual de um sujeito, mas, sim, um instrumento do exercício da *função social* que lhe incumbe, enquanto um *ser* que convive na sociedade contemporânea para, assim, dar significação à liberdade, à propriedade, à associação, à responsabilidade.

Disso, conclui-se que qualquer *direito* é *humano*, portanto, é descabida a dicotomia *direito fundamental* versus *direito humano*. Trata-se de uma única categoria.

Socorre-se, aqui, novamente, do *egologismo existencial* de CARLOS COSSIO com a concepção que se orienta pelo *objeto* (a *conduta humana em sua interferência intersubjetiva*), porque a norma não contém mando nenhum; “a norma simplesmente diz que dado o fato da liberdade civil de uma pessoa, deve ser o fato de não matar e dado o fato de matar deve ser o fato de sua prisão. O objeto, assim representado, é a conduta humana. A norma enquanto objeto, é um conceito, quer dizer, um objeto lógico e não um objeto real; o objeto real, representado, intelectualmente, por esse conceito, é certa conduta humana”³.

A norma, nesses termos, é o pensamento de uma conduta em liberdade; é a estrutura lógica da experiência jurídica; é a classe típica de conceitos de que se utiliza o jurista para mencionar a realidade jurídica no conhecimento científico ou, o que é o mesmo, é o modo de juízo com que opera seu intelecto ao formar aqueles conceitos.

Faz, então, *valoração jurídica* e é esta que leva ao reino dos *objetos culturais*: “é o sentido de um objeto egológico, como razão do dito objeto; é o sentido de uma *conduta humana em sua interferência intersubjetiva*. Aqui, a atitude que cabe ao jurista para apreender este dado por compreensão, também, é uma

3 - cf. COSSIO, Carlos. La teoría egológica del derecho y el concepto jurídico de libertad. 2ª ed. Buenos Aires. 1964 p. 531. La valoración jurídica y la ciencia del derecho. Buenos Aires. Ediciones Arayú. 1954 p.61.

adequação necessária e fixa: uma interpretação pré-normativa, base que o faz obter, sob método empírico-dialético, a estimativa positiva do Direito”.

Por sua vez, seguido esse método, o conteúdo dogmático da experiência jurídica, leva aos mais diversos objetos, os quais estão, efetivamente, mencionados por imputação normativa tais como os *objetos ideais* quando a norma menciona algarismos como na prescrição ou nas legítimas hereditárias; os *objetos lógicos* como a analogia; os *objetos naturais* como o ano civil, o ano solar, ou como as doenças profissionais no campo do direito do trabalho; os *objetos culturais* como decorre da referência aos bons costumes.

O exposto faz crer que a norma alude a esses *objetos* e, portanto, a dados da *experiência* jurídica, razão pela qual vale adotar metodologia no estudo do Direito, que a tenha como um dos seus elementos, para evitar a “*teoria de acho*”⁴, mas sem optar pelo exagero de adotar somente as abstrações lógicas, dado que a vida do Direito não é a lógica, mas a experiência⁵.

O exposto, afinal, faz crer que descabe a dicotomia *direito fundamental e direito humano*, da qual se concluiria que o *direito fundamental* é o *direito humano* positivado na Constituição, isto porque há um conjunto de sentimentos ou de tendências, formando uma consciência coletiva, da importância de certas prerrogativas que, na *interferência intersubjetiva do homem*, são normatizadas por uma questão de pedagogia social, mostrando uma concepção de vida dentro dos ideais de uma educação universal.

A *Constituição Jurídica* pensa a *conduta humana na sua interferência intersubjetiva* no plano dos valores designativos da *dignidade da pessoa humana*, no sentido de que o homem, em razão de ser homem, têm de exercer essas prerrogativas invioláveis.

A Doutrina considera a *universalidade* do valor do *direito fundamental*, ao ponto de reservar-lhe a condição de *objeto* da Teoria da Constituição pelos elementos modernos que a integram nesse nosso tempo.

4 - cf. BRITO, Edvaldo. Limites da revisão constitucional. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1993, p.12

5 - cf. Ch. PERELMAN, prefácio à “Introducción a la lógica jurídica”, edição francesa de 1965, de Georges Kalinowski. Buenos Aires, EUDEBA. 1973. Sobre o tema, leia-se MIGUEL REALE “O Direito como experiência”. Introdução à epistemologia jurídica”. 2ª ed. São Paulo. Saraiva. 1992.

O *constitucionalismo*, contemporaneamente, expressa “ideia-força” típica dessa quadra, em que a *soberania popular* é exercida com destaque, tendo como *substrato* e, ao mesmo tempo, como *sentido*, a *cidadania*.

Aspirações da sociedade, que configuram *elementos* clássicos da Teoria da Constituição, convivem com esses *valores* e com os que se apelidam de modernos, mas, que consistem em *direitos fundamentais* que são versões daqueles *valores*. Tais são: o direito de manifestação da sociedade civil; o direito de resistência; o *pluralismo político* e o jurídico; os novos contornos da desobediência civil.

Convivem esses elementos modernos com os clássicos configurados no direito à vida, à liberdade, à segurança, à propriedade, verdadeiros gêneros dos *direitos*, das *garantias* e dos *deveres fundamentais*, todos eles, aliás, tendo como vector o *direito a igualdade*, pois, a cláusula relativa a *igualdade* diante da lei vem em primeiro lugar na lista dos direitos e garantias como a Constituição Jurídica brasileira assegura, não por acaso ou arbitrariamente, mas, porque o *princípio da igualdade* rege todos os direitos em seguida a ele enumerados. E assim o pensamento aceitável de FRANCISCO CAMPOS que chegou a demonstrar que a regra que veicula tal *princípio* deve ser lida como se, assim, estivesse escrita: “a Constituição assegura com *igualdade* os direitos concernentes à vida, à liberdade, à segurança individual e à propriedade, nos termos seguintes”...⁶.

A lista desses *direitos fundamentais* extrapola de um rol que se possa fazer em uma única lei constitucional, por isso que — longe de serem *numerus clausus* — Tratados e outros Acordos Internacionais são, também, seus repositórios e são da mesma eficácia normativa, como o determina, por exemplo, o §2º do art. 5º da Constituição brasileira de 1988.

Cada signo dessa *linguagem* técnica tem de ser, rigorosamente, delimitado no seu conteúdo semântico a fim de não comprometer a cientificidade do tratamento desses elementos.

A circunstância de essas prerrogativas constarem de uma lista em um documento normativo — por exemplo, uma *Constituição Jurídica* — não significa que, somente, assim, a proteção do indivíduo faça-se perante seu próprio Estado ou perante um Estado estrangeiro.

6 - cf. Direito constitucional, vol. II, Rio de Janeiro, Livraria Freiras Bastos S.A., 1956, p.12.

Há que se contemplar uma evolução que, contudo, não autoriza classificar essas prerrogativas em *gerações*, porque, assim, erradamente, poder-se-ia imaginar um esgotamento em cada descendência. Essa concepção poderá servir, apenas, para entender que essas prerrogativas, à medida em que, *na interferência intersubjetiva do homem*, são normatizadas por uma questão de pedagogia social, produzem outras semelhantes, ao mostrarem uma concepção de vida dentro dos ideais de uma educação universal.

É assim que todas as *Constituições Jurídicas* do pós-segunda-guerra mundial disciplinam essas prerrogativas, buscando a proteção do cidadão, portanto, a proteção do homem social e não, somente, do homem, individualmente, considerando-se, com DUGUIT⁷, que todo indivíduo tem na sociedade, não, propriamente, um *direito subjetivo individual*, mas uma certa *função social* a cumprir.

Proscree-se o *individualismo jurídico*, tanto no regime do direito privado, quanto no público.

Aqui, cabe a concepção de ALEXY⁸ sobre o sistema de posições jurídicas fundamentais, na categoria por ele chamada de *direitos a algo*, cuja estrutura fundamental, ele, Alexy, classifica em dois tipos: os *direitos a ações negativas* e os *direitos a ações positivas*.

Os *direitos a ações negativas*, como ele próprio faz a similitude, são direitos de defesa, quando positivados; eles impedem o Estado de praticar atos, em contrário do que está estatuído nessa positivação, então, o Estado deve, aí, propiciar ao sujeito as condições para concretizar esses *direitos*. Os exemplos na nossa Constituição estão nos arts. 6º e 7º, portanto, uma lista desses *direitos de ações negativas*.

Mas, ele fala dos *direitos a ações positivas*, que são os direitos de atuação do Estado, aí, nós temos, na concepção dele, a *ação positiva fática* e a *ação positiva normativa*.

A *ação positiva fática* constitui os direitos a *prestações* do Estado e a *ação positiva normativa* constitui os direitos a atos estatais de imposição de normas como aquelas que são

7 - cf. DUGUIT, León. Las transformaciones del derecho (público y privado). Buenos Aires: Editorial Heliasta S.R.L. 1975, p.178 e segs.

8 - cf. ALEXY, Robert. Teoría de los derechos fundamentales. Madrid. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. 2001, pp.186 e segs.

indispensáveis ao exercício para a proteção do âmbito de liberdade assegurado pelo *direito fundamental*; aqui, se encontram os direitos a *prescrições*.

Há no meu livro “*Reflexos Jurídicos da Atuação do Estado no Domínio Econômico*” a explicação de que as *prestações* constituem a atividade de atendimento das *necessidades da assistência vital*; já as *prescrições* constituem a intervenção autoritária do Estado na vida do particular para exercer o *arbitrio conformador*⁹.

IIb – Direito Fundamental. Características

- 1º - direito natural;
- 2º - direito subjetivo público;
- 3º - direito coletivo;
- 4º - direito indivisível.

Direito natural porque ele integra o patrimônio do ser humano uma vez que é elemento constitutivo de sua *dignidade*.

Direito subjetivo público, porque, em razão de sua *fonte*, que é, sempre, ou a Constituição, — quando ele é positivado — ou é um ato do direito internacional — por exemplo, tratados e convenções internacionais — esse direito é exercido de modo oponível a qualquer *destinatário* desse exercício, na ideia de autoridades que têm que aplicá-los e tutelá-los; ou estas autoridades e os sujeitos que têm de observá-los ou que se podem servir dessas normas¹⁰.

Direito coletivo quando assume a natureza de *função social*: a sua titularidade cabe aos órgãos que exercem controle social em nome da *sociedade civil*; são os direitos econômicos, direitos sociais, direitos de solidariedade, direito à *fraternidade*, este, um dos *valores* supremos estabelecidos no Preâmbulo da Constituição de 1988 e, ainda, não explorado, salvo em um recente livro¹¹.

E, por último, *direito indivisível*, porque não comporta a tese da existência de *gerações* ou a de *dimensões*. As circunstâncias

9 - cf. BRITO, Edvaldo. Reflexos jurídicos da atuação do estado no domínio econômico. 3ª ed. São Paulo. Saraiva, 2022, p.20

10 - cf. SANTI ROMANO. Fragmentos de um dicionário jurídico. Trad. de Santiago Sentís Melendo y Marino Ayerra Redín. Buenos Aires. Ediciones Jurídicas Europa-América. pp.239 e segs. REALE, Miguel. O direito como experiência (introdução à epistemologia jurídica) 2ª ed. fac-similar com nota introdutória do autor. São Paulo. Editora Saraiva. 1992, p.173.

11 - cf. FONSECA, Reynaldo Sousa da. Princípio constitucional da fraternidade: seu resgate no sistema de justiça. Belo Horizonte. Ed. D'Plácido. 2019.

que dão origem, a cada momento, aos *direitos fundamentais* não os seccionam no *tempo* ou no *espaço*; ao contrário, estratificam-nos como aptidão para a prática de atos na sociedade compondo o hábito de liberdade da pessoa cujo exercício é assegurado pelo próprio *direito fundamental*. as *garantias* têm a natureza de *direito fundamental*.

Iic – Direito Fundamental. Disciplina Jurídica na Constituição de 1988

A disciplina jurídica dessas prerrogativas, na Constituição de 1988 está *sistematizada* nos seus arts. 5º a 17, categorizando-se como *direitos individuais* e como *garantias individuais*, mas, também, encontram-se, de modo esparso, no tecido constitucional, porque a discriminação não sendo didática, caberá ao intérprete fazê-lo, escoimando o texto desse dano técnico e a partir desse dispositivo pode-se falar de *deveres fundamentais*.

Direitos fundamentais individuais e coletivos - são as prerrogativas ligadas ao conceito de pessoa humana e à sua personalidade, tais como as relativas à vida, à igualdade, à dignidade, à segurança, à honra, à liberdade e à propriedade. Caracterizam-se, os *coletivos*, como prerrogativas de coletividades, portanto, a sua titularidade é de um grupo, categoria ou classe, cujos membros são ligados entre si por uma única relação jurídica; são direitos transindividuais em que os sujeitos são indeterminados, porém, as prerrogativas são determináveis, como o direito de moradia, direito à educação, à saúde, à segurança, etc. São *indivisíveis* considerando que os diversos interessados, que formam uma categoria, têm o mesmo tratamento.

Deveres fundamentais individuais e coletivos – A Constituição dispõe, não apenas direitos, mas, também, sobre deveres. Assim, a partir de seu conceito, os *deveres fundamentais* são normas de restrição estabelecidas, somente, de modo explícito; os sujeitos ativos e passivos dos *deveres fundamentais* devem, também, ser indicados em cada norma ou que possam ser deduzidos mediante interpretação.

Deveres individuais e deveres coletivos distinguem-se por serem realizados ou por um único indivíduo, para si ou para outrem, ou por uma coletividade.

Há quem distinga, no texto constitucional, entre esses *deveres* e as *obrigações*, para as quais, também, caberia essa categorização, embora, elas são, sempre, relacionais e condicionais, além de correlacionadas com direitos exigíveis do rol específico de *deveres individuais e coletivos*, dispostas de modo *expresso* ou *implícito*, “porém, correlatas a direitos reconhecidos no mesmo rol e decorrentes de um *dever geral de cumprir e de respeitar a Constituição, a lei e os direitos alheios*, o qual é um *dever jurídico*, propriamente dito, não expresso”.

Entre as categorias expressas podem ser listadas:

Obrigação de reunião pacífica - art. 5.º, XVI

Obrigação de representação expressamente autorizada - art. 5.º, XXI

Obrigação de dar função social à propriedade - arts. 5.º, XXIII, 182 a 191.

Obrigação de trabalhar a pequena propriedade rural - art. 5.º, XXVI e de dar função social à pequena propriedade rural familiar arts. 184 e 191

Obrigação de não violar os direitos e as liberdades fundamentais - art. 5.º, XLI, XLII, LXVII, LXIX, LXXI, LXXIII e LXXV.

Há outros *deveres* que estão dispostos na Constituição fora desse pequeno rol do art.5º e a maioria dos *deveres*, fora dele, tem *sanções* para o seu descumprimento, como, por exemplo, aquelas decorrentes da improbidade administrativa.

Outros exemplos:

Obrigação de votar - art. 14, § 1.º

Obrigação de contribuir com a manutenção dos gastos públicos de acordo com a capacidade econômica – art.145, §1º

Obrigação de não prejudicar a saúde alheia, com a disseminação de doenças contagiosas - arts. 6º e 196 a 200.

Dever fundamental de personalidade.

“Esse *dever* de *personalidade* advém, diretamente, do fundamento dos Estados Democráticos de Direito — *garantias e deveres* — que é a *dignidade da pessoa humana* (art. 1.º, III)”; refere-se aos *deveres* jurídico e moral de todas as pessoas de promover a *dignidade humana*.

A Alemanha, segundo relato de ALEXY¹², tem-se louvado em critérios concretos para utilizar garantias jurídico-positivas

12 - cf. Teoria de los derechos fundamentales. Segunda reimpressão. Versão castelhana: Ernesto Garzón Valdés. Revisão: Ruth Zimmerling. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2001ob. cit. na nota de rodapé nº184, p.344-348

de liberdade, a fim de proteger a *dignidade da pessoa humana* que, pela Lei Fundamental é um valor intangível: “a dignidade da pessoa humana é inviolável. Todas as autoridades públicas têm o dever de a respeitar e proteger”.

Assim, o regime de *ampla liberdade*, em que vive a pessoa, tem de ser interpretado de modo a que as ações que pratica, na “vida de relação”, não resultem em perigo para a sua *dignidade*.

Nem tudo que *cada um* resolve fazer é compatível com os predicados da *pessoa humana*; algo que o *indivíduo* isolado¹³ delibere pode ter a consequência de humilhar, de discriminar, de depreciar o próprio, mas, repercutindo como inaceitável pela sua natureza *humana*. Persegue-se, pois, em face de o conceito de *dignidade da pessoa humana* ser vago — novamente se poderia falar de “*conceito jurídico indeterminado*” — a formulação de um conceito unitário e de diferentes *concepções* da *dignidade da pessoa humana*, embora elas sejam difíceis de classificar.

O Tribunal Constitucional Federal alemão, nesta linha, resumiu-as em sua fórmula sobre a imagem da *pessoa humana*.

Segundo o que essa Corte concebe, a norma que estabelece esse *princípio* traduz “a concepção da pessoa como um ser ético-espiritual que aspira a determinar-se e a desenvolver-se a si mesmo em liberdade. A Lei Fundamental não entende esta liberdade como a de um indivíduo isolado e totalmente dono de si mesmo, senão como a de um indivíduo referido a e vinculado com a comunidade”.

Ora, se o *princípio* não quer significar que a *pessoa humana* tem valor e sim que ela é um valor; se o conteúdo do *princípio*, por isso, sinaliza para os seguintes elementos, dentre outros, desse valor: a igualdade, a liberdade e a justiça; vê-se que o Tribunal Constitucional alemão deu importância, nessa sua concepção, ao elemento liberdade que, por sua vez, também, é um conceito vago, por isso, nesse contexto — explica o autor — o que se busca é assegurar a *dignidade* através do Direito. “Por ele, não pode querer fazer-se referência a uma liberdade positiva interna, como a que existe no cumprimento da lei ética por dever. Ao que se faz referência tem que ser uma liberdade externa que consiste em que não se impede ao indivíduo, através da coação externa, a escolha entre diversas alternativas de decisão, pois, de outra maneira, em um contexto *jurídico*, não poderia falar-se da independência da pessoa e de uma ‘personalidade auto”

13 - Lembre-se da *função social* a que se refere DUGUIT e explicada linhas atrás.

responsável'. Porém, uma liberdade inclui sempre essencialmente a liberdade jurídica negativa. Pode, portanto, dizer-se que sem liberdade jurídica negativa não existe dignidade da pessoa em um sentido juridicamente relevante”¹⁴.

Dada a relevância da liberdade negativa na concepção da *dignidade da pessoa humana*, então, pode concluir-se, com o Tribunal, que o indivíduo não é livre, no sentido de ter-lhe sido outorgada uma permissão definitiva de fazer ou omitir o que queira, senão que tão somente diz que cada qual pode fazer ou omitir o que queira, na medida em que *razões suficientes* (direitos de terceiros e interesses coletivos) não justifiquem uma restrição da liberdade negativa.

Todo o exposto justifica a intervenção judicial na *resolução* de um *contrato* no conhecido caso *Morsang-sur-Orge*, na França.

É uma cidade com este nome, na região metropolitana de Paris, na qual, uma boate oferecia aos seus frequentadores, um divertimento o “*lancer de nain*” (lançamento de anão), pelo qual a plateia recreava-se arremessando, a partir do palco, o homem nanico, sendo vencedor do concurso quem conseguisse lançá-lo mais longe.

O prefeito dessa cidade decidiu pela extinção do entretenimento e o proibiu, sendo, porém, anulada a sua decisão pelo Tribunal Administrativo de Versailles, em face de impugnação feita pela empresa patrocinadora, em litisconsórcio com o anão — *contratado* como objeto de arremesso — restou, afinal, vitoriosa a providência do prefeito no Conselho de Estado, em outubro de 1995. O fato é do final de 1991.

O anão, MANUEL WACKENHEIM, que ganhava a vida sendo um dos arremessados, “levou o caso então à Comissão das Nações Unidas para os Direitos Humanos, que em 27 de setembro de 2002 julgou que a decisão não era discriminatória aos anões, estabelecendo que o banimento do arremesso não era abusivo, e sim necessário para manter a *ordem pública*, fazendo ainda considerações a respeito da *dignidade da pessoa humana*.”

Consequentemente, o regime de *ampla liberdade*, em que vive a *pessoa*, tem de ser interpretado de modo a que as ações que pratica, na “vida de relação”, não resultem em perigo para a sua *dignidade*, por ser *pessoa humana* e, por isso, nem tudo que *cada um* resolve fazer é compatível com os predicados da *pessoa*

14 - cf. ALEXY, Robert. Ob. cit., p.346

humana; algo que delibere pode ter a consequência de humilhar, de discriminar, de depreciar o *indivíduo*.

O exposto revela as características dos *deveres coletivos*, porque o arremessado alegou o *princípio da autonomia da vontade* em cujo conteúdo está a *liberdade* de contratar ou deixar de contratar. Contudo, nessa “vida de relação” há *limites* a essa *liberdade*, dentre os quais há esse de *ordem pública* — o da *dignidade da pessoa humana* que é um *limite geral*.¹⁵

Enfim, o *preceito* sob comento insere-se na disciplina dos *direitos fundamentais* porque as *garantias fundamentais* são prerrogativas componentes desses *direitos*.

IId – Garantias Fundamentais

Essas *garantias* são, por sua vez, *direitos fundamentais*, quer dizer, a própria *garantia fundamental*, arrolada na Constituição, é um *direito fundamental*.

São elas:

- Habeas Corpus
art.5º, LXVII
- Mandado de Segurança Individual e Coletivo
art.5º, LXIX, LXX
- Habeas Data
art.5º, LXXII
- Mandado de Injunção
art.5º, LXXI
- Razoável Duração do Processo
art.5º, LXXVIII
- Ação de Declaração de Inconstitucionalidade por Omissão
art.103 §2º
- *Ação de Impugnação de Mandato Eletivo*
art.14, §§10 e 11
- Controle de constitucionalidade
art.102 e 103

15 - cf. BRITO, Edvaldo. O contrato com pessoa a declarar, no Brasil, é um pacto: transversalidade entre direito privado e direito tributário. 1ª ed. São Paulo: Noeses, 2023, pp.164 e segs.

A Ação de Impugnação de Mandato Eletivo — uma delas — será, adiante, objeto de análise.

III – VONTADE POPULAR E REPRESENTAÇÃO

GEORGES BURDEAU¹⁶ estuda a *representação* no contexto do tema da integração verdadeira do povo na vida política. Essa integração será tanto mais verdadeira quanto mais coincidem a autoridade estatal, o poderio estatal e o poder do povo que é, na sua lição, soberano sobre todos os planos: política, econômica e socialmente, pois este é o seu objetivo e somente assim essa *representação* se processa.

BURDEAU adverte, com razão, para as dificuldades dessa integração, diante das circunstâncias políticas e sociais no mundo moderno, destacando-se as contingências que determinam situações concretas para que o homem seja integrado à sociedade, especialmente, o trabalhador e forças sociais similares modernas a fim de que haja reflexos positivos na representação que exprime a democracia parlamentar.

Essa advertência do professor francês faz repensar o modelo institucional democrático, não só quanto ao tipo da chamada *democracia representativa*, mas, também, quanto à necessidade de fazer-se a revisão do próprio modelo democrático.

A tarefa que se impõe, nessa linha, não exclui uma análise crítica da democracia no pensamento político, através das ideias que se tornaram relevantes no curso da História.

As tipologias helênicas de democracia canalizadas nas caracterizações de HERÓDOTO, PLATÃO e ARISTÓTELES; as do *Iluminismo*, com MONTESQUIEU¹⁷ e ROUSSEAU¹⁸; ou aquelas que resultam do pensamento dos cientistas contemporâneos: ROBERT DAHL¹⁹, SARTORI, ARON, MICHELS etc.; passam por um modelo concebido como *democracia participativa*, ainda que comportem, entre elas, variações dignas da síntese que adiante será feita.

16 - cf. *Traité de Science politique*. 2ª ed. t.VII – “La démocratie gouvernante. Son assise sociale et sa philosophie”. Paris, L.G.D.J, 1973

17 - cf. MONTESQUIEU, Charles de. *O espírito das leis*. Introd., trad. e notas de Pedro Vieira Mota. São Paulo, Saraiva, 1987.

18 - cf. ROUSSEAU, Jean-Jacques. *El contrato social*. Trad. por Consuelo Berges. Madrid, Aguilar, 1973.

19 - cf. DAHL, Robert A. *Um prefácio à teoria democrática*. Trad. Ruy Jungmann. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1989

O *Iluminismo*, aqui tomado como exemplo, desenvolve-se em cinco ideias: *indivíduo*, *razão*, *natureza*, *felicidade* e *progresso*.

A ideia *individualista* é porque os teóricos dessa fase do pensamento democrático examinam o indivíduo, isoladamente dos demais seres; *razão* porque se coloca a ideia de que a razão é a medida de todas as coisas (racionalismo); *natureza* (boa), considerando-se que o homem tem uma índole boa (ROUSSEAU); *natureza* boa e providente, daí porque se tem de deixar fluírem as leis naturais (o *laissez-faire*, *laissez-passer*); *felicidade*, na terra; *progresso*, como símbolo do otimismo veiculado pelo *Iluminismo*.

As ideias políticas desenvolvidas a partir dessa concepção, ao lado de muitas instituições, ainda nos governam, hoje.

MONTESQUIEU legou-nos várias. Essa sua obra pensada por décadas, elaborada em tempo que lhe permitiu expor conceitos admiráveis, vem até o momento presente com proveitosas definições, como a de lei, que envolve a conceituação do justo imanente (o justo que está na natureza das coisas).

Afinal, “antes de todas essas leis, estão as de natureza, assim denominadas por derivarem unicamente da constituição do nosso ser. Para conhecê-las bem, precisa considerar um homem antes do estabelecimento das sociedades... porque, assim, o homem pensava na conservação do seu ser... Nesse estado, cada qual se sente em condições que impediriam atacar-se e a paz seria a primeira lei natural”.

Outras leis da natureza seriam: “a que induz o homem a procurar alimentar-se; a procurar um ao outro; a procurar viver em sociedade”.

Então, “o governo mais conforme a natureza, deve admitir-se, é aquele cuja disposição particular melhor corresponde à disposição do povo para o qual é estabelecido”.

A lei, em geral, é a razão humana, daí que as leis políticas e civis de cada nação são casos particulares em que se aplica essa razão humana. Consequentemente, as *leis positivas* devem ser de tal forma apropriadas para o povo, para o qual são feitas, que será grande coincidência se as leis de uma nação servirem para outra. Elas hão de relacionar-se com o grau de liberdade tolerado pela Constituição, com a religião dos habitantes, com suas inclinações, sua riqueza, seu número, seu comércio, seus usos, suas maneiras. Essas relações formam, todas juntas, o que Montesquieu chama “o espírito das leis”.

CHARLES DE SECONDAT, o barão de BRÈDE e de MONTESQUIEU, após analisar essas relações, passou a examinar o princípio de cada governo por entender que ele tem máxima influência sobre as leis.

E, de logo, classifica-o, ao governo, em três espécies:

Republicano
Monárquico e
Despótico,

Diz que a *Democracia* e a *Aristocracia* são formas *republicanas* porque, quando, na *República*, o povo no seu *todo* tem o poder soberano, é uma *Democracia*; quando o poder soberano está nas mãos de uma *parte* do povo, chama-se *Aristocracia*. Enfim, assevera ele, o povo, na *Democracia*, é, sob certos aspectos, o monarca e o é através dos seus sufrágios, que são as suas vontades, a sua soberania.

Tal circunstância torna essencial fixar-se o número dos cidadãos que deve formar o eleitorado (as assembleias), por isso, invoca LIBÂNIO, autor grego, que viveu entre 314-391, para lembrar que, em Atenas, o estrangeiro que se misturava na assembleia do povo era punido de morte, dado que usurpava o direito de *soberania*.

MONTESQUIEU dá o modelo democrático com elementos, até hoje, utilizados, tal como o *voto secreto*, ainda que defendesse, para algumas situações, os sufrágios públicos; tal como a ideia da lei que, enfim, não poderia ser o produto do arbítrio do homem.

Já se vê que MONTESQUIEU não era positivista, bem como ROUSSEAU, também, não o era.

Importante, pois, é que muitas dessas ideias ainda nos governam, até porque MONTESQUIEU não fez a apologia da democracia, ele abriu o campo para a *democracia representativa*.

O apologista foi, efetivamente, ROUSSEAU. É seu pensamento que a lei é resultante da *vontade geral*, ainda que esta não se confunda com a vontade de todos. A *representação*, em tais condições, é, por ele, condenada, dado que o povo só governa na *democracia representativa*, no dia da eleição. Ele, nisto, diverge de MONTESQUIEU.

Logo, o povo não *delibera*, não *participa*, então, onde está a *democracia*?

Encaixa-se essa concepção com a de pensadores

contemporâneos: RAYMOND ARON²⁰, por exemplo, defende tese similar, ao dizer que a *democracia* no mundo moderno, o das sociedades industriais, deve ser considerada como governo de minoria, porque não pode ser caracterizado como um governo em que o povo decide, dada a complexidade da vida moderna: o povo jamais se governa, quem o faz é sempre uma minoria.

Assim, a *democracia* seria um governo com algumas *características*:

respeito às liberdades individuais;
 garantia da igualdade;
 existência de oposição;
 existência de partidos livres.

Dado que a oposição consistiria na liberdade política ou no direito de dizer “não”, então, poder-se-ia caracterizar a *democracia* como o governo em que haveria a participação do povo mediante a livre competição política. Essa competição livre pelo poder é, então, o traço saliente, o que significa que para realizá-la ter-se-á de passar pelos *partidos políticos* livres.

Consequentemente, em vez de falar-se em *democracia*, melhor seria falar-se em *regime constitucional pluralista*.

Outro pensador contemporâneo, ROBERT A. DAHL²¹, da Universidade de Yale, desenvolve a tese da *poliarquia*, substituindo a *democracia* que, para ele, é um ideal político, dado que nela o povo não se governa.

Examine-se, em síntese, o pensamento dos dois:

O *regime constitucional pluralista* pressupõe, obviamente, uma Constituição estruturando o poder como decorrência de uma livre competição mediante mais de um partido. Tem uma característica mais ou menos oligárquica, cabendo as atividades à sociedade e o controle ao governo.

MONTESQUIEU fala de uma “virtude”, isto é, fala de algo assemelhado ao civismo, ao amor à Pátria, ao devotamento geral, espírito público. Esclarece que não se trata de uma virtude moral, nem uma virtude cristã; é o amor à igualdade. Teria virtude o homem amante das leis da Pátria e que age por amor a essas leis.

Pois bem: ARON mostra-se um discípulo de MONTESQUIEU, na medida em que faz apologia do respeito às regras que estruturam o regime, o qual se *corromperia*:

20 - cf. Democracia e totalitarismo. Trad. Frederico Montenegro. Lisboa. Editorial Presença, 1966.

21 - cf. Poliarquia: participação e oposição. Trad. Celso Mauro Paciornik. São Paulo. Edusp. 1997

com o desrespeito à lei e
com o radicalismo nas posições políticas.

Essa *corrupção*, contudo, é assente: há uma desafeição aos *partidos políticos*, especialmente, pelo excesso de oligarquia, ao se fecharem, propiciando o fechamento do poder. Esclerosam-se os seus quadros e isto gera um fosso entre a ideologia que o partido professa e a opinião pública, carecendo, então, o partido de legitimidade. É nesse sentido que ROBERT MICHELS²² adverte para uma lei de bronze das oligarquias partidárias.

Portanto, fixando-se sobre a competição entre *partidos*, assim, funcionando, o *regime constitucional pluralista*, também, não seria melhor do que a *democracia*, diante da sua tendência a *corromper-se*.

A *democracia poliárquica* significa o governo de muitos e se caracterizaria por dois aspectos: a *participação* e a *oposição*.

Contudo, as democracias mais sólidas seriam aquelas, nas quais primeiro difundiu-se o direito de discordância do que aquelas em que se estendeu a *participação* política.

DAHL afirma que não há *uma teoria democrática* ou *de democracia*, mas, *várias*, por isso, melhor seria feito se se estudassem algumas *teorias representativas da democracia*, pois o fato de haver tantos e tão diferentes enfoques resulta da existência de tantos possíveis ângulos de estudo de qualquer teoria social, por isso, ele não se propõe definir, rigorosamente, o termo *democracia* parecendo-lhe que a *teoria de democracia* diz respeito a processos através dos quais cidadãos comuns exercem um grau, relativamente, alto de controle sobre líderes.

Diante de tal afirmação, ele estuda a *democracia madisoniana*, a *democracia populista*, para, afinal, apreciar a *democracia poliárquica*, definida como um sistema político em que as condições seguintes existem em nível relativamente alto:

1) *Durante o período de votação:*

1) todos os membros da organização praticam atos que supomos constituir urna manifestação de preferências entre alternativas apresentadas, isto é, votando;

2) na tabulação dessas manifestações (votos), é idêntico o peso atribuído à escolha de cada indivíduo;

3) a alternativa com o maior número de votos é declarada vencedora.

22 - cf. Sociologia dos partidos políticos. Brasília: Editora Universidade de Brasília. 1982

II) *Durante o período entre votações:*

4) cada membro que considera um conjunto de alternativas, pelo menos urna das quais acha preferível a qualquer das alternativas apresentadas, pode inserir sua(s) alternativa(s) preferida(s) entre as apresentadas à votação;

5) todos os indivíduos possuem informações idênticas sobre as alternativas.

III) *Durante o período pós-votação:*

6) as alternativas (líderes ou políticas) com o maior número de votos vencem todas as demais (líderes ou políticas) contempladas com menos;

7) as ordens dos servidores eleitos são executadas.

IV) *Durante o estágio entre votações:*

8.1) todas as decisões tomadas entre eleições são subordinadas ou executórias àquelas tomadas durante o período de eleição, isto é, as eleições são, em certo sentido controladoras;

8.2) ou as novas decisões, tomadas durante o período entre eleições, são pautadas pelas sete condições precedentes, operando, no entanto, sob circunstâncias institucionais muito diferentes;

8.3) ou ambas as coisas.

GIOVANNI SARTORI²³ é outro pensador contemporâneo que se alinha nessa mesma perspectiva crítica, pois, se mostra um cético com uma certa dose de pessimismo quanto à possibilidade de o povo governar-se.

Admite, na realidade, que a *democracia* é, essencialmente, um método que se traduz no debate e em certas evidências que se podem extrair para caracterizá-la.

A síntese supra, representativa de uma crítica da *democracia* no pensamento político, revela que muitas das ideias, que nela se fizeram desfilar, desembocam no modelo institucional democrático que antes se prestigiava na *representação* e agora se procura desenhar na *participação*.

O que se deverá fazer, mesmo, ao estudar esse modelo, é a análise das instituições consideradas democráticas. Isto implica em buscar as raízes, como se tem feito, neste trabalho.

Essa busca foi realizada, nas linhas anteriores, no

23 - cf. Partidos e sistemas partidários. Brasília. Editora Universidade de Brasília

pensamento político; doravante se integrarão as instituições — políticas experimentadas no existencial²⁴ — com esse pensamento político, uma vez que o processo indica uma retroalimentação entre instituições e pensamento político.

Essa retroalimentação colhe-se do magistério de MANOEL GONÇALVES FERREIRA FILHO²⁵. Diz esse autor que não há democracia que realize a *Democracia*, porque nenhum arranjo institucional, esboçado teoricamente ou realmente praticado, logrou permitir que o povo, a maioria, se governe a si próprio, daí ser verdade banal que o enraizamento de uma *democracia* depende de certos fatores sobre os quais o homem não tem controle: históricos, psicológicos, sociais, econômicos, estritamente sociais ou estritamente políticos, que decorrem de uma realidade e influem sobre toda e qualquer ordem política.

O exposto, portanto, comprova-se verificando essas instituições em cada realidade histórica e a sua projeção até os nossos dias, permitindo a comparação dos problemas e das respectivas soluções e, no caso brasileiro, a contribuição recebida na perspectiva de urna consolidação democrática.

IIIa – Distinção entre representação e participação

Passa-se, então, ao estudo desse tema, a fim de distinguir a *representação* da *participação*.

A *democracia* ateniense inspira a supremacia da lei, porque seus princípios gerais são identificados:

- 1) na igualdade perante a lei e
- 2) no princípio de liberdade.

Lei, aqui, é tomada no sentido de Direito, ou como esclarece MANOEL GONÇALVES FERREIRA FILHO²⁶ “a supremacia da lei pode significar o primado do justo (como tal considerado, um dado momento, uma determinada comunidade), isto é a supremacia do Direito”.

A liberdade, especialmente, a de *participação*; pois, já foi dito supra, pelas palavras de MONTESQUIEU, citando o autor grego LIBÂNIO que, em Atenas, o *cidadão* é que *participava*, por isso, o estrangeiro que se misturava na assembleia era punido de morte.

24 - cf. SANTI ROMANO. Fragmentos de un diccionario jurídico. Trad. de Santiago Sentís Melendo y Marino Ayerra Redín. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América. 1964, p.210/211

25 - cf. A democracia possível. São Paulo: Saraiva, 1972, pp. 23-39. A reconstrução da democracia. São Paulo. Saraiva. 1979, pp. 47 e segs.

26 - cf. Do processo legislativo. São Paulo: Saraiva. 1968, p.20

Logo, cumpre saber o que era ser *cidadão*: homem livre, no gozo dos seus direitos, filho de pai ateniense, formando um total aproximado de 20 a 40 mil, estimando-se este último número no período de PÉRICLES.

A forma de votar era erguer a mão, portanto, não havia urna e essas decisões eram preparadas pelo Conselho dos 500 que se reunia, habitualmente, com essa função, que exercia ao lado de uma outra, a *dokimasia*.

Então, está, no primado do justo, a ideia de supremacia do Direito que, sendo este um produto cultural, pode ser modificado, imperceptivelmente, com a modificação da cultura, mas não implica em mutabilidade da sua supremacia.

Outras ideias, como a de hierarquia das regras, estão no cerne da Antígona de SÓFOCLES ou nas Suplicantes de EURÍPEDES, uma vez que se entende *existirem leis mais altas do que as do legislador*. As deste devem obediência àquelas. É que *A Antígona* e *As Suplicantes* afirmam a supremacia do Direito sobre o governante.

Ora, para usar uma expressão de ALF ROSS²⁷, a *técnica da democracia* demonstra que o exercício, pelo povo, do poder político pode ser visto de duas formas diferentes:

ou bem o povo toma suas próprias decisões políticas em forma direta conforme o antigo plebiscito;

ou bem encarrega, dessas decisões, órgãos especializados criados especificamente para esse fim, órgãos que atuam em nome do povo, vale dizer, conforme as diretivas populares e sob o controle popular.

Diz ROSS que, no primeiro caso, o método pode ser chamado *democracia direta* e, na hipótese das diretivas e do controle populares relativamente aos ditos órgãos, *democracia representativa*.

O propósito deste estudo, neste item, é a *democracia representativa* como modelo institucional, diametralmente, diverso do modelo direto do processo decisório. Certo é que, adiante, examinada a revisão desse processo decisório apontar-se-ão os aspectos do modelo *participativo* que implica na atuação

27 - cf. Por que democracia?, ed. do Centro de Estudos Constitucionales, Madrid, 1989, pp. 201 e segs.

popular lado a lado com os órgãos de *representação*. E, pensando assim, não se está distante das reflexões de MANOEL GONÇALVES FERREIRA FILHO e de ROBERT DAHL.

Pois bem: retornando a ROSS, tem-se que na *democracia representativa* os órgãos especializados, e criados, especificamente, para este fim, atuam em *nome do povo*, mas, de acordo com diretivas e controle desse povo.

Aqui, reside o que BURDEAU aprecia sob a ótica de *problemas da expressão da vontade popular*.

Um desses *problemas* está na identificação da natureza jurídica do *mandato representativo*.

A solução desse problema pode ser obtida em um estudo interdisciplinar que se socorre do auxílio da *Semiótica Jurídica* e da *Lógica Jurídica*.

O próprio MANOEL GONÇALVES FERREIRA FILHO anima esta metodologia quando acena para o auxílio da *Antropologia* a fim de explicar o fato de a ideia da supremacia do Direito ser muito anterior à sua expressão clássica na obra dos poetas e pensadores gregos²⁸.

A *Semiótica* é uma das ciências da *linguagem* que explica, sobretudo, a relação que os signos produzem como instrumento da comunicação humana.

Ela é ancilar da Ciência do Direito *stricto sensu*, porque, já foi dito supra, o Direito é um produto cultural; assim, ele se manifesta através da *linguagem* em todos os aspectos; ou seja, o Direito não é *linguagem*; é a conduta humana na sua interferência intersubjetiva.

Logo, impõe-se lembrar que toda afirmação é um *signo* ou um conjunto de *signos*, a qual se transforma em mensagem, cujo objetivo é fazer com que o emissor desta comunique-se, satisfatoriamente, com o receptor da mesma.

Identifiquem-se, então, as *funções semióticas* que as expressões de toda *linguagem* possuem.

São elas: a *semântica* (relação do signo com o objeto que designa), a *sintática* (relação dos signos entre si) e a *pragmática* (relação do signo com o sujeito que o utiliza).

Estas propriedades *semióticas* completam-se, entre si, porque um mesmo *signo* (ex. *mandato*), mesmo na linguagem técnica — aquela linguagem que restringe o conteúdo semântico

28 - cf. Do processo legislativo, p. 20

dos signos às designações exclusivas de *objetos* do seu campo do conhecimento — pode ter conteúdo *semântico* designativo de mais de um *objeto* e, então, gerar ambiguidades.

Recorre-se, especificamente, à *função pragmática* (comportamental) porque nela há uma das propriedades mais destacadas do Direito qual seja a relação que se estabelece com habitualidade entre as expressões do Direito e quem as enuncia.²⁹

As expressões do Direito são enunciadas pelo legislador, em primeiro plano, nos sistemas jurídicos do tipo *continental europeu*. Mas, o legislador não tem o monopólio, até porque a sua obra é lacunosa, cumprindo a outros (doutrinadores e magistrados, p.ex.) falarem a *linguagem* do direito, colmatando essas *lacunas*.

Consequentemente, a *pragmática da comunicação jurídica* (normativa de natureza legal ou jurisprudencial) é fundamental para a compreensão das manifestações culturais que se vão transformando em *deônticas*.

Há, porém, nesse processo, o risco do comprometimento ideológico a que se referem DURKHEIM³⁰ e DESCARTES³¹.

Incumbe-se, então, a *Lógica Jurídica* de dissipá-lo, na medida em que se utilize, o enunciante, dos princípios da *Lógica* (pura), por exemplo, os da *identidade* (um *ser* é sempre igual a si mesmo) e da *contradição* (porque um *ser* não pode, ao mesmo tempo ter uma identidade e não a ter).

Examinada a completude de um *ser* (totalidade dos elementos que o constituem), identifica-se-o e se evita enveredar pelas ambiguidades.

O exposto permite enfrentar as ambiguidades que rodeiam o *signo mandato* quando se pretende escoimá-lo de significações estranhas à sua qualificação como *representativo* ou *eletivo* (relação sintática), mediante o comportamental, o uso da expressão (*mandato representativo*) — relação pragmática.

O equívoco quanto à sua natureza jurídica vem pela similitude que se faz entre *mandato representativo* ou *eletivo* e o mandato no direito privado.

Procurada a natureza de cada qual, há de distinguir-se um do outro porque o *mandato representativo* ou *eletivo* é a outorga

29- cf. KALINOWSKI, Georges. Introducción a la lógica jurídica: elementos de semiótica jurídica, lógica de las normas y lógica jurídica. Buenos Aires: ed. EUDEBA, Editorial Universitaria de Buenos Aires, 1973. p. 51

30 - cf. As regras do método sociológico. Trad. Walter Solon. Editora Edipro. 2012

31 - cf. Discurso sobre o método, Hermes Editora, 1978, pp. 35-41.

de uma atribuição livre e irrevogável, durante um certo prazo; o seu titular representa não a parcela do povo que se incumbiu da respectiva outorga, mas todo o povo de uma comunidade.

Logo, somente se poderá entendê-lo se considerá-lo uma *investidura*.

O equívoco decorre, também, da ação do partido político a que se filia o *representante*, a qual reduz muito a liberdade (atribuição livre, antes referida) e decorre da prática porque o *representante* não pode, politicamente, divorciar-se dos seus respectivos representados (parcela do povo que se incumbiu da respectiva outorga).

Acentua-se, diante desse quadro, o entendimento do conteúdo *semântico* de *mandato representativo* como uma *investidura*, dado que convive com institutos tipo *fidelidade partidária* e *sistema eleitoral com representação proporcional e seleção majoritária*, ou convive com distorções, como a brasileira, em que o candidato é o próprio representante.

Já se vê, pelo relatado, até aqui, que falar-se em *representação*, é falar-se de um vínculo entre o povo e o poder formal que se processa pelas diretivas populares e pelo controle popular geradores de instituições democráticas típicas de cada comunidade onde se formula o modelo mediante a retroalimentação já estudada.

São exemplos dessas instituições democráticas, o *sistema eleitoral* e a *disciplina partidária*, escolhidas, aqui, para análise.

Afinal, na história dessas instituições, há situações que se tornam interessantes pela contribuição que legaram ao seu futuro. Lembre-se da Lei do Tribunal Eleitoral da Tchecoslováquia, de 1920, inspiração de KELSEN, a qual determinava a perda do *mandato* do representante, quando este votava contra as diretrizes do partido por motivos mesquinhos ou desonrosos; e se lembre da situação brasileira, na época do governo dos militares, sob a Emenda Constitucional nº 1/1969 à Constituição de 1967; ou da lei americana sobre o *lobby* que abrange a organização desses *grupos de pressão*.

Tudo isto vem a pelo, porque a *democracia representativa* processa-se em duas linhas:

democracia pelos partidos e
democracia semidireta,

advertindo-se, de logo, que essa separação é, meramente, didática, porque, na prática essas linhas não são excludentes. Interpenetram-se.

A *democracia* pelos partidos, diz MANOEL GONÇALVES FERREIRA FILHO³², procede de concepções inexatas como a de que o eleitor se decide segundo o programa dos partidos e que esses programas, sempre, vagos e genéricos, podem servir para a orientação efetiva do governo no seu quotidiano. Tais ilusões não sobrevivem depois da percuciente análise sobre a formação da opinião pública, feita por JACQUES LAMBERT³³. Daí o modelo ser inviável em qualquer parte do mundo, inclusive no Brasil, mesmo quando, aqui, adotou-se o bipartidarismo que é, sem dúvida, o que mais se coaduna com o modelo *democracia pelos partidos*.

Contudo, repita-se: a *democracia pelos partidos* pressupõe um quadro partidário simples para que o eleitorado possa optar por um partido, por um programa para ser posto em prática pelo Governo e pressupõe instituições como a *fidelidade partidária*, a seleção majoritária pelo voto distrital, caldeando, assim, a organização do eleitorado com a disciplina partidária, organização esta que se pode encontrar inspiração no próprio MONTESQUIEU quando diz ser essencial fixar-se o número de cidadãos que devem formar as assembleias; porque sem isso não se sabe como fala o povo que, tendo o poder soberano, deve fazer, por si mesmo, tudo o que pode fazer bem; e o que ele não pode fazer bem, cumpre que o faça através de *seus* ministros e que são *seus*, exatamente, porque ele, o povo, nomeia-os.

O conjunto desses cidadãos, o qual detém o direito de *sufrágio* (que é a vontade do povo), modernamente, chama-se *eleitorado*.

O *eleitorado* é organizado, hoje, pelo alistamento (inscrição como eleitor), obrigatório em certos sistemas, como o brasileiro, a partir dos dezoito anos de idade (*maioridade eleitoral*) e mediante o qual se verificam os requisitos de eleitor que, no Brasil, vêm discriminados na Constituição e regulados por lei ordinária *integrativa*.

O *eleitorado* é organizado, outrossim, em razão do território, considerando-se o local onde se domicilia. Ê neste sentido que, aqui, fala-se em circunscrições, zonas e seções eleitorais e a lei

32 - cf. A reconstrução..., ob. cit., p. 120

33 - cf. Structure sociale et opinion publique

eleitoral federal alemã, datada de 21 de setembro de 1990, fala em distritos e em seções eleitorais.

As formas básicas, mais conhecidas, de organizar o *eleitorado* são as *circunscricões* e os *distritos*. Isto quanto às unidades fundamentais de sua distribuição no território do Estado.

As circunstâncias adaptam-se à representação proporcional utilizável para a distribuição de lugares em bancadas ou câmaras de relativa grandeza, fazendo justiça a cada corrente ao lhe atribuir participação proporcional à sua força eleitoral, nas câmaras e parlamentos.

Lembra MANOEL GONÇALVES FERREIRA FILHO que, hoje, o entusiasmo por este modelo decaiu muito entre os especialistas e cita VEDEL para esclarecer que “o objetivo de um sistema eleitoral não é fazer justiça e sim criar uma maioria capaz de governar”, até porque MAURICE DUVERGER já demonstrou que esse sistema tende a multiplicar o número de partidos, estimulando as divisões, sublinhando as divergências e não os pontos de acordo.

A multiplicidade, reduz a força do partido e raramente um deles, sozinho, alcança maioria, o que se consegue, somente, através de coligações cuja desvantagem reside na sua instabilidade improdutiva de qualquer base segura de trabalho para o governo.

Já o *distrito* é propício para uma seleção majoritária, para um escrutínio uninominal em que há um candidato por corrente partidária e o eleitor só tem a possibilidade de selecionar entre partidos, mas, não entre candidatos do mesmo partido.

Aliás, no *sistema proporcional*, é possível afirmar-se que o candidato verdadeiro é o partido — no Brasil, já foi dito supra, não é assim, mas, o Brasil é exceção — o eleitor vota na legenda e a esta incumbe distribuir as cadeiras, obtidas com os sufrágios que recebeu, entre os seus filiados fiéis.

A lei eleitoral alemã de 7 de maio de 1956 adotou uma combinação de eleição majoritária e proporcional; sistema misto: metade dos deputados é eleita para a Câmara Federal Alemã por voto direto em 328 *distritos eleitorais* (voto na pessoa do candidato) segundo as regras da eleição majoritária e os demais 328 por intermédio de chapas estaduais dos partidos (voto na

chapa ou legenda) segundo as regras da eleição proporcional. A lei eleitoral federal alemã de 21 de setembro de 1990 manteve o sistema eleitoral misto, combinando a eleição proporcional com a eleição pessoal (art. 1, n° 1).

A prática política alemã experimenta, “por vezes, um conflito entre a liberdade de consciência de um deputado e a lealdade perante a bancada e o partido; nenhuma bancada da Câmara Federal pratica, porém, a fidelidade total à bancada ou um mandato imperativo...” porque a tarefa que a Constituição atribui aos partidos é a de colaborar “para a formação da vontade política do povo”.³⁴

O exposto demonstra que, mesmo com o voto distrital, há sempre problemas desafiando solução quanto à *representação* como instrumento de formação da vontade política do povo, o que inviabiliza a *democracia só pelos partidos*.

A outra linha de *democracia representativa* é a chamada *democracia semidireta*.

Significa trazer para o povo todas as decisões que ele possa tomar.

A expressão *semidireta* não tem um valor técnico irrepreensível porque dá a entender que esse modelo é diferente daquele que se chama democracia clássica, porque, na realidade, a *semidireta* é um complemento desta.

Distinguem-se, *expressamente*, três procedimentos, como típicos deste modelo, havendo a tendência a acrescentar um quarto, o *recall* ou *revoca*.

São eles:

iniciativa popular,
referendo,
plebiscito.

Implicitamente, porém, incluía-se a *Ação de Impugnação de Mandato Eletivo* – AIME objeto deste texto.

IIIa¹ - Iniciativa Popular

A *iniciativa popular* consiste em o povo poder propor direito novo em matéria constitucional ou em matéria legal. Há breve exemplo na Itália e na Suíça. O Brasil consagrou-a, a partir do

34 - cf. Lei Eleitoral da República Federal da Alemanha, Papers, n° 2, 1992, Centro de Estudos da Fundação Konrad-Adenauer Stiftung.

texto constitucional de 1988³⁵, consistindo na apresentação de projeto de lei, à Câmara dos Deputados, subscrito por, no mínimo um por cento do eleitorado nacional, distribuído pelo menos por cinco Estados, com não menos de três décimos por cento dos eleitores de cada um deles.

Esse projeto não pode ser rejeitado por vício de forma, por isso, cabe à Câmara providenciar a correção de eventuais impropriedades de técnica legislativa ou de redação.

Anote-se a dificuldade de implementar esse procedimento, face aos requisitos constitucionais, aqui, descritos acima; tanto que, somente, quatro projetos de *iniciativa popular* tornaram-se leis, desde a promulgação da Constituição Federal, em 1988³⁶.

O Município da Cidade do Salvador, Capital do Estado da Bahia, diante dessa dificuldade procedimental e considerando a sua autonomia de ente federado, regulou a matéria no Regimento Interno de sua Câmara Municipal, mediante proposta de Resolução de iniciativa do autor deste texto, enquanto Vereador, aprovada em Plenário no dia 12 de novembro de 2018, atendendo sugestão do Deputado Federal ANTÔNIO BRITO, face ao modelo da 35 - cf. arts. 14, III e §2º do art.61, este, “*in verbis*”: a iniciativa popular pode ser exercida pela apresentação à Câmara dos Deputados de projeto de lei subscrito por, no mínimo, um por cento do eleitorado nacional, distribuído pelo menos por cinco Estados, com não menos de três décimos por cento dos eleitores de cada um deles.

36 - cf. I) - Lei nº8.930, de 06 de setembro de 1994. Dá nova redação ao art. 1º da Lei nº 8.072, de 25 de julho de 1990, que dispõe sobre os crimes hediondos, nos termos do art. 5º, inciso XLIII, da Constituição Federal, e determina outras providências, com a qual se incluiu o homicídio qualificado, nesse rol, após o assassinato da atriz Daniela Perez, de 22 anos, com grande repercussão popular, resultando em uma campanha de sua mãe, autora de novelas, Glória Perez, coletando um milhão e trezentas assinaturas no país. II) - Lei nº9.840, de 28 de setembro de 1999, altera dispositivos da Lei nº 9.504, de 30 de setembro de 1997, e da Lei nº 4.737, de 15 de julho de 1965 – Código Eleitoral, acrescentando a essa primeira lei o art.41-A, com a seguinte redação: “*ressalvado o disposto no art. 26 e seus incisos, constitui captação de sufrágio, vedada por esta Lei, o candidato doar, oferecer, prometer, ou entregar, ao eleitor, com o fim de obter-lhe o voto, bem ou vantagem pessoal de qualquer natureza, inclusive emprego ou função pública, desde o registro da candidatura até o dia da eleição, inclusive, sob pena de multa de mil a cinquenta mil Ufîr, e cassação do registro ou do diploma, observado o procedimento previsto no art. 22 da Lei Complementar nº 64, de 18 de maio de 1990*”, resultando disto a cassação de mandato, conforme projeto da iniciativa popular, colhendo um milhão de assinaturas, a partir do movimento de “*combate à corrupção eleitoral*”. III) – Lei nº11.124, de 16 de junho de 2005, dispõe sobre o Sistema Nacional de Habitação de Interesse Social – SNHIS, cria o Fundo Nacional de Habitação de Interesse Social – FNHIS e institui o Conselho Gestor do FNHIS; originária do projeto da iniciativa do Movimento Popular por Moradia, com mais de um milhão de assinaturas. IV) – Lei Complementar nº135, de 4 de junho de 2010, altera a Lei Complementar nº 64, de 18 de maio de 1990, que estabelece, de acordo com o §9º do art. 14 da Constituição Federal, casos de inelegibilidade, prazos de cessação e determina outras providências, para incluir hipóteses de inelegibilidade que visam a proteger a probidade administrativa e a moralidade no exercício do mandato; teve a iniciativa do Movimento de Combate à Corrupção Eleitoral, com um milhão e seiscentas mil assinaturas. É conhecida como a *lei da ficha limpa*.

Comissão de Legislação Participativa da Câmara dos Deputados.

Dotou-se o poder legislativo municipal soteropolitano de um instrumento destinado a cumprir o princípio constitucional da *democracia participativa* estabelecido no parágrafo único do art. 1º da Lei Fundamental brasileira, devidamente, desdobrado nos seus arts.58 e 61. Assim, a competência material da *Comissão Permanente de Legislação Participativa da Câmara Municipal de Salvador* está conforme as disposições constitucionais³⁷ refletidas regimentalmente.

Depreende-se, dos dispositivos constitucionais invocados³⁸, que a *democracia participativa*, estabelecida pela Constituição da República Federativa do Brasil, consagra a *iniciativa legislativa popular*, nos limites que ela regula para cada titular que designou, o que significa restrição para as matérias de *competência exclusiva*, porque as de *competência privativa* podem ser objeto dessa flexibilização.

É desta forma que o §1º do citado art.61 dispõe sobre a competência exclusiva do Chefe de Poder Executivo.

A *Comissão Permanente de Legislação Participativa* está sendo concebida, em diversas Casas Legislativas, para viabilizar as propostas legislativas populares, contornando, pela *interpretação integrativa*, por forma diversa, a prevista no § 2º do art. 61 supra citado.

A Câmara dos Deputados, pela Resolução nº21, de 2001, alterou o art. 254 do seu Regimento Interno e “alçou esse novo órgão à condição de autor das sugestões da sociedade civil, com o que restou satisfeito o requisito constitucional relativo à competência para desencadear o processo legislativo”:

“Art. 254. A participação da sociedade poderá, ainda, ser exercida mediante o oferecimento de sugestões de iniciativa legislativa, de pareceres técnicos, de exposições e propostas oriundas de entidades científicas e culturais e de qualquer das entidades mencionadas na alínea a do inciso XVII do art. 32.

§ 1º As sugestões de iniciativa legislativa que, observado o disposto no inciso I do artigo 253, receberem parecer favorável da Comissão de Legislação Participativa serão transformadas em proposição legislativa de sua iniciativa, que será encaminhada

37- cf. o parágrafo único do art. 1º e os arts. 58 e 61 da Constituição Federal.

38-cf. BRITO, Edvaldo. Aspectos jurídicos da democracia participativa como uma revisão do processo decisório. In. Revista da Faculdade de Direito. Vol. XXXVI, Salvador. EDUFBA 1996, p.115-131

à Mesa para tramitação.”

Acrescentou, então, o inciso XVII ao seu art.32, que elenca as comissões permanentes, dando-lhe a seguinte redação:

“Art.32.

XVII- Comissão de Legislação Participativa:

a) sugestões de iniciativa legislativa apresentadas por associações e órgãos de classe, sindicatos e entidades organizadas da sociedade civil, exceto partidos políticos;

b) pareceres técnicos, exposições e propostas oriundas de entidades científicas e culturais e de qualquer das entidades mencionadas na alínea a.

A proposição, aprovada pelo Plenário da Câmara Municipal de Salvador, guarda semelhança com esse texto regimental da Câmara dos Deputados, mas, não estabelece essas limitações materiais à *Comissão de Legislação Participativa*, porque, além de permitir a *iniciativa popular*, até, a *pessoas físicas*, também evita

“burla ao mandamento da Lei Maior que legitima tanto a iniciativa popular e a de comissão para dar início ao processo de elaboração das leis, nos exatos termos do art. 61. Ademais, não se pode impedir o juízo político ao autor de qualquer proposição, por imperativo lógico. Ressalte-se que a Comissão aludida não foi criada para fazer as vezes das comissões permanentes temáticas da Casa. Sua atuação é prévia à das demais comissões, eis que o seu escopo é tão-somente o de desencadear a apreciação das matérias por ela aprovadas, sendo mais um canal entre a sociedade e seus representantes” [...]. Daí porque competente a Comissão Permanente de Legislação Participativa para o exame da constitucionalidade, juridicidade, técnica legislativa e mérito, sob o prisma da conveniência política, das sugestões da sociedade civil que se enquadrem na competência das comissões permanentes da Casa, atendidos os pressupostos constitucionais e regimentais”³⁹.

Há, por exemplo, comissões de legislação participativa em 11 Assembleias Legislativas e em 30 câmaras municipais em todo

39- cf. BANDEIRA, Regina Maria Groba. Competência material da comissão de legislação participativa. Nota Técnica. In. Consultoria Legislativa da Câmara dos Deputados

o país, valendo citar iguais à de Salvador, as dos municípios de São Paulo e de Belo Horizonte.

O Senado Federal tem, também, regulado no seu Regimento Interno esse órgão que começou a funcionar em 2002 com o objetivo de receber sugestões da sociedade organizada e ampliar a participação popular e, assim, diminuiu a burocracia prevista na Lei nº9.709 de 18 de novembro de 1998. A comissão, em 2005, mudou de nome para Comissão de Direitos Humanos e Legislação Participativa (CDH).

A Comissão da Câmara de Salvador, além das *pessoas físicas*, à semelhança dessa senatorial, recebe sugestões de fundações, associações e órgãos de classe, sindicatos, entidades organizadas da sociedade civil, organizações religiosas, partidos políticos sem representação na Casa e instituições científicas e culturais.

Inova, portanto, ao admitir a *iniciativa popular de pessoa física*.

Qualquer sugestão que obtiver aprovação de parecer favorável de um relator designado, no seu âmbito, será transformada em proposição legislativa de autoria da própria Comissão e encaminhada à Mesa Executiva para tramitação regular, mas, prioritária.

A Universidade Federal da Bahia produziu pesquisa sobre essa Comissão e a considerou uma ferramenta de interação com a sociedade civil⁴⁰:

“Os canais digitais da Comissão Permanente de Legislação Participativa (CLP), disponíveis no website (www.camara.gov.br/clp), funcionam como meio de interação entre a sociedade civil e o sistema político. Os argumentos e processos oriundos desta interação são baseados em argumentos vinculados as compreensões de valores historicamente construídos. A aplicação de ferramentas tais como fóruns online e os processos de captação de sugestões de projeto de leis abre, por meio do poder legislativo em democracias liberais, a possibilidade de divisão efetiva do poder por meio de uma infraestrutura tecnológica. A CLP através da experiência da Associação de Juízes Federais do Brasil (Ajufe), proponente

40 - cf. Tenafrae da Silva Lordêlo. A comissão de legislação participativa: uma análise do site da comissão e suas ferramentas de interação. Orientador: Othon Jambeiro. Programa de Pós-Graduação em Comunicação e Cultura Contemporâneas. UFBA, 2009

da sugestão de projeto de lei 01/2001, a qual foi sancionada pelo presidente da república em 2006 e transformada na Lei 11.419/06, demonstrou uma viabilidade efetiva, da presença da sociedade civil organizada, na tomada de decisão dos negócios referentes à condução do Estado. Assim a CLP se transformou em possibilidade viável para a realização das iniciativas populares, frente aos outros mecanismos de participação previsto na Constituição Brasileira de 1988. Mesmo diante deste resultado expressivo é necessário analisar qual a aplicação que a CLP, instituição do Poder Legislativo, faz destas ferramentas e as possibilidades de abertura para a sociedade civil atuar no sistema político. Tal análise é feita por uma compreensão da relação histórica entre sociedade civil e sistema político, pela compreensão da infraestrutura tecnológica e da própria CLP. A metodologia do presente trabalho é o estudo de caso norteado por um roteiro de perguntas para a coleta de dados, apoiado por entrevistas, documentos referentes a CLP, participação em fóruns e processos de acompanhamentos de tópicos debatidos. Assim os canais digitais da CLP colocam-se na pauta dos estudos de comunicação e política, sobretudo, no que diz respeito à relação das novas tecnologias do desenho do Estado, da emergência de novos sujeitos sociais, dispostos a colocar suas demandas e sugestões diretamente ao sistema político”.

A Comissão de Legislação Participativa da Câmara Municipal de Salvador foi criada em 2018 para que o munícipe tenha mais um mecanismo de *participação* no dia a dia da cidade. Dentro dessa perspectiva e de forma direta, qualquer *pessoa física* ou jurídica pode oferecer aos vereadores sugestões para projetos de Lei e de Indicação.

É uma comissão técnica, à qual compete receber as sugestões populares de *iniciativa* legislativa apresentadas por *pessoas físicas* e por associações e órgãos de classe, sindicatos, fundações e demais entidades organizadas da sociedade civil, exceto partidos políticos, cabendo transformar tais sugestões em proposição legislativa ou arquivá-las, quando for o caso.

As Comissões Permanentes da Câmara Municipal de Salvador são órgãos colegiados criados com finalidade determinada, compostos por um grupo de vereadores — 07 (sete) titulares e 02 (dois) suplentes — que exercem suas funções durante todo o período da Sessão Legislativa, destinam-se ao exame técnico dos

assuntos submetidos a seu estudo e parecer, de acordo com as competências que lhes são atribuídas, nos termos dos arts.56 e 68 XIV, do Regimento Interno⁴¹.

IIIa² - Referendo e Plebiscito

A definição do *referendo* é, sempre, formulada em termos de contraposição à de *plebiscito*. Assim, o *referendo* consiste na manifestação popular sobre um projeto normativo; já o *plebiscito* é a decisão popular sobre uma opção de fato, portanto, opção não normativa.

Examinado o texto de 1988, verifica-se que, tecnicamente, ele enquadra os dois a contento, pois, na Europa encontram-se vários exemplos de *plebiscitos* apelidados de *referendo*, isto porque o *plebiscito* criou uma experiência negativa por causa das consultas que fizeram Napoleão I e Luiz Napoleão (Napoleão II), a Alemanha de Hitler e o fascismo italiano; a experiência da opção fraudada, da falsa opção. Por lá, aparece como um reflexo da democracia czarista, frustrando o povo que lhe depositara a legitimidade para a sua condução.

O *referendo*, todavia, não sofre dessa mácula e tem sido empregado nos Estados mais desenvolvidos; tanto o *referendo constitucional* quanto o *legal* (regido por lei infraconstitucional).

A França tem a sua Constituição (a de 04 de outubro de 1958) aprovada por um *referendo constitucional* e tem, assim, uma prática de um verdadeiro *referendo constituinte* realizado em 28 de setembro de 1958 com a aprovação de mais de 82% dos eleitores, adotando a vigente Constituição para a *Quinta República Francesa*, a de Charles de Gaulle. A própria Constituição estabelece-o para a sua *reforma*.

Há *referendo aprovativo* ou constitutivo e *referendo abrogativo* ou voto popular.

O texto da Constituição brasileira de 1988 abre largo espaço para o *plebiscito*⁴², por isso, cabe suscitar um problema

41 - O art. 68, inciso XIV, do referido Regimento dispõe sobre as suas atribuições: a) receber e dar parecer às sugestões de iniciativa legislativa apresentadas por associações e órgãos de classe, sindicatos, fundações e demais entidades organizadas da sociedade civil, exceto partidos políticos; b) emitir pareceres técnicos às exposições e propostas oriundas de entidades científicas e culturais e de qualquer das entidades mencionadas na alínea "a" deste inciso.

42 - a convocação pelo Congresso Nacional – art.49, XV; instrumento de aprovação para incorporação de Estados – art. 18, §3º; instrumento da consulta prévia para criação, incorporação, fusão e desmembramento de municípios – art.18, §4º.

que se liga a um velho debate que envolve os pensamentos de ROUSSEAU e do abade SIEYÈS e que consiste em saber se o voto do *plebiscito* deve ser obrigatório.

Votar, no pensamento de ROUSSEAU, é um direito, logo, o voto não seria obrigatório e, assim, se preservaria a *soberania popular*, a qual, no de SIEYÈS, o sentido, por esta via, está invertido para admitir-se a obrigatoriedade: é que a *soberania* pertence à Nação e, então, o voto é uma função que o indivíduo recebe da Nação, por isso, ele é obrigatório⁴³.

Essas duas teses, contudo, perdem, hoje, o valor de contraposição, porque as Constituições, em regra, reconhecem a titularidade da *soberania nacional* no próprio povo, ainda, quando destaque como uma categoria, a *soberania popular*, tal como se encontra nos dispositivos constitucionais brasileiros, sob comento.

A Constituição de 1988 dispõe sobre o exercício desse modelo democrático⁴⁴ e o legislador infraconstitucional regula-o pela lei nº9.709, de 18 de novembro de 1998, atribuindo protagonismo relevante à Justiça Eleitoral que, mediante comunicação do presidente do Congresso Nacional, ao tomar ciência da aprovação do ato convocatório, tem a incumbência de fixar data da consulta popular; de tornar pública a cédula respectiva; de expedir as instruções para a realização ou do plebiscito ou do referendo; e de homologar o resultado correspondente à aprovação ou à rejeição, por maioria simples.

Há histórica consulta popular no *referendo* de 1963 para saber-se se continuaria ou não o *parlamentarismo* no país, instituído pela Emenda Constitucional nº 4, de 02 de setembro de 1961.

O art.22 dessa Emenda outorgou às leis infraconstitucionais a atribuição de complementar a organização do sistema parlamentar de governo e o art.25 outorgou-lhes a faculdade de realização de plebiscito que decidiria sobre a sua manutenção ou a volta ao sistema presidencial.

Era previsto, portanto, a consulta, como plebiscito, a realizar-se nove meses antes do termo do, então, período presidencial, que seria em 1965, mas foi antecipado e chamado de referendo pela Lei Complementar nº 2, de 16 de setembro de 1962.

43 - cf. SIEYÈS, Emmanuel J. ?Qué es el tercer estado? Trad. José Rico Godoy. México. Universidad Nacional Autónoma de México. 1983.

44 - cf. incisos I, II e III do seu art.14.

Foi, enfim, realizado, em 06 de janeiro de 1963, o referendo. O povo rejeitou esse sistema de governo e optou pelo presidencialismo, por 9.457.448 votos não, contra 2.073.582 sim, de um total de 12.286.355 eleitores, representando 66% (sessenta e seis por cento) do eleitorado total de 18.565.277, apurados 284.444 brancos e 470.701 nulos⁴⁵.

Outra consulta popular importante, mediante referendo, ocorreu em 2005 acerca da compra e venda de armas de fogo e de munição.

Plebiscito, também, histórico foi o de 07 de setembro de 1993, determinado pela Constituição de 1988, com o objetivo de o eleitorado definir a *forma* (república ou monarquia constitucional) e o *sistema* de governo (parlamentarismo ou presidencialismo), instruindo-se os eleitores, gratuitamente, acerca de cada qual dessas *formas* e *sistemas*, através dos meios de comunicação de massa, cessionários de serviço público, conforme normas regulamentadoras dos dispositivos do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, expedidas pelo Tribunal Superior Eleitoral⁴⁶.

IIIa³ - Recall

A revoca (*recall*) não é, propriamente, uma *participação* popular no processo decisório porque consiste na possibilidade de uma fração do povo recolocar em disputa um cargo representativo: logo, se, de um lado, representa a extinção de um mandato, do outro, é uma proposta de eleição para um outro.

A inspiração do *recall* é corrigir erro do eleitorado, o mais brevemente possível, para não arcar com as consequências de uma má escolha, até o final previsto para o exercício do mandato.

Essa categoria desenvolveu-se em três *experiências* diferentes entre si: a norte-americana, a suíça e a socialista-marxista.

A *experiência norte-americana*: no plano federal não há *recall*, só no direito constitucional dos Estados e dos governos locais e guardam particularidades em cada um.

A *experiência suíça*: há só nos cantões e abrange os membros dos parlamentos cantonais, mesmo assim, a *experiência* é raríssima.

45 - cf. Seção de Arquivo do Tribunal Superior Eleitoral.

46 - cf. República 44.266.608; monarquia 6.843.196; presidencialismo 37.156.884 e parlamentarismo 16.518.028

A *experiência socialista marxista* conhece-o contra deputados tanto no direito da, então, União Soviética (Constituição de 1977) quanto a das colônias. Encontra-se nas Constituições, de então, da República Democrática da Alemanha, da Hungria, Bulgária, Polônia, Romênia, Tchecoslováquia. Contudo, a ideia não se liga, profundamente, a Marx, mas, a um texto de Lenine que entende como um critério democrático o de uma sociedade revogar o mandato daquele que não estivesse servindo bem.

O *recall* não é cogitado em sistemas eleitorais proporcionais e a Constituição brasileira não o registra, embora pudesse ser útil no sistema de governo presidencialista ainda que nos países onde é consagrado não se ter cogitado disto contra o chefe do Poder Executivo.

Conclui-se a apreciação da *representação*, afirmando-se que ela implica em problemas — como os que foram examinados — envolvendo a expressão da vontade popular, os quais impõem solução que, de qualquer forma, tem sido encontrada em cada tentativa, ainda que sempre carente de correções.

IV - A REVISÃO DO PROCESSO DECISÓRIO REPRESENTATIVO.

A DEMOCRACIA PARTICIPATIVA

Há sempre tentativas de correção dos defeitos apontados na *democracia representativa*, seja a *democracia pelos partidos*, seja a *semidireta*.

Hoje, enfatiza-se, como correção o que se denomina de *democracia participativa*.

Parte, essa ideia, de duas críticas à *democracia representativa*:

1^a) a de que há grupos que atuam em nome da maioria e não é a própria maioria que atua. Assim, a *participação*, neste caso, limita-se ao período eleitoral, porque, após, há um alheamento que permite ao governo atuar quase que livremente;

2^a) a de que mesmo essa *participação eleitoral*, é imperfeita por ser incapaz de traduzir todas as nuances da opinião pública que devam ser objeto de tomada de posição pelo eleitorado, até porque, mesmo quem vota, não está, plenamente, de acordo com o candidato escolhido.

Então, melhor seria desenvolver mecanismos para que o povo possa tomar posição nas decisões, como é o exemplo da *consulta* aos interessados na atuação do governo. Exemplo: antes

da desapropriação de bens para obras públicas.

Há dificuldades, também, nessa tentativa de aprimoramento ou de correção da *representação*. A primeira delas seria de saber-se quais são os interessados a *consultar*, seja no que toca a circunscrever os grupos interessados, seja no que se refere à ponderação dos interesses e dos respectivos grupos⁴⁷.

Os autores norte-americanos têm sido os que mais se preocupam com o tema e, antes, já se mencionou a *poliarquia* de DAHL, como exemplo, e as características com que ele a define e, até com arrimo na ciência da Lógica, demonstram-se as dificuldades.

Há, contudo, restrições à *participação*, as quais a tornam, sempre, condicionada.

É diante desses conhecimentos que se devem incluir os grupos de pressão e a informação suficiente dos cidadãos, como elementos tendentes à legitimidade do processo decisório.

IVa - Os grupos de pressão

Os *grupos de pressão* são decorrência de fragilidade dos partidos, transferindo-se a força política para outros grupos sociais: sindicatos operários, associações patronais, a Igreja ou, em alguns países, até, as *forças armadas* e estas, no Brasil, já foram tutoras das instituições políticas, pelas mãos das *viandeiras de quartéis*, pessoas que, recentemente, quiseram reeditar essa tutoria com a interpretação canhestra, dada ao art.142 da Constituição, invertendo-lhe a inteligência para tentar dar a entender que a cláusula “*garantia dos poderes constitucionais*”, plasmada “*in fine*”, significaria uma atribuição do *imperial poder moderador* capaz de inibir o que se entenderia como excesso de qualquer dos poderes constitucionais, como fora deferido ao Imperador, pela Constituição de 1824, como chave de toda a organização política, para velar sobre a manutenção da independência, equilíbrio e harmonia desses *poderes*.

O furo dessa interpretação reside, sobretudo, na circunstância de que as *forças armadas* não são, nem, poder constitucional, como poderia tutelar os verdadeiros?!

Enfim, “a incapacidade de a *representação* oficial exprimir os interesses dos indivíduos e dos grupos, relativamente aos problemas concretos sobre os quais o governo, diariamente, toma decisões que afetam a vida de todos, gerou uma outra, não oficial,

47 - cf. FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. A reconstrução, ob. cit. p.174

mas, atuante, a dos grupos de pressão⁷⁴⁸.

O modelo acentua-se mais nos Estados *intervencionistas* promotores do *bem-estar social* e do *desenvolvimento econômico*.

A extensão da atividade é bem abrangente, nesses Estados, e alcança a todos os cidadãos que ficam na dependência das opções das autoridades e, portanto, é natural que “todos se preocupem com essas decisões e busquem influenciá-las, em defesa do que lhes concerne mais de perto”.

Essa atuação defensiva é mais clara em relação aos parlamentares e como ela não é “oficial, é, geralmente, clandestina, a ação dos *grupos* pode ser daninha e é, sempre, perigosa para a comunidade, facilitando o emprego de meios condenáveis para a obtenção de vantagens muitas vezes desproporcionadas⁷⁴⁹.

Por isso, os Estados Unidos da América reconheceram, oficialmente, a existência e as funções desses grupos, regulando a sua atividade — até para prevenir práticas de *corrupção* — através do *Federal Regulation of Lobbying Act*, de 1946, um documento normativo expedido pelo Congresso dos Estados Unidos, com o objetivo de reduzir a influência dos lobistas, de modo a fornecer aos parlamentares informações sobre aqueles que os pressionam⁵⁰.

Essa lei norte-americana de 1946 foi substituída pela Lei de Divulgação de Lobby de 1995⁵¹.

48 - cf. FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. Do processo legislativo. São Paulo: Saraiva, 1968 pp. 78 e segs.

49 - cf. FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. Do processo legislativo, p.80

50 - Federal Regulation of Lobbying Act de 1946 Disposições selecionadas § 308: Registro de Lobistas na Secretaria do Senado e Secretário da Câmara “a) Qualquer pessoa que se contrate mediante pagamento ou contraprestação com o propósito de tentar influenciar a aprovação ou derrota de qualquer legislação pelo Congresso dos Estados Unidos deverá, antes de fazer qualquer coisa em prol de tal objeto, registrar-se no Secretário da Câmara dos Deputados e no Secretário do Senado e dará a esses oficiais, por escrito e sob juramento, seu nome e endereço comercial, o nome e o endereço da pessoa por quem trabalha e em cujo interesse comparece ou trabalha, a duração desse emprego, quanto ele é pago e deve receber, por quem ele é pago ou deve ser pago, quanto ele deve ser pago por despesas, e quais despesas devem ser incluídas . . . § 307: Pessoas a quem se aplica “As disposições deste ato aplicam-se a qualquer pessoa (exceto um comitê político, conforme definido na *Lei Federal de Práticas de Corrupção*, e comitês estaduais ou locais devidamente organizados de um partido político), que por si só, ou por meio de qualquer agente ou funcionário ou outras pessoas, de qualquer maneira, direta ou indiretamente, solicita, recolhe ou recebe dinheiro ou qualquer outra coisa de valor a ser usado principalmente para ajudar, ou cujo objetivo principal é ajudar, na realização de qualquer um dos seguintes fins: (a) A aprovação ou derrota de qualquer legislação pelo Congresso dos Estados Unidos.(b) Influenciar, direta ou indiretamente, a aprovação ou derrota de qualquer legislação pelo Congresso dos Estados Unidos.”

51 - A Lei de Divulgação de Lobby de 1995 dispõe sobre algumas definições úteis para a sua compreensão: [...] (7) ATIVIDADES DE LOBBYING - O termo *atividades de lobbying* significa os contatos e os esforços de lobbying em apoio desses contatos,

IVb - A informação suficiente do cidadão

Um outro fenômeno a ponderar no condicionamento da *participação* é a *informação suficiente dos cidadãos*. Esta, no mundo contemporâneo, processa-se por instrumentos os mais diversos, dentre os quais são destacáveis, pela sua acentuada influência, os meios de comunicação de massa, constitucionalmente, previstos para a livre divulgação dos eventos⁵².

A decisão será mais precisa, por meio da *participação*, quanto melhor qualidade tiver a *informação* fornecida ao cidadão por esses meios de comunicação de massa. “Se esses disseminarem essa informação com objetividade poderá haver decisão racional; do contrário, a deturpação irá contaminar a deliberação”⁵³.

Contudo, nenhum desses meios merece total confiança porque sempre serão propícios à manipulação da opinião pública. O menos sensível a essa manipulação é o da palavra escrita porque é mais favorável à racionalidade no conteúdo da mensagem.

A *informação suficiente do cidadão* tem contornos típicos nesta era digital, os quais são capazes de distorcer os fatos, a ponto de comprometer o seu verdadeiro conhecimento, dando-lhe dimensão impossível de ser mensurada quanto ao alcance que atinge.

Vale assemelhar essa situação ao arremesso de uma pedra no mar, que produz ondas de impossível percepção quanto ao destino que têm, diferentemente, duma pedra jogada em uma bacia cujas ondas não passam do seu espaço.

Pior, ainda, se considerada a circunstância do comprometimento da verdade, hoje, conhecido como “fake-news”:

incluindo atividades de preparação e planejamento, investigação e outros trabalhos de base que se destinam, no momento em que são realizados, a ser utilizados em contatos e coordenação com as atividades de lobbying de terceiros. (8) CONTATO DE LOBBY. - (A) DEFINIÇÃO - O termo “contato de lobby” significa qualquer comunicação oral ou escrita (incluindo uma comunicação eletrônica) a um funcionário do Poder Executivo coberto ou a um funcionário do Poder Legislativo coberto que seja feita em nome de um cliente em relação a: (i) formulação, modificação ou adoção de legislação federal (incluindo propostas legislativas); (ii) a formulação, modificação ou adoção de uma regra federal, regulamento, ordem executiva ou qualquer outro programa, política ou posição do Governo dos Estados Unidos; (iii) a administração ou execução de um programa ou política federal (incluindo a negociação, concessão ou administração de um contrato, concessão, empréstimo, permissão ou licença federal); ou (iv) a indicação ou confirmação de pessoa para cargo sujeito a confirmação pelo Senado. (B) EXCEÇÕES.- O termo “contato de lobby” não inclui uma comunicação que seja: (seguem-se vários itens).

52 - cf., por exemplo, o §1º do art.2º do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias.

53 - cf. FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. A reconstrução da democracia, ob. cit. p.150

o *universo das falsas notícias*.

O combate a esse *universo falso* tem sido objeto de uma produção legislativa⁵⁴, ainda, não, totalmente, eficaz. O campo eleitoral, contudo, tem sido protegido — com certo sucesso — dessa predatória ação dos infratores, mediante a atuação da respectiva jurisdição com aplicação de sanções severas aos infratores e com difusão de notícias que se contrapõem a essa conduta deletéria⁵⁵.

Todos esses condicionamentos no processo decisório, via participação, têm ensejado um maior controle do processo legislativo, também, pelos tribunais.

É assente o controle político, seja dos parlamentares sobre os atos de origem governamental, seja dos *grupos de pressão* sobre os de ambos.

Contudo, o *intervencionismo* estatal que propicia a interferência das opções da Administração no domínio privado e a interferência de seus atos de natureza normativa (p. ex., as *Medidas Provisórias*, no Brasil), têm ensejado a procura da proteção jurisdicional para os atingidos pelas ofensas aos direitos do cidadão pela via do processo legislativo e pela via dos atos da Administração.

Essas ofensas, portanto, acentuam-se em nome da atuação *intervencionista* de um Estado do *bem-estar e do desenvolvimento*, mas, resultam em situação inversa.

Todos esses mecanismos de aprimoramento da *democracia representativa*, seja pela sua linha de *democracia, através dos partidos*; seja pela linha da *democracia semidireta*, atuam em favor da institucionalização do *regime democrático participativo*, no qual o povo, constantemente, utiliza-se de meios que legitimam, de modo permanente, o processo decisório; ainda que seja, esse regime, uma consequência de várias teorias democráticas (ROBERT DAHL) ou que ele se realize com a prática de esboços teóricos, dado que nenhum, especificamente, “logrou permitir que o povo, a maioria, se governe a si próprio” (MANOEL GONÇALVES

54 - cf. *Lei* nº12.527, de 18 de novembro de 2011 que regula o acesso a informações previsto no inciso XXXIII do art. 5º, no inciso II do §3º do art.216 da Constituição Federal; altera a *Lei* nº8.112, de 11 de dezembro de 1990; revoga a *Lei* nº11.111, de 5 de maio de 2005, e dispositivos da lei nº8.159, de 8 de janeiro de 1991 e dá outras providências. *Lei* nº12.965, de 23 de abril de 2014 que estabelece princípios, garantias, direitos e deveres para uso da *internet* no Brasil. *Lei* nº13.709, de 14 de agosto de 2018, lei geral de proteção de dados pessoais (LGPD).

55 - cf., por exemplo, *Programa Permanente do TSE de Enfrentamento à Desinformação* cujo objetivo é difundir informações corretas e explicar o funcionamento da Justiça, usando as redes sociais dos tribunais.

FERREIRA FILHO).

Conclua-se lembrando que o Brasil é uma *democracia representativa e participativa*, porque o seu povo exerce a *soberania* por meio de representantes eleitos, além de fazê-la provir, *diretamente*, do rol, constitucionalmente, *expresso* de procedimentos, constitutivo do conteúdo da outorga da *soberania popular*, também, há, compondo-a, *implicitamente*, dentre outros atos, a *Ação de Impugnação de Mandato Eletivo* – AIME.

V – A AÇÃO DE IMPUGNAÇÃO DE MANDATO ELETIVO COMO UMA DAS GARANTIAS FUNDAMENTAIS

A *Ação de Impugnação de Mandato Eletivo* é uma inovação da Constituição de 1988. Antes de sua prescrição, refutar ofensa a essa *outorga popular*, era por meio do *recurso* interposto *contra a expedição de diploma*, disciplinado pelo Código Eleitoral, na sua redação primitiva, nas seguintes hipóteses *numerus clausus*:

- I - inelegibilidade ou incompatibilidade de candidato;
- II - errônea interpretação da lei quanto à aplicação do sistema de representação proporcional;
- III – erro de direito ou de fato na apuração final, quanto à determinação do quociente eleitoral ou partidário, contagem de votos e classificação de candidato, ou a sua contemplação sob determinada legenda;
- IV – concessão ou denegação do diploma em manifesta contradição com a prova dos autos, nas hipóteses do art.222 (redação dada pela Lei nº 9.840, de 28 de setembro de 1999).

A redação atual desse dispositivo é a seguinte:

Art. 262. O recurso contra expedição de diploma caberá somente nos casos de inelegibilidade superveniente ou de natureza constitucional e de falta de condição de elegibilidade. (Redação dada pela Lei nº 12.891, de 2013)

§ 1º A inelegibilidade superveniente que atrai restrição à candidatura, se formulada no âmbito do processo de registro, não poderá ser deduzida no recurso contra expedição de diploma. (Incluído pela Lei nº 13.877, de 2019)

§ 2º A inelegibilidade superveniente apta a viabilizar o recurso contra a expedição de diploma, decorrente de alterações fáticas ou jurídicas, deverá ocorrer até a data fixada para

que os partidos políticos e as coligações apresentem os seus requerimentos de registros de candidatos. (Incluído pela Lei nº 13.877, de 2019)

§ 3º O recurso de que trata este artigo deverá ser interposto no prazo de 3 (três) dias após o último dia limite fixado para a diplomação e será suspenso no período compreendido entre os dias 20 de dezembro e 20 de janeiro, a partir do qual retomará seu cômputo. (Incluído pela Lei nº 13.877, de 2019).

Verifica-se que a *Ação de Impugnação de Mandato Eletivo – AIME* tem *fundamento de validade* constitucional e tem formatação diversa dessa supra transcrita providência judicial, portanto, diferente do fundamento dessa medida processual de um mero *recurso*, cujos elementos subjetivos e objetivos são restritos: *inelegibilidade superveniente*.

Já o art.24 e seu parágrafo da lei nº7.664, de 29 de junho de 1988, pode ser admitido como o embrião da AIME porque dispunha:

O mandato eletivo poderá ser impugnado ante à Justiça Eleitoral (vetado) após a diplomação, instruída a ação com provas conclusivas de abuso do poder econômico, corrupção ou fraude e transgressões eleitorais.

Parágrafo único. A ação de impugnação de mandato tramitará em segredo de justiça, respondendo o autor, na forma da lei, se temerária ou de manifesta má-fé.

Essa redação é idêntica à dos §§10 e 11 do art.14 da Constituição, aqui, sob análise. Afirme-se, por isso, que essas disposições da referida lei nº7.664/1988 são a *fonte* de inspiração da Constituição, bem assim, que essa *ação* não se confunde com o *recurso* contra a expedição de diploma, tal como dito supra.

Insista-se: a natureza da norma constitucional transcrita é a de um *preceito*.

A *fonte* constitucional dá-lhe o gabarito de *direito fundamental*, bem ao gosto dessa teorização da *representação* como instrumento da vontade popular e da *participação* popular assegurada por essa *garantia fundamental*.

Va - disciplina constitucional da ação de impugnação de mandato eletivo - AIME

Retorna-se à norma constitucional, por completo, que disciplina a ação, “*in verbis*”:

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

I - plebiscito;

II - referendo;

III - iniciativa popular.

§ 4º São inelegíveis os inalistáveis e os analfabetos.

§ 7º São inelegíveis, no território de jurisdição do titular, o cônjuge e os parentes consanguíneos ou afins, até o segundo grau ou por adoção, do Presidente da República, de Governador de Estado ou Território, do Distrito Federal, de Prefeito ou de quem os haja substituído dentro dos seis meses anteriores ao pleito, salvo se já titular de mandato eletivo e candidato à reeleição.

§9º Lei complementar estabelecerá outros casos de inelegibilidade e os prazos de sua cessação, a fim de proteger a probidade administrativa, a moralidade para exercício de mandato considerada vida pregressa do candidato, e a normalidade e legitimidade das eleições contra a influência do poder econômico ou o abuso do exercício de função, cargo ou emprego na administração direta ou indireta. (Redação dada pela Emenda Constitucional de Revisão nº 4, de 1994)

§10 - O mandato eletivo poderá ser impugnado ante a Justiça Eleitoral no prazo de quinze dias contados da diplomação, instruída a ação com provas de abuso do poder econômico, corrupção ou fraude.

§11 - A ação de impugnação de mandato tramitará em segredo de justiça, respondendo o autor, na forma da lei, se temerária ou de manifesta má-fé.

A norma completa constitui-se, portanto, dos signos supra transcritos, embora o núcleo da ação esteja nos §§9º, *in fine*, 10 e 11 desse art.14 da Constituição Federal, a seguir analisados.

Repita-se o que se disse antes: a *densidade* dessa norma constitucional é *sedes materiae*, porque se insere no campo de regulação da *soberania popular*, espaço que não suporta qualquer vício na pureza de sua característica de *legitimação* dos *direitos políticos*, base do exercício da representação do *poder* que emana

do povo. Essa sua *densidade* condiciona a sua *interpretação*.

Va¹ – Ação

A norma, ao dispor que a providência é uma *ação*, estabelece, assim, que o procedimento do respectivo titular é o meio de provocação da tutela jurisdicional que, por sua vez, é uma *função* da *soberania* do Estado⁵⁶ e, ao mesmo tempo, nos termos do inciso XXXV do art.5º da Constituição Federal, um *direito subjetivo público* do cidadão e, no caso da AIME, integrante da categoria dos *direitos fundamentais*, porque esta ação — como foi visto, antes — está no rol das *garantias fundamentais* que são, afinal, *direitos fundamentais*.

Uma *ação judicial* tem *elementos e condições*.

Os *elementos subjetivos* são as *partes*, por isso, fala-se de *processo objetivo* quando, na lição de TRIEPEL, trata-se daquele processo referente ao controle de normas⁵⁷; não conhece *partes* porque o interesse do requerente é a preservação da segurança jurídica e não a defesa de um interesse próprio.

É legitimado, ativamente, qualquer eleitor porque é titular do *direito subjetivo público*, tal como se fundamentou, até aqui, *data vênia* da posição jurisprudencial em contrário que entenda inexistir, para ele, legitimidade *ad causam*.

A legitimação passiva tem sido admitida de referência a litisconsórcio passivo.

As “*condições da ação*” é tema que envolve interesse e legitimidade, como dispõe o art.17 do Código de Processo Civil, pois a ausência desses dois requisitos resultará em extinção do processo sem resolução do mérito (art.485, VI do mesmo Código).

Os *elementos objetivos* são a *causa de pedir* e o *pedido*.

O mandamento constitucional estabelece a *causa de pedir* da ação, porque esse elemento consiste nos fatos e fundamentos jurídicos do *pedido*. São eles:

I – abuso do poder econômico;

II -corrupção;

56 - cf. CHIOVENDA, Giuseppe. Instituciones de derecho procesal civil. Vol. II, 1ª ed. Trad. E. Gómez Orbaneja. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado. 1940, p.2

57 - cf. MENDES, Gilmar Ferreira. A ação declaratória de constitucionalidade: a inovação da emenda constitucional n°3, de 1993. In. MARTINS, Ives Gandra da Silva et al. A ação declaratória de constitucionalidade. São Paulo. Saraiva 1994, p.53.

III-fraude

Tratando-se de norma sancionatória a sua interpretação tem de ser literal, não admitindo *analogia* para configuração do *tipo* e, no caso de dúvida, tem de ser adotado o sentido de maneira mais favorável ao acusado.

Essa conclusão decorre, também, da leitura do §11, *in fine*, que estabelece, além do *segredo de justiça* para a tramitação da ação, também, a necessidade de a lei integrativa punir o autor, se temerária ou se de manifesta má-fé a sua iniciativa.

Enfim, é ação, mas, não há lei específica regulando a AIME, então, por construção jurisprudencial, aplica-se o *rito* ordinário eleitoral, que é o previsto na Lei Complementar nº64 de 18 de maio de 1990 para a AIRC e AIJE.

Va¹a – abuso do poder econômico

Nesse ponto impõe-se a busca da noção de poder econômico e da identificação do seu exercício abusivo⁵⁸.

A Constituição defere à lei infra constitucional a repressão desse exercício abusivo quando ele objetivar:

- a) a dominação dos mercados;
- b) a eliminação da concorrência; e
- c) o aumento arbitrário dos lucros.

O que será, então, poder econômico, sobretudo, para o efeito eleitoral capitulado no §10 do art.14 da Constituição Federal?

Quando se examina o tema, no plano jurídico, em regra, toma-se em consideração, apenas, a associação dessa expressão *poder econômico* ao que seja *abuso* do seu exercício.

Mas, qual é mesmo a noção que se tem de *poder econômico*?

Nenhuma, no o plano jurídico. Não se tem, propriamente, um conceito de *poder econômico*, porque não há nenhuma norma jurídica que o descreva. Mas, é uma expressão que está, a todo momento, sendo utilizada em campos jurídicos segmentados: ora na legislação eleitoral, ora na legislação propriamente de defesa da economia.

58 - cf. BRITO, Edvaldo. Reflexos jurídicos da atuação do estado no domínio econômico. 3^a ed. Revista, atualizada e ampliada. São Paulo SaraivaJur. 2022, p.242 e segs.

À mingua, pois, de uma noção jurídica para examiná-lo, diga-se que o *poder econômico* demonstra-se quando ele se manifesta por uma força do capital que venha ser confrontante com todas as outras forças vivas ou de *poder* que existem na sociedade, especialmente, quando esse confronto se faz com o *poder* chamado de formal, ou seja, o *poder político*, o poder de dominação, propriamente dito.

O problema é que o *poder político*, o poder formal, o poder de dominação, às vezes, confina-se a determinado território. E, às vezes, ele pode até ser identificado em pessoas, em instituições e, portanto, pode até ser tolhido, pode até ser limitado por forças em contrário.

Sabe-se do poder formal mediante as instituições que ele encarna, o Congresso Nacional, por hipótese. Sabe-se até onde vai a sua competência. Sabe-se que existe, também, por hipótese, um conjunto de pessoas formando uma situação de mando chamada de Poder Judiciário, cujas atribuições estão estabelecidas de modo a perceber-se a sua atuação. E assim por diante.

Ora, sabendo-se qual é a sua competência, quais pessoas exercem essas atribuições e qual é o procedimento que essas pessoas vão ter de observar para exercer essas atribuições tem-se, enfim, a perfeita consciência do que é um poder dessa natureza formal. E, portanto, tem-se perfeita consciência de qual é a superfície ou os limites do exercício desse poder, assim, no espaço.

Poder econômico é noção que gera dificuldade, já por causa de todas essas comparações entre ele e o *poder formal*. Assim, não se sabe quais são as suas atribuições, quais são os seus agentes “*stricto sensu*”, quais são os seus limites no espaço globalizado. Ora, como não se sabe nada sobre esse *poder*, tem-se dificuldades enormes de saber-se como ele age e quem são os seus agentes.

Não adianta dizer que ele é exercido pelos grandes conglomerados econômicos. Pode não ser. Não adianta dizer que as suas atribuições resumem-se às fases da economia: produzir, colocar em circulação de modo que no *mercado* se consuma e fazer com que se distribua o justo resultado na medida da participação de quantos produziram. Não adianta dizer isso porque há determinadas formas de exercício na área econômica que terminam sendo formas que, sob certas circunstâncias, elas se vão transformando de regulares em *abusivas*, pela expressão

de poder que representam.

Há *momento* em que um procedimento pode ser *abusivo*, pelas circunstâncias e, em outro, não; em um *espaço* pode ser *abusivo* e, em outro, não. Então, as formas de *abuso* do exercício do *poder econômico* podem variar no *espaço* e no *tempo*.

Essas considerações sobre a noção de *poder econômico*, sobre a impossibilidade de encontrar sua forma, tudo isso demonstra como ele é perigoso porque não tem forma; é igual à nuvem que fica no céu, a cada instante mudando a forma em razão da sua própria sobrevivência. Então essa é a *primeira questão* que se tem de resolver: a da *noção* e a do *exercício abusivo* do *poder econômico*.

Se se passa para o sistema jurídico brasileiro tem-se que partir da Constituição Econômica que está inserida na Constituição Jurídica e, por seu intermédio, colher uma noção de como é que essa Constituição estabelece regras sobre *poder econômico*. E se verifica que ela cuida da matéria de modo relativo porque ela própria não tem uma noção do que é *poder econômico* para a orientação jurídica.

Assim, analisada a Constituição do Brasil, encontra-se no § 4º do seu art. 173 a seguinte dicção: “*a lei reprimirá o abuso do poder econômico*”. É a mesma que está no §10 do seu art. 14, aqui, sob comento.

O que é *poder econômico*? Já se viu, ela, a Constituição, não o diz. Mas, ela confina a noção quando estabelece que há *abuso* quando o *exercício* tenha como objetivo:

- I – a dominação dos mercados;
- II – a eliminação da concorrência; e
- III – o aumento arbitrário dos lucros.

Então, pode-se construir um conceito no plano da Constituição do Brasil, na tentativa de dar uma disciplina jurídica do *poder econômico*, no sistema jurídico brasileiro, simplesmente, assim: quando a atividade econômica representar um desses três objetivos, qualquer que seja a circunstância de fato, aí existe um poder econômico e ele está sendo exercido de modo *abusivo*, inclusive em circunstância *eleitoral*

Tem-se, dessa forma, uma noção de *poder econômico* em função do exercício *irregular* que é a dominação das partes, tentando eliminar a concorrência. Então, cada vez que se verificar estar a concorrência em perigo é porque ela está para

ser eliminada; porque pode estar ameaçada por essa ou aquela forma, mas, se não for na linha da eliminação, não é *abuso do poder econômico*; em outros termos, não é exercício *abusivo do poder econômico*, por fim, a obtenção de lucros, se seu aumento não for arbitrário.

Mas, em que consistem esses três elementos? O que é dominar mercado? O que é eliminar concorrência? O que é obtenção de lucros de modo a ser extorsivo?

Então, por essa razão, é que se reitera serem sempre *relativas* essas noções que compõem a noção de *poder econômico no tempo e no espaço*, ou, mais propriamente, a noção de exercício *abusivo*.

Aqui, ainda, é necessário examinar essa questão porque, em princípio, o legislador não confundiu eliminação da concorrência com dominação do mercado. Não confundiu dominação do mercado, eliminação da concorrência com aumento arbitrário de lucro.

Dessa forma, cabe a pergunta: como é que se chega à conclusão de que isso está ocorrendo? A resposta está na análise das circunstâncias e, por isso, é que somente o Poder Judiciário pode construir, nas circunstâncias, o que é que representam esses três elementos que compõem a noção de *poder econômico* e a do exercício *abusivo* desse poder.

Daí é que, também, tenta-se fazer essa ligação com o *mercado*, tal como se deve fazer com a circunstância eleitoral

Quer dizer, só se pode entender que há um *abuso do exercício do poder econômico* se se comparar esse exercício com as circunstâncias regulares de operação do *mercado* ou da atividade *eleitoral*.

Ao contrário, são circunstâncias irregulares de operação do *mercado* aquelas que são formas diretas e indiretas de concentração.

O que são formas diretas? São as técnicas consagradas, especialmente, no campo da economia, sob as conceituações de: cartel; monopólio, sendo este que, entre nós, só o Estado pode praticá-lo e, assim mesmo, por meio da União, nos casos descritos constitucionalmente; o oligopólio; o monopsônio; o oligopsônio.

As indiretas são técnicas ainda não tipificadas, por isso, não têm uma "*facti species*"; essa é a razão pela qual a legislação formula hipóteses que absorvem os disfarces, anteriormente

definidos como concentração vertical e concentração horizontal.

Essa noção de *poder econômico* e a de seu uso *abusivo*, para os efeitos *eleitorais*, seriam as mesmas?

A resposta é: se a captação de sufrágio vincular-se a qualquer dessas formas de obtenção e de utilização de recursos financeiros, ela é *ilícita* e, assim, *tipificará o abuso de poder econômico* que vicia a forma de manifestação desse sufrágio. Terá de haver “provado mínimo liame entre a benesse, o candidato e o eleitor.”⁵⁹

Va^{1b} - corrupção

O signo *corrupção* tem vasto conteúdo semântico, por isso, torna-se necessário um apelo à *Semiótica*, ciência — conforme já citado, antes — que tem como objeto a *linguagem* e que contém a asserção no sentido de que toda afirmação é um *signo* ou um conjunto de *signos*, razão porque a comunicação entre o *emissor* de uma mensagem e o seu *receptor* passa por três relações: *semântica*, *sintática* e *pragmática*.

A *semântica* expressa o conteúdo de significação de cada signo: é uma relação dele consigo mesmo. O signo *corrupção*, assim, significa *decomposição*, *putrefação*, *desmoralização*, *depravação*, *devassidão*, *sedução*, *suborno*, *maculo*, *perversão*, *peita*.

A *sintática* demonstra os efeitos de significação de um signo quando usado em relação com outro: *corrupção eleitoral* distingue-se, por exemplo, de *corrupção penal* que se desdobra, por sua vez, em *corrupção ativa*⁶⁰, *corrupção passiva*⁶¹, *corrupção de menores*⁶², *corrupção de água potável*⁶³.

Certamente, *corrupção eleitoral* atina com uma conduta que seduza, suborne, peite ou represente um maculi que tolde o processo de manifestação da *soberania popular* expressa pelo exercício do voto direto e secreto, com valor igual para todos, o que significa um *sufrágio*, verdadeiramente, *universal* — tal como

59 - cf. RCED 665, rel. min. Marcelo Ribeiro, Dje de 1º-04-2009.

60 - crime praticado por particular contra a Administração Pública, tipificado pelo oferecimento ou pela promessa de vantagem indevida a funcionário público para determinada prática, ou omissão ou retardamento de ato ou de ofício.

61 - crime tipificado pela solicitação ou pelo recebimento, por funcionário público, para si ou para outrem, direta ou indiretamente, ainda que fora da função ou antes de assumi-la, mas, em razão dela, vantagem indevida, ou a aceitação de promessa de tal vantagem. Aqui, é o funcionário público que tem a autoria do delito contra a Administração Pública.

62 - cf. art. 218 do Código Penal.

63 - cf. art. 271 do Código Penal.

definido, antes, neste texto — ou seja, praticado com liberdade de pensamento por *todos* os eleitores.

A *pragmática* é a relação do signo com o habitual uso do emissor de referência ao receptor. Denota uma *linguagem* de praxe.

Perscruta-se, aqui, no caso da AIME, a partir de uma interpretação *sedes materiae*, a praxe eleitoral, *desde* os primeiros momentos em que o legislador — autor da *linguagem objeto*: a norma que ele emite — formula a mensagem, já do art.24 e seu parágrafo da lei nº7.664, de 29 de junho de 1988, até a sua inserção como “*única ação eleitoral de expressa nomeação constitucional*”⁶⁴, passando pela *metalinguagem* traduzida na jurisprudência iniciada com o julgamento do *leading case*, aqui, invocado; ou seja, a *matéria*, sempre, está em *sede eleitoral*.

Conseqüentemente, o signo *corrupção*, nessa ambiência constitucional, tem de ser tomado, aqui, numa *situação eleitoral*, tal como se encontra explicado no *leading case* referido: *corrupção* não no sentido, tecnicamente, penal, mas, sim de “conspuração ou degeneração ou putrefação ou degradação ou depravação do processo eleitoral em si, com seus perniciosos e concretos efeitos de cunho ético-isonômico-democráticos”, por isso, o referido julgado incluiu o *abuso de poder político*, não mencionado, explicitamente, no dispositivo constitucional (§10 do art.14), como espécie do gênero *corrupção*.

Va¹c - fraude

O signo *fraude* comporta, também, na sua relação *semântica*, o sentido de burla, engano, falsificação, adulteração, abuso de confiança.

Sintática e pragmaticamente, o signo *fraude* guarda as mesmas considerações feitas supra, acerca da palavra *corrupção*, plasmada no §10 do art.14 da Constituição, porque há *fraudes* (no plural) capituladas como *crimes*, no Código Penal:

estelionato; disposição de coisa alheia como própria; alienação ou oneração fraudulenta de coisa própria; defraudação de penhor; fraude na entrega de coisa; fraude para recebimento de indenização ou valor de seguro; fraude no pagamento por meio de cheque; duplicata simulada; abuso de incapazes; induzimento à especulação; fraude no comércio; fraudes e abusos na fundação ou administração de sociedade por ações;

64 - cf. o *leading case* expresso pelo Respe nº28.040-BA, rel. min. Ayres Britto.

emissão irregular de conhecimento de depósito ou “warrant”;
fraude à execução.

O Código Civil, também, contempla o signo *fraude* (contra credores), quando cuida dos *defeitos do negócio jurídico*, os quais consistem nos *vícios da vontade*, por isso, são irregularidades no processo de formação da *vontade*, do que resulta a *anulação do acordo*.

Certamente que o §10 do art.14 da Constituição ao grafar a palavra *fraude*, não o faz para abrigá-la em um contexto fora daquele ambiente do *sufrágio universal*, ou seja, o pleno direito de votar e ser votado de todos os cidadãos elegíveis e na garantia da correta e transparente apuração dos resultados. São elegíveis e eleitores, hoje, as pessoas que preencherem os requisitos listados no art.14 da Constituição, excluídas aquelas que, obviamente, estiverem fora desse rol e os analfabetos.

Ora, *fraude*, em resumo, é o *falso*.

Logo, qualquer conduta inverídica, no repertório eleitoral configura o *falso* e o vicia, fora desse ambiente, outro *falso* não é contemplado. A jurisprudência tem sido concordante com esse entendimento⁶⁵, como oexemplos, também, a *fraude* à cota de

65- cf. AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL ELEITORAL Nº 0600307-10.2020.6.21.0098 – GARIBALDI – RIO GRANDE DO SUL Relator: Ministro Carlos Horbach Agravantes: Alex Carniel e outros Advogados: José Eduardo Rangel de Alckmin – OAB: 2977/DF e outros Agravados: Coligação Garibaldi no Caminho Certo e outros Advogados: Ricardo de Oliveira Silva – OAB: 16471/RS e outros ELEIÇÕES 2020. AGRAVOS EM RECURSO ESPECIAL. ALJE E AIME. JULGAMENTO CONJUNTO. ABUSO DO PODER ECONÔMICO, USO INDEVIDO DOS MEIOS DE COMUNICAÇÃO SOCIAL, FRAUDE E GASTOS ILÍCITOS DE CAMPANHA. CASSAÇÃO DOS CANDIDATOS ELEITOS A PREFEITO E VICE. INELEGIBILIDADE DO TITULAR DA CHAPA MAJORITÁRIA. CONVOCAÇÃO DE NOVAS ELEIÇÕES. DESPROVIMENTO. 1. Inexistência de violação aos arts. 275 do Código Eleitoral, 489, § 1º, e 1.022 do Código de Processo Civil, uma vez que os alegados vícios denotam tão somente insurgência afeta à solução jurídica empregada, o que não se coaduna com a via dos aclaratórios, de cognição estreita, vocacionada ao aprimoramento do julgamento. 2. A fraude disposta no art. 14, § 10, da Constituição Federal apresenta conceito elástico a fim de que nele se subsuma todo tipo de simulação com a finalidade de interferir no processo eleitoral, criar-lhe embaraço ou dano, repercutindo maliciosamente na isonomia entre os candidatos. Precedente. 3. A gravidade da fraude perpetrada foi extraída dos elementos juntados aos autos analisados em sua integralidade, a tratar-se de efetiva espionagem de agente político à frente da municipalidade, cargo que os ora agravantes pretendiam galgar na disputa das eleições, utilizando-se, no afã de se apresentarem como opção mais vantajosa aos eleitores, de estratégias de campanha ardilosas, em clara quebra da boa-fé e da ética que se esperam daqueles que buscam ocupar os mais altos cargos de gestão da administração pública.

gênero⁶⁶, e à fraude à lei⁶⁷.

Referências bibliográficas, além das citações nas notas de rodapé

BOBBIO. Norberto. Qual socialismo?; debate sobre uma alternativa. Trad. de Iza de Salles Freaza. Rio de Janeiro, Paz e Terra, 1983.

BRITO, Edvaldo. Reflexos jurídicos da atuação do Estado no domínio econômico. São Paulo, Saraiva, 1982.

66 - cf. AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL ELEITORAL nº0600549-92.2020.6.05.0201 – CAATIBA/BA, rel. min. Carlos Horbach. RECURSO ESPECIAL ELEITORAL Nº 0600001-20.2021.6.20.0038 – MARTINS – RIO GRANDE DO NORTE Relator: Ministro Alexandre de Moraes Recorrente: Partido dos Trabalhadores (PT) – Municipal Advogados: Kennedy Lafaiete Fernandes Diógenes – OAB: 5786/RN e outros Recorridos: José Francoar Ferreira da Silva e outros Advogados: Wellington Moreira de Azevedo – OAB: 3223/RN e outros ELEIÇÕES 2020. RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DE IMPUGNAÇÃO DE MANDATO ELETIVO (AIME). FRAUDE À COTA DE GÊNERO. PROVAS ROBUSTAS. COMPROVAÇÃO. PROVIMENTO. 1. É firme a Jurisprudência desta CORTE SUPERIOR ELEITORAL no sentido de admitir a propositura de Ação de Impugnação de Mandato Eletivo (Aime) para apurar violação à cota de gênero. 2. A fraude à cota de gênero de candidaturas femininas representa afronta aos princípios da igualdade, da cidadania e do pluralismo político, na medida em que a ratio do art. 10, § 3º, da Lei 9.504/1997 é ampliar a participação das mulheres no processo político-eleitoral. 3. Pela moldura fática contida no Acórdão Regional, delineada a partir de conteúdo probatório contundente (documentos, oitiva de testemunhas e o depoimento pessoal da requerida), é incontroverso o reconhecimento da fraude: (i) a candidata obteve apenas um voto; (ii) o suposto ato de campanha realizado por ela é insignificante (registrada a participação em uma única “live” na plataforma Youtube ao lado dos demais candidatos); (iii) não houve movimentação financeira alguma na campanha; (iv) não teve nenhuma despesa; (v) não apresentou extratos bancários ou notas fiscais; (vi) embora não tenha apresentado uma prestação de contas zerada, verifica-se que a singela — e única — receita registrada, consubstanciada em doação estimável do Partido, no valor de R\$130,62 (cento e trinta reais e sessenta e dois centavos), se refere a um contrato de prestação de serviços de administração financeira, contratada pelo doador (“Serviços prestados por terceiros/SERVIÇOS DE ADMINISTRADOR FINANCEIRO DURANTE A CAMPANHA ELEITORAL 2020”). Desse modo, se deduz que também (vii) não teve sequer material de campanha. Assinado eletronicamente por: ALEXANDRE DE MORAES 23/08/2022 10:58:04 <https://consultaunificadapje.tse.jus.br/0600001-20.2021.6.20.0038> 4. Caracterizada a fraude, e, por conseguinte, comprometida a disputa, a consequência jurídica em sede de Ação de Impugnação de Mandato Eletivo é: (i) a cassação dos candidatos vinculados ao Demonstrativo de Regularidade de Atos Partidários (Drap), independentemente de prova da participação, ciência ou anuência deles; e (ii) a nulidade dos votos obtidos pelo Partido/Coligação, com a recontagem do cálculo dos quocientes eleitoral e partidários, nos termos do art. 222 do Código Eleitoral. 5. Recurso Especial provido.

67 - cf. Recurso Ordinário nº0601407-70 – Classe 11550 – Curitiba-Paraná, rel. min. Benedito Gonçalves

BURDEAU, Georges. *Traité de Science Politique*. 2^a ed., t. VII — “La démocratie gouvernante. Son assise sociale et sa philosophie”. Paris, L.G.D.J., 1973.

CAMPOS, German J. Bidart. *El derecho constitucional del poder*. T. I “El derecho constitucional del poder comparado. El Congreso”. Buenos Aires, EDIAR, 1967.

DAHL, Robert A. *Um prefácio à teoria democrática*. Trad. Ruy Jungmann. Rio de Janeiro, Jorge Zahar, 1989.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *A democracia possível*. São Paulo, Saraiva, 1972.

_____. *A reconstrução da democracia*. São Paulo, Saraiva, 1979.

GIANNINI, Massimo Severo. *El poder público — Estados y administraciones públicas*. Prólogo e trad. de Luis Ortega. Madrid, Civitas, 1991.

HIRST, Paul. *A democracia representativa e seus limites*. Trad. Maria Luiza X. de A. Borges. Rio de Janeiro, Jorge Zahar Editor, 1992.

KELSEN, Hans. *Esencia y valor de la democracia*. Trad. da 2a. ed. alemã, por Rafael Luengo Tapia e Luis Legaz y Lacambra. Buenos Aires, Editorial Laba.

LOCKE, John. *Segundo tratado sobre o governo*. Trad. E. Jacy Monteiro. São Paulo, Ibrasa, 1963.

MOISÉS, José Álvaro, et alii (orgs.). *Dilemas da consolidação da democracia*. Rio de Janeiro, Paz e Terra, 1989.

MONTESQUIEU, Charles de. O espírito das leis. Introd., trad. e notas de Pedro Vieira Mota. São Paulo, Saraiva, 1987.

PLATÃO. La república. Emece, Buenos Aires, 1945.

RIPERT, Georges. Le regime democratique et le droit civil moderne. 2. ed. Paris, L.G.D.J., 1948.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. El contrato social. Trad. por Consuelo Berges. Madrid, Aguilar, 1973.

SAVATIER, R. Les métamorphoses économiques et sociales du droit civil d'aujourd'hui. Paris, Dalloz, 1948.

TRUSSO. Francisco Eduardo. De la legitimidad revolucionaria a la legitimidad constitucional

MONTESQUIEU, Charles de. O espírito das leis. Introd., trad. e notas de Pedro Vieira Mota. São Paulo, Saraiva, 1987.

PLATÃO. La república. Emece, Buenos Aires, 1945.

RIPERT, Georges. Le regime democratique et le droit civil moderne. 2. ed. Paris, L.G.D.J., 1948.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. El contrato social. Trad. por Consuelo Berges. Madrid, Aguilar, 1973.

SAVATIER, R. Les métamorphoses économiques et sociales du droit civil d'aujourd'hui. Paris, Dalloz, 1948.

TRUSSO, Francisco Eduardo. De la legitimidad revolucionaria a la legitimidad constitucional. Buenos Aires, EUDEBA, 1968.

WEFFORT, Francisco. Qual democracia? São Paulo, Companhia das Letras, 1992.

AS RESTRIÇÕES AOS DIREITOS POLÍTICOS E A INTERPRETAÇÃO CONSTITUCIONAL RETROSPECTIVA

Eneida Desiree Salgado

1. Uma resposta ao passado, uma proposta para o futuro

A Constituição completa 35 anos em 2023. E continua o debate sobre a natureza jurídica do poder constituinte acionado em 1986 e que deu origem à ordem constitucional vigente. A convocação de uma Assembleia Nacional Constituinte por uma emenda à Constituição estabelecida pelo regime civil-militar aponta para a leitura de que a transição para a democracia não foi uma ruptura, ainda mais diante da recusa de uma constituinte exclusiva. Há quem tenha vinculado o produto do poder constituinte, exercido por um congresso, eleito segundo a Constituição então vigente e que toma posse jurando aquela Constituição, aos limites da Constituição que se extingue.² A disputa pela definição das possibilidades das e dos constituintes vai desde a sua instalação, com a posição do Presidente do Supremo Tribunal Federal sobre a participação dos senadores que foram eleitos na legislatura anterior,³ e permanece durante a construção do texto, com destaque para a postura do então Presidente da República.

A Assembleia Nacional Constituinte funciona de maneira claudicante. Há muitos debates durante a elaboração do regimento interno, principalmente em relação à participação popular, e também no primeiro turno de votação. A divisão em comissões e subcomissões permite um aprofundamento das discussões sobre temas específicos, inclusive com audiências públicas, mas também leva a decisões contraditórias entre as subcomissões e comissões. Somando a isso as 72.719 sugestões enviadas pela cidadania por aerogramas distribuídos pelo Senado e pelas

Professora de Direito Constitucional e de Direito Eleitoral da Universidade Federal do Paraná. Doutora em Direito do Estado. Pesquisadora líder do Núcleo de Investigações Constitucionais. Advogada e consultora.

2 RAMOS, Saulo. *Assembleia Constituinte: o que pode, o que não pode*. Rio de Janeiro: Alhambra, 1987

3 BRASIL. Diário da Assembléia Nacional Constituinte, ano XLII, n° 2. 03 de fevereiro de 1987, p. 10 e seguintes.

Organizações Globo,⁴ 11.989 sugestões enviadas às comissões e as 122 emendas populares,⁵ as galerias lotadas, as cartilhas,⁶ as reuniões, o Circo da Constituinte, e a participação cidadã no processo de construção da nova ordem constitucional impacta significativamente no caráter democrático da Constituição de 1988, apesar das manobras regimentais do chamado centro democrático e da velocidade do segundo turno de votação.

No produto constituinte nem tudo é ruptura. A transição controlada pela lenta e gradual abertura do regime traz algumas continuidades constitucionais, como o tratamento às Forças Armadas. A menção à anistia, no artigo 8º do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, é utilizada para dar validade à Lei de Anistia (Lei nº 6.683/1979)⁷ e impedir a efetivação de uma justiça de transição.⁸ O desenho das competências do Supremo Tribunal Federal, com a ausência de um tribunal constitucional, a manutenção da Justiça Militar e a permanência da autoridade eleitoral oriunda dos anos 30 e com acumulação de funções⁹ são três outros sinais de continuidade.

Há, no entanto, elementos de um regime fortemente democrático. A presença dos direitos fundamentais, inclusive transindividuais, na abertura do texto constitucional, garantias contra a omissão do Poder Legislativo na concretização de direitos, a previsão de instrumentos de democracia participativa, a autonomia partidária e a liberdade para a criação de partidos políticos, a transparência como regra para o exercício das

4 MONCLAIRE, Stéphane (Coord.). *A Constituição desejada: SAIC: as 72.719 sugestões enviadas pelos cidadãos brasileiros à Assembléia Nacional Constituinte*. Brasília: Senado Federal, Centro Gráfico, 1991.

5 MICHELS, Carlos et al. *Cidadão Constituinte: a saga das emendas populares*. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1989.

6 NEVES, Ozias Paese. *Imaginários e utopias na passagem entre ditadura e redemocratização: o momento constituinte em cartilhas (1985-1988)*. Tese (Doutorado em História). Universidade Federal do Paraná, 2017.

7 BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Plenário). *Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 153/DF*. Arguente: Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil – OAB. Arguidos: Presidente da República, Congresso Nacional. Interessados: Associação Juízes para a Democracia, Centro pela Justiça e o Direito Internacional – CEJIL, Associação Brasileira de Anistiados Políticos – ABAP, Associação Democrática e Nacionalistas de Militares. Relator: Ministro Eros Grau. Brasília, julgado em: 29 abr. 2010, DJe: 6 ago. 2010.

8 MEYER, Emílio Peluso Neder. *Crimes contra a Humanidade, Justiça de Transição e Estado de Direito: Revisitando a Ditadura Brasileira*. *Brasiliense*, v. 4, p. 208-242, 2015.

9 SALGADO, Eneida Desiree. *Administración de las elecciones y jurisdicción electoral: un análisis del modelo mexicano y una crítica a la opción brasileira*. México: Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2016. RICCI, Paolo (org). *O autoritarismo eleitoral dos anos trinta e o código eleitoral de 1932*. Curitiba: Appris, 2019.

funções públicas, a vinculação da propriedade à sua função social, a proteção do meio ambiente, o reconhecimento do direito à propriedade das terras por pessoas remanescentes das comunidades de quilombos, a imposição da demarcação das terras indígenas, a nova configuração do Ministério Público e a criação da Defensoria Pública são alguns componentes que caracterizam uma alteração na estrutura de poder.

Uma das marcas mais relevantes para regimes democráticos é a configuração dos direitos políticos. É preciso ressaltar que os direitos políticos não se limitam à participação nas eleições, seja como alternativa para a representação política, seja como votante. Integrar partidos políticos, atuar em movimentos sociais, participar de audiências públicas, de consultas populares, integrar o serviço público, de maneira definitiva, provisória (nas mesas receptoras de voto ou nos júris dos tribunais) ou na modalidade de permissão, atuar na censura de agente público pela propositura de ação popular, são algumas manifestações de direitos políticos.¹⁰ Quanto mais ampla for a gama de possibilidades de participação da cidadania nos negócios públicos, e mais igualitária as condições efetivas de participação, mais democrática será a sociedade.

A composição do corpo eleitoral, suas exclusões, suas condicionantes e os efeitos do descumprimento do dever de votar sobre os direitos fundamentais são dados igualmente relevantes para a categorização do sistema político. No caso brasileiro, a restrição censitária é afastada com a proclamação da República. O recorte capacitário estabelecido com a Lei Saraiva em 1881 é excluído apenas em 1985, quando as pessoas não alfabetizadas voltam a ser admitidas no eleitorado. O recorte de gênero é superado normativamente em 1932, com o Código Eleitoral do governo provisório, mas em face de outras restrições às capacidades das mulheres apenas na década de 1980 se alcança equivalência entre homens e mulheres no corpo eleitoral. Mais recentemente, decisões da autoridade eleitoral atingem o direito de votar, ao estabelecer por resolução o recadastramento por identificação biométrica e exclusão de títulos. Outro desafio ao caráter democrático do contorno do direito de voto é não exclusão do artigo 7º do Código Eleitoral de 1965 do ordenamento jurídico inaugurado pela Constituição de 1988. As severas restrições a múltiplos direitos fundamentais decorrentes do não comparecimento às urnas são

10 CLÊVE, Clèmerson Merlin. *Temas de Direito Constitucional (e de Teoria do Direito)*. São Paulo: Acadêmica, 1993.

incompatíveis com o desenho democrático vigente e não superaram os testes de proporcionalidade e razoabilidade.

O foco desta análise, no entanto, é o direito de se apresentar como alternativa ao eleitorado. Essa dimensão dos direitos políticos, inequivocamente fundamental, tem sido desconsiderada pelos poderes públicos e até mesmo pela cidadania, em um crescente movimento de restrições derivadas de normas jurídicas que desafiam os testes da teoria dos direitos fundamentais, e, até mesmo, por decisões judiciais ao arrepio do ordenamento jurídico, apoiadas por discursos que ecoam na sociedade. Tal comportamento das instituições, de agentes e da cidadania ataca não apenas direitos fundamentais de quem deseja concorrer a um cargo eletivo, mas a democracia e os princípios constitucionais.

2. O direito de votar e de apresentar como alternativa ao eleitorado: a legislação, a Constituição e a posição da jurisdição constitucional antes da Constituição de 1988

Os direitos políticos, como fundamentos estruturais de uma sociedade democrática, devem ser previstos na ordem constitucional e sua extensão deve ser a máxima possível. O direito de votar e a elegibilidade devem ser a regra.¹¹ Em um sistema baseado na soberania popular, a participação da cidadania nos negócios públicos deve ser ampla e as restrições sempre analisadas cuidadosamente, sob estrito escrutínio.

Exigência para a autodeterminação e para a legitimação tanto do exercício do poder político como das regras jurídicas, os direitos políticos são instrumentos para a realização dos demais direitos fundamentais.

Essa a lógica das constituições republicanas brasileiras, que trazem as limitações aos direitos políticos em seu texto, sem possibilitar que a legislação ordinária possa operar exclusões.¹² Mesmo durante o Império isso pode ser verificado, quando da

11 Conforme Josaphat Marinho, em análise da Constituição de 1946: “O poder constituinte originário adotou, pois, o critério predominante, assim na doutrina como na legislação, segundo o qual, no regime representativo democrático, as inelegibilidades são exceção e a elegibilidade a regra. Buscou harmonizar a necessidade de disciplina da vida política e do processo eleitoral, com o princípio basilar de que todo o poder emana do povo, o que envolve o direito e a responsabilidade de livre escolha”. MARINHO, Josaphat. Inelegibilidades no Direito Brasileiro. *Revista de Informação Legislativa*, v. 2, n. 6, p. 3-12, jun. 1965. Disponível em <http://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/180750>

12 MARINHO, Josaphat. Inelegibilidades no Direito Brasileiro. *Revista de Informação Legislativa*, v. 2, n. 6, p. 3-12, jun. 1965. Disponível em <http://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/180750>

discussão na Câmara dos Deputados de norma jurídica sobre o modo de votar e os efeitos restritivos aos direitos políticos. Em debates que se iniciam em janeiro de 1845 e se alongam por meses naquela casa legislativa, há intensa discussão sobre a possibilidade de que o parâmetro censitário estabelecido na Constituição de 1824 seja considerado em prata, com argumentos sobre a possibilidade de a legislação ordinária excluir quem não está excluído pelo texto constitucional.¹³ A mesma preocupação se revela da imposição de inelegibilidade aos magistrados e outras limitações, trazidas no substitutivo apresentado pela Comissão de Constituição publicado em 6 de fevereiro de 1845.¹⁴

A reforma ao modo de votar também implica em restrição ao direito do voto quando, ao final do Império, com a Lei Saraiva (Decreto 3029 de 1891), que estabelece a forma de comprovação da renda exigida constitucionalmente para a atribuição dos direitos políticos e acaba por impor incompatibilidades.¹⁵

Apesar das restrições eventualmente estabelecidas em virtude de lei, como acontece com a Lei Agamenon de 1945,¹⁶ Josaphat Marinho destaca que o regime das inelegibilidades se altera em 1965, com intenção explicitada por mensagem presidencial do dia 13 de maio que acompanha a proposta de reforma da Constituição, que se torna a Emenda n. 14. Na mensagem se defende a alteração do regime de inelegibilidades para ampliar suas hipóteses, inclusive pelo Poder Legislativo ordinário, para combater a influência do poder político, do poder econômico, da corrupção, as “infiltrações subversivas da ordem democrática” e a “radicalização das posições políticas”. Como bem ressalta, “não se tratava só de ampliar o domínio das inelegibilidades, mas de partilhar a disciplina delas com a lei ordinária, para que a eminência e o rigor da Constituição não fôsem obstáculos às decisões de ocasião”. O autor critica ainda a

13 O tema é trazido já nas primeiras sessões de discussão. Câmara dos Deputados. Diário... 13 de fevereiro de 1845.

14 Em 6 de abril de 1845 o debate se intensifica, principalmente entre Mendes da Cunha, que defende a impossibilidade de exclusões de direitos pelo Poder Legislativo, e França Leite, que afirma ser do parlamento o dever de fazer uma lei de eleições para garantir a “expressão livre do voto eleitoral”, o que exigiria determinadas exclusões. Câmara dos Deputados. Diário... 6 de abril de 1845.

15 Império do Brasil. Decreto n. 3.029 de 9 de janeiro de 1891. Disponível em <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1824-1899/decreto-3029-9-janeiro-1881-546079-publicacaooriginal-59786-pl.html>.

16 Estados Unidos do Brasil. Decreto-Lei n. 7.586 de 28 de maio de 1845. Disponível em <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/declei/1940-1949/decreto-lei-7586-28-maio-1945-417387-publicacaooriginal-1-pe.html>

Lei 4.738/1965, que vem estabelecer casos de inelegibilidade sem respaldo constitucional.

Em texto curto, certo e publicado no calor dos acontecimentos, Josaphat Marinho afirma: “Em suma, a fórmula ampla de permitir ao legislador comum estabelecer novas inelegibilidades, fundadas em pressupostos polêmicos, há de propiciar sempre demasias, sobretudo em período marcado, como o presente, por desconfiças e prevenções, rebeldes aos critérios normais de ética política e jurídica”.¹⁷

Com a adoção de nova Constituição, em 1967, há um rol extenso de inelegibilidades constitucionais e ainda a menção expressa, no artigo 148, à lei complementar para “outros casos de inelegibilidade visando à preservação: I - do regime democrático; II - da probidade administrativa; III - da normalidade e legitimidade das eleições, contra o abuso do poder econômico e do exercício dos cargos ou funções públicas”. A Emenda Constitucional n. 1 de 1969 reduz as hipóteses constitucionais de inelegibilidade e remete à legislação a definição das exclusões. Em seu artigo 151 traz uma reserva de lei complementar para estabelecer “os casos de inelegibilidade e os prazos dentro dos quais cessará esta, visando a preservar: I - o regime democrático; II - a probidade administrativa; III - a normalidade e legitimidade das eleições contra a influência ou o abuso do exercício de função, cargo ou emprego públicos da administração direta ou indireta, ou do poder econômico; e. IV - a moralidade para o exercício do mandato, levada em consideração a vida pregressa do candidato”.

A Lei Complementar n. 5/1970 vem responder ao comando constitucional, com uma série de hipóteses de inelegibilidades e prazos de incompatibilidades. A Lei abre, logo após o enunciado da inelegibilidade de quem não pode se alistar, com a previsão de inelegibilidade aos “que hajam sido atingidos por qualquer das sanções previstas no § 1º do art. 7º e no art. 10 do Ato Institucional nº 1, de 9 de abril de 1964; no parágrafo único do art. 14 e no art. 15 do Ato Institucional nº 2, de 27 de outubro de 1965; no art. 4º e nos §§ 1º e 2º do art. 6º do Ato Institucional nº 5, de 13 de dezembro de 1968; nos arts. 1º e seus parágrafos, e 3º do Ato Institucional nº 10, de 16 de maio de 1969; no art. 1º do Ato Institucional nº 13, de 5 de setembro de 1969; assim como no Decreto-Lei nº 477, de 26 de fevereiro de 1969; ou destituídos dos

17 MARINHO, Josaphat. Inelegibilidades no Direito Brasileiro. Revista de Informação Legislativa, v. 2, n. 6, p. 3-12, jun. 1965. Disponível em <http://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/180750>

mandatos que exerciam, por decisão das Assembléias Legislativas; estendendo-se estas inelegibilidades, quando casado o punido, ao respectivo cônjuge”. Apesar da determinação constitucional, não há previsão de prazo das inelegibilidades do artigo 1º, I da Lei.

Em recurso extraordinário, o Supremo Tribunal Federal enfrenta a alegação de inconstitucionalidade do artigo 1º, I, n da Lei.¹⁸ A redação do dispositivo dispõe a inelegibilidade para todos os cargos daqueles “que tenham sido condenados ou respondam a processo judicial, instaurado por denúncia do Ministério Público recebida pela autoridade judiciária competente, por crime contra a segurança nacional e a ordem política e social, a economia popular, a fê pública e a administração pública, o patrimônio ou pelo direito previsto no art. 22 desta Lei Complementar, enquanto não absolvidos ou penalmente reabilitados”.

A ementa do julgado, por maioria, afirma: “É válido, por não ser inconstitucional, ainda que em parte, aquele preceito”. A inconstitucionalidade se refere à impossibilidade de restrição do direito de concorrer por ações penais em andamento, por violar a presunção de inocência. O acórdão menciona decisões anteriores do Tribunal Superior Eleitoral pela constitucionalidade do dispositivo, por estreita maioria, contra a posição dos ministros Xavier de Albuquerque, Márcio Ribeiro e Barros Barreto, porém o recurso é da Procuradoria-Geral da República contra uma decisão do Tribunal Superior Eleitoral em setembro de 1976, quando, presidido por Xavier de Albuquerque e com seu voto de desempate, estabelece a inconstitucionalidade em parte do preceito. A Procuradoria-Geral da República afirma que “o princípio conhecido como da presunção da inocência, além de ser princípio filosófico-programático, não tem qualquer aplicação à espécie, por ser de natureza exclusivamente processual penal”.

O Relator, Ministro Thompson Flores, afirma que declarar a inconstitucionalidade da alínea a: “Seria, *data venia*, confundir causa de inelegibilidade com presunção de culpabilidade, de conceituação jurídica diversa e reflexos distintos”. E vai além: “em homenagem à preservação ou à prevenção, se justifica, e sem afetar a Constituição, o sacrifício a direitos que ela mesma procura assegurar”. O Ministro Cordeiro Guerra insiste que “a presunção de inocência, ainda que válida no processo penal, é inoperante no âmbito do Direito Eleitoral, pois, para este, basta

18 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário nº 86297/SP*. Recorrente: Procurador-Geral Eleitoral. Recorrido: José Perassoli. Relator: Ministro Thompson Flores. Brasília, julgado em: 17 nov. 1976, DJ: 26 nov. 1976.

a denúncia, para incompatibilizar o cidadão com o exercício de cargos eletivos”.

O Ministro Leitão de Abreu pede vista. O Ministro Moreira Alves defende a aplicação do princípio da presunção da inocência apenas no campo processual penal e indaga: “Se é indisputável que a presunção da inocência não impede o cerceamento do bem maior, que é a liberdade, como pretender-se que possa cercear a atuação do legislador no terreno das inelegibilidades, em que, por previsão constitucional expressa, até fatos de ordem moral podem retirar a capacidade eleitoral passiva?”

Na retomada da discussão, uma semana depois, mas já depois da eleição, o Ministro Leitão de Abreu vota para manter seu entendimento proferido no Tribunal Superior Eleitoral, reconhecendo a inconstitucionalidade parcial do dispositivo. Sublinha a injustiça em impedir que alguém concorra a um cargo eletivo sendo que posteriormente possa ser absolvido, causando dano irreparável. Aduz que “o princípio da presunção de inocência não constitui declaração retórica ou inócua, revestindo, pelo contrário, a condição de imperativo destinado a atuar, praticamente, em defesa de prerrogativa inerente à dignidade humana”. Ressalta a especial fundamentalidade do direito de se apresentar como alternativa ao eleitorado, um “direito de natureza superior”. E afirma: “Despojar, pois, o cidadão, pelo simples fato do recebimento de denúncia contra ele oferecido pelo Ministério Público, de direito a concorrer a cargo eletivo importa em privá-lo, sem julgamento, de *status* ligado ao seu direito de cidade, o *status activae civitatis*. Implica isso, inequivocamente, cominar-lhe pena, punição ou castigo, independente do “due process of law”, podendo isso acontecer até sem que lhe haja sido proporcionada, em juízo, qualquer oportunidade de defesa”.

O Ministro Cunha Peixoto usa as restrições a candidaturas à magistratura para justificar a restrição a cargos eletivos de quem apresente quaisquer dúvidas sobre seus princípios morais. Para o julgador, não se trata de presunção de inocência, mas da exigência de moralidade para o exercício do mandato. O Ministro Rodrigues Alckmin se indaga “se realmente essa presunção de inocência, ou a consideração de que ninguém deve sofrer restrição antes de ser condenado definitivamente, se ajusta ao direito positivo brasileiro” e responde “a mim me parece, inegavelmente, que não”. Para o julgador, a inelegibilidade não é punição, “mas sim uma cautela, porque não pune: afasta da disputa eleitoral

aquele que, no momento, não se apresenta em condições de moralidade insuspeita”. A ausência de juízo definitivo, para Rodrigues Alckmin, mas com juízo em suspenso, “parece que não é demais evitar candidatar-se aquele que não possa apresentar a segurança da sua moralidade”.

Em seu voto, o Ministro Xavier de Albuquerque menciona a situação de se manifestar em recurso contra julgado do qual participou no Tribunal Superior Eleitoral, e insiste na inconstitucionalidade do dispositivo. Termina sua curta manifestação com o seguinte pronunciamento: “Qualquer que seja o resultado deste julgamento, não se apagará da história judiciária e política da nação a página memorável que nela se inscreveu, com sabedoria e profunda sensibilidade, o Egrégio Tribunal Superior Eleitoral”. O Ministro Bilac Pinto acompanha a divergência aberta por Leitão de Abreu. O Ministro Eloy da Rocha considera que na alínea *n* a lei complementar foi além da autorização constitucional, ao considerar a inelegibilidade pelo simples recebimento da denúncia, sem exigência de juízo de valor. O presidente, Ministro Djaci Falcão, considera que com a previsão da alínea *n*, “o legislador, sopesando valores éticos, buscou resguardar o interesse da administração pública, e, em última análise, da própria comunidade”. A inelegibilidade, segundo o magistrado, seria “uma medida cautelar, de conteúdo político”.

Assim, por maioria de votos, e sob a ordem constitucional estabelecida pelo regime militar, o Supremo Tribunal Federal considera válida a hipótese de inelegibilidade derivada de denúncia recebida por autoridade competente por crime contra a segurança nacional e a ordem política e social, a economia popular, a fé pública e a administração pública, o patrimônio. Os argumentos que sustentam a adequação do dispositivo à ordem constitucional é a redução do alcance do princípio da presunção de inocência ao campo processual penal e o efeito do recebimento da denúncia na moralidade de quem deseja concorrer a cargo eletivo.

Em 1977, com a edição do chamado Pacote de Abril e seu impacto colossal das condições da disputa eleitoral, com intensas alterações daí derivadas que representam uma verdadeira fraude normativa eleitoral perpetrada pelo regime,¹⁹ a consideração da vida pgressa do candidato vai para o caput do artigo 151.

19 SALGADO, Eneida Desiree. *Administración de las elecciones y jurisdicción electoral: un análisis del modelo mexicano y una crítica a la opción brasileira*. México: Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2016.

Em 1982, já no processo de abertura do regime e de transição para uma ordem constitucional democrática, a Lei das Inelegibilidades é alterada pela Lei Complementar 42, que modifica a redação do dispositivo, afastando a inelegibilidade por recebimento de denúncia mas ainda sem exigir expressamente o trânsito em julgado: “n) os que tenham sido condenados (Vetado) por crime contra a segurança nacional e a ordem política e social, a economia popular, a fê pública, a Administração Pública e o patrimônio, ou pelo delito previsto no art. 22 desta Lei Complementar, enquanto não penalmente reabilitados”.

3. O direito de votar e de apresentar como alternativa ao eleitorado: a legislação, a Constituição e a posição da jurisdição constitucional sob a ordem constitucional inaugurada em 1988

A Constituição de 1988 promove a democratização do Direito e da sociedade brasileira, ao menos normativamente. O texto traz um conjunto de condições para o exercício do direito fundamental a se apresentar como alternativa ao eleitorado. As condições de elegibilidade estão previstas no parágrafo terceiro do artigo 14: nacionalidade brasileira; pleno exercício dos direitos políticos; alistamento eleitoral; domicílio eleitoral na circunscrição; filiação partidária; e idade mínima variável, a depender do cargo em disputa. Essas condições são regulamentadas pela legislação eleitoral, que define prazos e circunstâncias.

O texto também estabelece inelegibilidades: a restrição a pessoas não alfabetizadas (parágrafo 4º), o impedimento por parentesco (parágrafo 7º) e, em seu texto original, a irrelegibilidade (parágrafo 5º). A possibilidade de reeleição, que altera dramaticamente as condições de disputa pela chefia do Poder Executivo,²⁰ vem pela Emenda Constitucional 16/1997, de tramitação e constitucionalidade duvidosas.

Há, ainda, uma reserva de lei complementar para estabelecer “outros casos de inelegibilidade e os prazos de sua

20 ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. O processo eleitoral como instrumento para a democracia. *Resenha Eleitoral* [do Tribunal Regional Eleitoral de Santa Catarina], Florianópolis, v. 5, n.1, p. 65-83, 1998. TORELLY, Paulo Peretti. *A substancial inconstitucionalidade da regra da reeleição: Isonomia e República no Direito Constitucional e na Teoria da Constituição*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2008. BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Desincompatibilização e inelegibilidade de chefes de Executivo. *Revista Trimestral de Direito Público*, São Paulo, n. 18, p. 5-14, 1997. SALGADO, Eneida Desiree; BERNARDELLI, Paula La adopción de la reelección para el poder ejecutivo en Brasil y sus incoherencias con el sistema constitucional y electoral In: *La reelección presidencial en los países de las Américas*. Quito: Corporación de Estudios y Publicaciones, 2017, v.1, p. 89-103

cessação, a fim de proteger a normalidade e legitimidade das eleições contra a influência do poder econômico ou o abuso do exercício de função, cargo ou emprego na administração direta ou indireta”. Em relação ao texto constitucional anterior, deixa de fazer parte da justificativa da existência de um regime legal de inelegibilidades a preservação do regime democrático e da probidade administrativa (artigo 148, I e II da Constituição de 1967), a vida pregressa de quem se candidata e moralidade para o exercício do mandato (artigo 151, caput e IV).

O princípio da máxima igualdade na disputa eleitoral é o fundamento constitucional para a existência de restrições ao direito fundamental de disputar eleições e, assim, deve servir de parâmetro de constitucionalidade para as hipóteses estabelecidas na Lei Complementar.

A Lei Complementar n. 64, de 18 de maio de 1990 traz uma série de inelegibilidades. São hipóteses a impor a restrição do direito fundamental de concorrer a um cargo eletivo, com diferentes prazos: a perda de mandato eletivo; a condenação, pela Justiça Eleitoral, transitada em julgado, por abuso de poder econômico ou político; para além do cumprimento da pena, a condenação criminal transitada em julgado por crimes contra a economia popular, a fé pública, a administração pública, o patrimônio público, o mercado financeiro, tráfico de entorpecentes e crimes eleitorais; condenação transitada em julgado de detentores de cargo na administração pública direta, indireta ou fundacional, que beneficiarem a si ou a terceiros, pelo abuso do poder econômico ou político; indignidade e incompatibilidade com o oficialato; rejeição de contas relativas ao exercício de cargos ou funções públicas por irregularidade insanável e por decisão irrecorrível do órgão competente, salvo se a questão houver sido ou estiver sendo submetida à apreciação do Poder Judiciário; e a inelegibilidade sem prazo de cessação dos “que, em estabelecimentos de crédito, financiamento ou seguro, tenham sido ou estejam sendo objeto de processo de liquidação judicial ou extrajudicial, hajam exercido, nos 12 (doze) meses anteriores à respectiva decretação, cargo ou função de direção, administração ou representação, enquanto não forem exonerados de qualquer responsabilidade”.

Aprovada no ano da eleição, logo se coloca a questão de sua aplicabilidade às eleições de 1990. O Tribunal Superior Eleitoral, em resposta à consulta e em um acórdão curto, decide

em 31 de maio de 1990 pela aplicabilidade imediata da norma, apesar do artigo 16 da Constituição estabelecer o princípio da anterioridade eleitoral. O fundamento é “por se tratar de exigência constitucional, “sem configurar alteração do processo eleitoral” e, conforme o voto do relator, isso justificaria a aplicação imediata: “[o] estabelecimento, por lei complementar, de outros casos de inelegibilidade, além dos diretamente previstos na Constituição, é exigido pelo art. 14, § 9º, desta e não configura alteração do processo eleitoral, vedada pelo art. 16 da mesma Carta”.²¹

Desde a Emenda Constitucional de Revisão n. 4/1994, que reestabelece dois de três elementos da ordem constitucional autoritária, o ordenamento constitucional brasileiro incorpora a probidade administrativa e a moralidade para exercício de mandato considerada vida pregressa de quem disputa a eleição, provoca uma alteração na justificativa das inelegibilidades, porém sem que o Poder Legislativo incorpore novas hipóteses.

Vale ressaltar as discussões sobre a Emenda no processo de revisão constitucional. Há outras propostas sobre inelegibilidades, e até para a incorporação de condição de elegibilidade com exigência de educação formal. Mas a que prospera é a incorporação de novos bens jurídicos a serem protegidos pelas hipóteses legais de inelegibilidades. Na discussão da proposta,²² José Genoíno ressaltava que tal modificação está prevista em relatório da Comissão Parlamentar de Inquérito, e que “merece o aplauso e a unanimidade desta Casa”, pois vê a inelegibilidade como “questão de defesa da moralidade pública e da relação de quem é eleito com a instituição, com o interesse público”. Afirma ainda: “Muitas vezes, dizemos que a culpa por certos eleitos é do eleitor. Isso é meia verdade. A Constituição, os partidos políticos e as instituições também têm a responsabilidade de garantir que a probidade administrativa e a vida pregressa do candidato sejam examinadas sob a ótica de um valor ético, em que o público tenha um valor intrínseco e separado do privado, no sentido individual”.

Alguns partidos declaram estarem em obstrução (PT, PSD, PDT e PSTU) e as demais lideranças encaminham voto favorável à proposta. Marco Maciel se manifesta: “o PFL vota de acordo com

21 BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral (Plenário). *Consulta n° 11173/DF*. Consultante: Senador Maurício Corrêa. Relator: Ministro Octávio Gallotti. Brasília, julgado em: 31 maio 1990, DJ: 9 jul. 1990; BRASIL. *Resolução do Tribunal Superior Eleitoral n° 11173, de 16/02/1982*. Relator: Ministro Carlos Alberto Madeira. Diário de Justiça: Brasília, DF, 19 mar. 1982.

22 BRASIL. Congresso Nacional. Diário do Congresso Nacional. 23 de fevereiro de 1994.

o substitutivo do Relator, favoravelmente. Aliás, Sr. Presidente, eu gostaria de chamar a atenção para o fato de que esta emenda em muito concorre para o aperfeiçoamento das instituições políticas brasileiras. E ela, de alguma forma, restabelece, inclusive, princípios que estavam já assentos na Carta de 1946. Daí por que, Sr. Presidente, fazemos um apelo à Bancada, para que votem, favoravelmente, ao parecer do Relator, na proporção em que esta proposta vai contribuir no sentido de melhorar, conseqüentemente, o desempenho das nossas instituições políticas. O PFL vota “sim”.

Líder do PDT, Carlos Lupi interpela o relator, Nelson Jobim, sobre a interpretação da proposta de emenda:

O SR. CARLOS LUPI (PDT-RJ. Pela ordem.)- Sr. Presidente, eu gostaria de solicitar um esclarecimento ao Relator, enquanto se procede à votação do§ 9º do art. 14, que diz: “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 influência do poder econômico ou abuso do exercício de função, cargo ou emprego da administração direta ou indireta.” Esse fato se dá, como fala o preceito constitucional, depois de tramitado e julgado o processo ao qual possa se referir o candidato?

O Sr Nelson Jobim (Relator)- Sim, evidentemente.

O SR. CARLOS LUPI- Baseado em quê?

O Sr. Nelson Jobim (Relator)- No próprio sistema legal, que determina que ninguém sofra pena nos direitos e garantias individuais senão depois do trânsito em julgado da sentença, da natureza penal da sentença.

Na votação nominal, manifesta-se Prisco Viana, do PPR da Bahia, afirmando sua alegria e louvando a reincorporação de dispositivos tidos como autoritários na construção da nova ordem constitucional: “Quero, portanto, saudar este momento em que estamos trazendo de volta um dispositivo que não deveria jamais ter saído da Constituição, porque é uma garantia da legitimidade das eleições, da lisura dos pleitos e da melhor e mais pura composição das casas políticas e dos governos do País”.

A proposta é aprovada com 311 votos. Votam não apenas Mauricio Calixto (Bloco – Rondônia), Cid Saboia de Carvalho (PMDB – Ceará), Ney Maranhão (PRN – Pernambuco) e Josaphat Marinho (PFL – Bahia). São três as abstenções: Humberto Lucena

(PMDB – Paraíba), Clovis Assis (PSDB – Bahia) e Mauricio Campos (PL - Minas Gerais).

Apesar da imensa maioria pela aprovação da mudança no texto constitucional, não há imediata alteração na Lei de Inelegibilidades, com exceção de uma alteração pontual promovida pela Lei Complementar 81 de 13 de abril de 1994 sobre o prazo de inelegibilidade de parlamentares que perdem o mandato por infração às proibições constitucionais ou por quebra de decoro. Há, no entanto, quem defenda a aplicação imediata da nova redação. Em face de provocações para impedir candidaturas, o Tribunal Superior Eleitoral edita a Súmula 13, em 1996, que estabelece: “Não é auto-aplicável o § 9º do art. 14 da Constituição, com a redação da Emenda Constitucional de Revisão nº 4/94”.

Em 2006, o Tribunal Regional Eleitoral do Rio de Janeiro nega o registro de candidatura de Eurico Miranda, baseado na falta de postura moral para exercer cargo público, em face de processos criminais por diversos fatos. Na análise do Recurso Ordinário 1069, o Tribunal Superior Eleitoral, por quatro votos a três, decide diante da ausência de hipótese legal de inelegibilidade pela possibilidade de candidatura de Eurico Miranda. Um dos argumentos levantados por Gerardo Grossi se refere à questão do prazo de restrição do direito, impossível de ser determinado. Cesar Asfor Rocha, um dos três votos contrários ao deferimento do registro de candidatura, faz referência à Lei Complementar n. 5/1970 e a previsão de inelegibilidade por “existência de denúncia criminal recebida pelo órgão judicial competente, para que se definisse a inelegibilidade do pretendente à disputa de cargo político”.²³

Nas eleições de 2008 o tema se apresenta de maneira mais intensa à autoridade eleitoral: registram-se indeferimentos de candidaturas às eleições municipais quando presentes ações de improbidade administrativa e condenações criminais não transitadas em julgado. Provocado por procedimento administrativo recebido como consulta, o Tribunal Superior Eleitoral expede a Resolução n. 22.842. de junho de 2008, reconhecendo que “sem o trânsito em julgado de sentença penal condenatória, nenhum pré-candidato pode ter seu registro de candidatura recusado pela Justiça Eleitoral”.²⁴

²³ <https://www.migalhas.com.br/quentes/30393/plenario-do-tse-aprova-candidatura-de-eurico-miranda>

²⁴ BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral (Plenário). *Consulta nº 1621/PB*. Consulente:

Alguns dias após a decisão do Tribunal Superior Eleitoral, a Associação dos Magistrados Brasileiros propõe Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental, em face da inconstitucionalidade superveniente da exigência de trânsito em julgado nas hipóteses de inelegibilidade da Lei Complementar n. 64/1990 a partir da nova redação do parágrafo 9º do artigo 14 dada pela Emenda Constitucional de Revisão n. 4/1994, afirmando a existência de controvérsia constitucional em face de votos divergentes em decisões do Tribunal Superior Eleitoral e a possibilidade de barrar candidaturas em face da vida pregressa, mesmo sem hipóteses legais específicas. Menciona cargos públicos que exigem investigação sobre a vida pregressa para investidura e termina requerendo que o Supremo Tribunal Federal “fixe como condição e modo de interpretação dos preceitos fundamentais, que caberá à Justiça Eleitoral sopesar a gravidade das condutas apontadas na lei complementar, mesmo sem trânsito em julgado, para deliberar pela rejeição ou não do registro do candidato”.²⁵

A decisão de mérito na ADPF 144 é tomada pelo Supremo Tribunal Federal no dia 6 de agosto de 2008, 41 dias depois de proposta a arguição. Por maioria de votos, vencidos os ministros Marco Aurelio e Joaquim Barbosa, decide-se pela improcedência. Do voto do relator, Ministro Celso de Mello, se extrai que seria inadmissível o pedido da Associação dos Magistrados Brasileiros em face do “postulado da reserva constitucional de lei complementar (CF, art. 14, § 9º, c/c o art. 2º), mas, também, por cláusulas instituídas pela própria Constituição da República e que consagram, em favor da pessoa, o direito fundamental à presunção de inocência (CF, art. 5º, LVII) e que lhe asseguram, nas hipóteses de imposição de medidas restritivas de quaisquer direitos, a garantia essencial do devido processo (CF, art. 5º, LIV)”.

O ministro relator faz uma defesa da interpretação da presunção de inocência de maneira bastante ampla: “a consagração constitucional da presunção de inocência como direito fundamental de qualquer pessoa há de viabilizar, sob a perspectiva da liberdade, uma hermenêutica essencialmente

Tribunal Regional Eleitoral da Paraíba. Relator: Ministro Ari Pargendler. Brasília, julgado em: 10 jun. 2008, DJ: 4 jul. 2008; BRASIL. *Resolução do Tribunal Superior Eleitoral nº 22842*, de 10/06/2008. Relator: Ministro Ari Pargendler. Diário de Justiça: Brasília, DF, 4 jul. 2008.

²⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 144. Petição inicial. <https://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultar-processoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=2626865>

emancipatória dos direitos básicos da pessoa humana, cuja prerrogativa de ser sempre considerada inocente, para todos e quaisquer efeitos, deve atuar, até o superveniente trânsito em julgado da condenação judicial, como uma cláusula de insuperável bloqueio à imposição prematura de quaisquer medidas que afetem ou que restrinjam, seja no domínio civil, seja no âmbito político, a esfera jurídica das pessoas em geral”²⁶.

À negativa do Supremo Tribunal Federal na APDF 144 segue-se uma movimentação legislativa para fazer modificações à Lei Complementar n. 64/90. Desde 1993 um projeto de lei complementar apresentado pelo Poder Executivo (PLC 168/93) busca retirar a exigência de trânsito em julgado das hipóteses legais de lei complementar. Esse projeto tramita pela Comissão de Constituição e Justiça, com apresentação de substitutivo e aprovação em 2001, pronto para ir a plenário. No entanto, nova movimentação ocorre apenas em fevereiro de 2009, com o pensamento de seis outros projetos, com propostas distintas sobre os prazos e a exigência de trânsito em julgado, entre elas a do Movimento de Combate à Corrupção Eleitoral, que recolhe assinaturas da cidadania para ser apresentado como de iniciativa popular, porém é apresentado por parlamentares.²⁷ O projeto chega a propor a restauração da discutida alínea *n* da

26 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 144. <https://www.conjur.com.br/dl/ADPF144votoCelso.pdf>

27 “(i) PLP no 446/09 (apresentado pelo Poder Executivo, no mesmo sentido do projeto original, com inelegibilidade de três anos sem exigência de trânsito em julgado); (ii) PLP no 487/09 (do deputado Reginaldo Lopes, o projeto exige o trânsito em julgado ou decisão por órgão colegiado e fixa prazo de três anos de inelegibilidade); (iii) PLP no 499/09 (de autoria do deputado Nelson Goetten, que pretende agregar um artigo à Lei das Inelegibilidades que imponha o indeferimento do registro de candidatos com vida pregressa incompatível com o exercício do mandato, observados os quatro anos anteriores ao pleito e trazendo como critérios a condenação em crime doloso, a demissão do serviço público em decorrência de apuração em processo administrativo disciplinar que constate a prática de crime contra a Administração Pública, entre outros); (iv) PLP no 518/09 (assinado por trinta e três parlamentares, com o texto apresentado pelo Movimento de Combate à Corrupção Eleitoral); (v) PLP no 519/09 (do deputado Marcelo Itagiba, que torna inelegíveis os condenados criminalmente, em primeira instância, desde a data da condenação até a publicação do trânsito em julgado de decisão absolutória, pela prática de crimes contra a economia popular, a fé pública, a Administração Pública, o patrimônio público, o mercado financeiro, ou crime eleitoral, de tráfico de entorpecentes, de formação de quadrilha, doloso contra a vida, tortura, terrorismo, hediondos e outros); e (vi) PLP no 544/09 (de autoria do deputado Antonio Roberto, que propõe a inclusão dos crimes contra o meio ambiente na previsão de inelegibilidade por mais três anos para além do cumprimento da pena)”. SALGADO, Eneida Desiree; ARAÚJO, Eduardo Borges. Do legislativo ao Judiciário: a Lei Complementar no 135/2010 (“Lei da Ficha Limpa”), a busca pela moralização da vida pública e os direitos fundamentais. *A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, Belo Horizonte, ano 13, n. 54, p. 121-148, out./dez. 2013, pp. 124-125.

Lei Complementar n. 5/1970, com exigência do recebimento da denúncia por um órgão colegiado por um lado e uma larga ampliação dos crimes, por outro.²⁸

Apesar da mística envolvendo o caráter popular da proposta, deve-se ressaltar que o conteúdo do projeto não foi discutido com as pessoas que colocaram sua assinatura nos formulários. Tampouco o projeto apresentado pelo MCCE é aquele aprovado pelo Congresso Nacional. São 28 emendas no plenário da Câmara e uma subemenda substitutiva global, de José Eduardo Cardozo, que acaba aprovada, apesar de destaques. No Senado, a tramitação é bastante veloz. Aprovada na Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania, com emendas de redação que alteram o tempo verbal de algumas alíneas, vai a plenário sem prazo para emendas e é aprovado no mesmo dia. Há apresentação na Câmara dos Deputados de dois requerimentos pelo retorno do projeto à casa iniciadora em face das mudanças, mas ambos são rejeitados.

A Lei Complementar n. 135, de 4 de junho de 2010, modifica dramaticamente o regime jurídico das inelegibilidades legais. Além de aumentar o prazo das inelegibilidades todas para oito anos e alargar sobremaneira o rol de crimes com inelegibilidade para além do cumprimento de pena, as hipóteses passam pela possibilidade de restrição sem exigência de decisão judicial e, nos casos que a demandam, sem a necessidade de trânsito em julgado, contrariando a resposta do relator Nelson Jobim à questão colocada por Carlos Lupi na votação da Emenda de Revisão n. 4/1994. Mais oito hipóteses de inelegibilidade são incorporadas ao ordenamento jurídico, algumas delas de aplicação retroativa, em evidente contrariedade à teoria dos direitos fundamentais e aos limites às restrições a esses direitos.

28 Consta do projeto que seriam inelegíveis para qualquer cargo: “e) os que forem condenados em primeira ou única instância ou tiverem contra si denúncia recebida por órgão judicial colegiado pela prática de crime descrito nos incisos XLII ou XLIII do art. 5º. da Constituição Federal ou por crimes contra a economia popular, a fé pública, os costumes, a administração pública, o patrimônio público, o meio ambiente, a saúde pública, o mercado financeiro, pelo tráfico de entorpecentes e drogas afins, por crimes dolosos contra a vida, crimes de abuso de autoridade, por crimes eleitorais, por crime de lavagem ou ocultação de bens, direitos e valores, pela exploração sexual de crianças e adolescentes e utilização de mão-de-obra em condições análogas à de escravo, por crime a que a lei comine pena não inferior a 10 (dez) anos, ou por houverem sido condenados em qualquer instância por ato de improbidade administrativa, desde a condenação ou o recebimento da denúncia, conforme o caso, até o transcurso do prazo de 8 (oito) anos após o cumprimento da pena”.

O Tribunal Superior Eleitoral enfrenta inicialmente a questão da aplicabilidade das modificações nas eleições de 2010. Com o calendário eleitoral vigente, a lei foi aprovada a um mês do início das convenções partidárias para a escolha de candidaturas e depois da maioria dos prazos de desincompatibilização. A interpretação restritiva do que cabe na expressão “processo eleitoral” constante no artigo 16 da Constituição novamente se coloca, e em decisão de 17 de junho de 2010, afirma a possibilidade da aplicação imediata e retroativa das novas hipóteses de inelegibilidades. Para o relator, a inelegibilidade não configura sanção penal, “não tem caráter de norma penal”, “é uma lei para resguardar o interesse público”.²⁹

Em recurso ordinário, decidido em 25 de agosto de 2010, o Tribunal Superior Eleitoral por maioria impõe a aplicação dos novos prazos a caso já julgado e cujo tempo original de inelegibilidade já haveria transcorrido. Nesta decisão, o presidente Ministro Ricardo Lewandowski fala em princípio da prevenção para defender o novo regime de inelegibilidades, afirmando que não há alteração no processo eleitoral rompendo com as regras então vigentes. A Ministra Cármen Lúcia defende não se tratar de punição a ilícito, mas “delimitação no tempo de uma consequência inerente ao reconhecimento judicial de que o candidato, de alguma forma, não cumpre os requisitos necessários para se tê-lo como elegível”.³⁰

A aplicação da consequência jurídica de inelegibilidade a fato praticado antes da vigência da lei é determinada em decisão

29 BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. Consulta 1.120. Consultante: Arthur Virgílio do Carmo Ribeiro Neto. Relator: Ministro Hamilton Carvalhido. Julgamento, por maioria, em 10 de junho de 2010. Tribunal Superior Eleitoral. Consulta nº 1147. Relator Ministro Arnaldo Versiani, julgamento em 17 de junho de 2010. Ementa: Consulta. Inelegibilidades. Lei Complementar nº 135/2010. 1. No julgamento da Consulta nº 1120-26.2010.6.00.0000, o Tribunal assentou que a LC nº 135/2010 tem aplicação às eleições gerais de 2010. 2. A LC nº 135/2010, que alterou as causas de inelegibilidade, se aplica aos processos em tramitação iniciados, ou mesmo já encerrados, antes de sua entrada em vigor, nos quais tenha sido imposta qualquer condenação a que se refere a nova lei. 3. 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, não havendo que se perquirir de nenhum agravamento, pois a causa de inelegibilidade incide sobre a situação do candidato no momento de registro da candidatura. 4. Exsurge da nova lei que a incidência de causas de inelegibilidade em face de condenações por órgão colegiado, sem exigência de trânsito em julgado, resulta da necessidade de exigir dos candidatos vida pregressa compatível para o exercício de mandato.

30 Trata-se do Recurso Ordinário 433627, relatado pelo Ministro Marcelo Ribeiro. Mais de seis meses depois, o acórdão ainda não está publicado. Trata-se de uma decisão que afasta do pleito Francisco das Chagas Rodrigues Alves, que havia sido condenado por captação ilícita de sufrágio quando disputou a prefeitura de Itapipoca (CE) em 2004. No momento da sua condenação, o prazo de inelegibilidade era de três anos.

de 31 de agosto de 2010,³¹ com outra decisão no mesmo sentido no dia seguinte.³² O Tribunal Superior Eleitoral, em 14 de setembro, determina a aplicação do novo prazo de inelegibilidade para fato praticado em 2006³³ e no dia 29, declara a inelegibilidade, em face da nova lei, por condenação por compra de votos em 2002.³⁴ No dia seguinte, a decisão, por maioria, é pela não retroatividade do novo prazo à inelegibilidade já esgotada em face da lei antiga.³⁵ No dia 1º de outubro, a dois dias da eleição, a decisão, por maioria, é pela retroatividade do novo prazo a inelegibilidade já esgotada em face da lei antiga, contrariando a decisão do dia anterior.³⁶

O Supremo Tribunal Federal encara pela primeira vez a questão antes das eleições, em 22 de setembro de 2010, com o recurso de Joaquim Roriz.³⁷ O Procurador-Geral da República defende que a inelegibilidade não é pena, e, portanto, não há óbice à retroatividade das novas hipóteses, e que o princípio da presunção da inocência se restringe ao âmbito penal. O Tribunal se divide. O relator, Ministro Carlos Ayres Britto, em nome da moralidade, defende a aplicação imediata da lei pois ela não traz surpresa na disputa eleitoral. A alegação de inconstitucionalidade formal da lei provoca pedido de vista do Ministro Dias Toffoli, que se pronuncia pela aplicação do artigo 16. A Ministra Cármen Lúcia defende a aplicação imediata, em face de anseio da população: “O princípio constitucional prevalecente, portanto, é o da proteção ético-jurídica do processo eleitoral, sobrepondo-se o direito da sociedade a uma eleição moralizada, proba, impessoal e legal ao voluntarismo daquele que se pretende por ao crivo do eleitor. O objetivo da norma constitucional, (...), é assegurar a proteção ética do processo eleitoral, garantindo-se à sociedade o direito de votar em que o sistema estabeleça as condições ético-jurídicas de exercer o mandato que lhe venha a ser conferido, tudo nos termos

31 BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. Recurso ordinário 161660. Julgamento em 31 de agosto de 2010.

32 BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. Recurso ordinário 64580. Julgamento em 01º de setembro de 2010.

33 BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. Recurso ordinário 413721. Julgamento em 14 de setembro de 2010.

34 BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. Recurso ordinário 16863. Julgamento em 29 de setembro de 2010.

35 BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. Recurso ordinário 254432. Relator Ministro Marco Aurélio, julgamento em 30 de setembro de 2010.

36 BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. Recurso Ordinário nº 4069-71.2010.6.09.0000. Relator Ministro Arnaldo Versiani, julgamento em 01º de outubro de 2010.

37 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 630147. Relator Ministro Carlos Ayres Britto.

do que a lei estabelecer antes de ser conferida a cada um a condição de candidato”. O argumento sobre o pedigree democrático da lei é trazido pelo Ministro Joaquim Barbosa, que aduz que a origem popular “já deve constituir um norte interpretativo importante a guiar a análise do presente recurso”. Faz uma leitura dos direitos políticos “por uma compreensão que ultrapassa a esfera puramente individual” e afirma que “é a própria democracia que se vê diminuída e deslegitimada quando cidadãos ímprobos ou envolvidos em atividades eletivas, se tornam representantes do povo”. E, ainda, defende a aplicação imediata pois a norma “tem objetivo moralizador, tem fundamento constitucional e, no que tange às causas de inelegibilidade, não desestabiliza o processo eleitoral em curso e não fere o princípio da isonomia e da segurança jurídica, tampouco tem conotação casuística, pois incidirá sobre todos os pleiteantes a cargo eleitoral de forma igual”.

O Ministro Ricardo Lewandowski acompanha o relator, afastando o caráter punitivo da lei e acentuando a proteção da coletividade: “O interesse público, neste caso, se sobrepõe aos interesses exclusivamente individuais”. O Ministro Gilmar Mendes defende a aplicação do princípio da anterioridade, afirmando sua configuração como direito fundamental e explicando que em 1990, com a Lei Complementar 64, a decisão do STF se deu pela ausência de lei válida. Para o ministro, o respeito à Constituição também é devido por leis de iniciativa popular. A Ministra Ellen Gracie afasta as alegações de inconstitucionalidade formal no caso em análise, pois a alínea não sofre alterações na tramitação no Senado, e também o artigo 16, pois a matéria trata de diretriz constitucional e não do processo eleitoral.

A irretroatividade da lei, a anualidade da lei eleitoral, a presunção da inocência e o direito adquirido são elementos que afastam a aplicação imediata das modificações da Lei Complementar 135/2010 para o ministro Marco Aurélio. O Ministro Celso de Melo se manifesta igualmente pela incidência da anterioridade eleitoral e afirma o caráter sancionatório – ainda que não penal – da inelegibilidade cominada e, ainda que assim não se entenda, aduz: “é fato irrecusável que ela traduz uma gravíssima limitação ao direito fundamental de participação política, pois impõe severa restrição à capacidade eleitoral passiva do cidadão, o que o priva e o destitui do direito de participação no processo político e também nos órgãos governamentais”. O Ministro Cezar

Peluso afirma a inconstitucionalidade formal, a irretroatividade da lei e a sua submissão ao princípio da anterioridade.

Como o empate, não se proclama o resultado do julgamento. O Supremo Tribunal Federal, a dias da eleição, não se manifesta sobre a aplicação de inelegibilidades e sobre quem pode concorrer. Em outro julgamento de recurso extraordinário, em 27 outubro, o esperado empate se resolve com a manutenção da decisão recorrida.³⁸ Liminares são concedidas em sentidos distintos, a depender da relatoria.³⁹ O imbróglio se instala por ausência de aplicação da teoria dos direitos fundamentais e da compreensão adequada do limite aos limites aos direitos fundamentais. A mesma lógica se repete nas decisões nas ações de controle abstrato de constitucionalidade. A decisão final em controle concreto vem apenas com a participação do novo integrante, o Ministro Luiz Fux, que desempata pela aplicação do artigo 16 da Constituição.

O Supremo Tribunal Federal é provocado a analisar abstratamente a Lei Complementar 135/2010 por três ações distintas. Apresentada pela Confederação Nacional das Profissões Liberais, a Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.578 questiona apenas a inelegibilidade trazida pelo artigo 1º, I, alínea “m” da Lei, que impõe oito anos de inelegibilidade para aqueles excluídos do exercício da profissão em decorrência de infração ético-profissional. Para blindar a Lei do controle incidental de constitucionalidade e garantir sua aplicabilidade a fatos anteriores à sua vigência, o Partido Popular Socialista e o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil apresentam respectivamente as Ações Declaratórias de Constitucionalidade nº 29 e nº 30. O Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil afirma: “A moralidade, em verdade, é sempre exigível a qualquer tempo, pois é tida no contexto e texto da Carta da República como condição genérica de toda norma ético-social, da qual não está alheia nenhuma norma jurídica material ou processual”. Em longos acórdãos e por estreita maioria,⁴⁰ a decisão da corte é pela

38 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 631102.

39 Ação Cautelar nº 2791. Ação Cautelar nº 2772. Ação Cautelar nº 2816.

40 Os resultados foram os seguintes. Na ADI nº 4.578, “O Tribunal, por maioria, julgou improcedente a ação direta, contra os votos dos Senhores Ministros Dias Toffoli, que a julgava parcialmente procedente; Gilmar Mendes, que a julgava totalmente procedente, e Celso de Mello e Cezar Peluso (Presidente), que a julgavam parcialmente procedente em extensões diferentes”; na ADC nº 29, “o Tribunal, por maioria, julgou procedente a ação, contra os votos dos Senhores Ministros Luiz Fux (Relator), que a julgava parcialmente procedente, e Gilmar Mendes, Marco Aurélio, Celso de Mello e Cezar Peluso (Presidente), que a julgavam improcedente”; e na ADC nº 30, “contra os votos dos Senhores Ministros Luiz Fux (Relator), que a julgava parcialmente procedente, e Dias Toffoli, Gilmar Mendes,

constitucionalidade da Lei Complementar e por sua aplicação a fatos anteriores à sua existência.

Os argumentos trazidos por integrantes que sustentam a constitucionalidade da lei se aproximam daqueles apontados sob o regime constitucional autoritário. Considerar a inelegibilidade como uma proteção da sociedade contra a decisão popular por candidaturas inadequadas aparece no debate no Supremo Tribunal Federal em novembro de 1976, sob a Constituição militar, e novamente em novembro de 2012, já sob uma Constituição democrática, que traz os direitos fundamentais para o seu pórtico e deveria ter provocado uma mudança na forma de interpretação do ordenamento jurídico e, principalmente, dos direitos políticos.

Na discussão sobre o controle abstrato, a teoria dos direitos fundamentais, a defesa da impossibilidade de retroatividade de restrições e o princípio da presunção de inocência surgem, mas são derrotados. Os ministros Celso de Mello e Cezar Peluso afirmam a inconstitucionalidade dos dispositivos que impõem inelegibilidade sem o trânsito em julgado da decisão e a impossibilidade de imposição de novas consequências jurídicas a fatos pretéritos. O Ministro Dias Toffoli acompanha esses argumentos e acentua o princípio da anterioridade eleitoral e o prejuízo para as candidaturas. A seu tempo, o Ministro Gilmar Mendes afirma que a aplicação das novas hipóteses a fatos anteriores é inaceitável em uma democracia: “tornar uma norma *ad hoc*, isto é, aprovada para punir destinatários previamente conhecidos, algo típico de regimes autoritários e, portanto, totalmente afastado dos princípios básicos do Estado de Direito e da Democracia, que regem o constitucionalismo brasileiro”. O Ministro Marco Aurélio também se manifesta pela inconstitucionalidade da Lei.

Por seis votos, no entanto, a Lei Complementar n. 135/2010, é declarada conforme à Constituição. O principal argumento é a defesa da moralidade e seu patrono mais destacado é o Ministro Joaquim Barbosa. Em homenagem à pretensa origem da Lei, afirma que sua apresentação por iniciativa popular “revela, sobretudo, um despertar de consciência a respeito do real significado da democracia e de um dos seus elementos mais essenciais que é a representação política” e elogia largamente a busca de moralização. Chega a chamar a lei de “Estatuto da

Celso de Mello e Cezar Peluso (Presidente), que a julgavam parcialmente procedente em extensões diferentes, segundo o enunciado em seus votos”.

Ética e da Moralidade da Cidadania Política Brasileira”, a ser interpretado a partir da “proteção dos interesses maiores de toda a coletividade”, defendendo que “a ótica primordial a ser adotada pelo intérprete [na seara eleitoral] é aquela que confira maior proteção à sociedade, e não ao indivíduo ou aos grupos e igreja-ínguas a que ele eventualmente pertença”. Driblando a teoria dos direitos fundamentais, Luiz Fux fala em retrospectividade da lei, para sustentar que fatos anteriores à lei sejam alcançados por seus dispositivos. E, com os votos favoráveis também de Rosa Weber, Cármen Lúcia, Ayres Britto e Ricardo Lewandowski, a inelegibilidade passa a ser a regra no sistema brasileiro.

Aplicada de maneira a negar a fundamentalidade dos direitos políticos, a Lei Ficha Limpa segue sendo largamente aplicada pela autoridade eleitoral e pelo Supremo Tribunal Federal. A inexigência de trânsito em julgado de condenação determina o cenário eleitoral nas eleições de 2018. Um aspecto da lei volta a ser submetido à jurisdição constitucional em 2020,⁴¹ a partir de uma ação direta de inconstitucionalidade para determinar o cômputo do prazo de inelegibilidade entre a decisão colegiada e o trânsito em julgado nos oito anos de restrição legalmente previstos. Embora a posição do relator seja pela consideração da interpretação menos restritiva, o Ministro Alexandre de Moraes abre a divergência e defende o não conhecimento da ação em face das decisões do Supremo Tribunal Federal nas ações declaratórias de constitucionalidade, é acompanhado pela maioria do Tribunal.

4. Ainda somos os mesmos: a interpretação retrospectiva, a desnaturação dos direitos políticos pelos poderes constituídos e o imenso passado constitucional pela frente

Os posicionamentos do Tribunal Superior Eleitoral e do Supremo Tribunal Federal mostram que, embora a Constituição seja outra, embora os direitos fundamentais tenham sido colocados no início do texto constitucional, embora a doutrina constitucional tenha se dedicado a garantir a efetividade dos direitos fundamentais, muitos dos argumentos apresentados nas decisões se aproximam do raciocínio apresentado pelos magistrados que seguiam as constituições autoritárias.

Se isso é até esperado e nos primeiros anos de vigência

41 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade 6630. Relator Ministro Nunes Marques, redator para o acórdão Ministro Alexandre de Moraes. Julgamento em plenário 09.03.2022.

da Constituição, com as cortes ainda formadas por pessoas indicadas por governos não democráticos e sob influência da ordem jurídica anterior, depois de 35 anos de vigência de uma Constituição democrática, a expectativa é que com as cortes formadas por integrantes de nomeação posterior à Constituição, por governos (presumidamente) democráticos, o compromisso com uma leitura jurídica que leve em consideração a primazia e o estatuto constitucional dos direitos fundamentais se coloque de maneira indelével.

Infelizmente, ainda hoje, mesmo com docentes de Direito Público, integrando as altas cortes e com tanta produção acadêmica no campo do Direito Constitucional e do Direito Eleitoral após 1988, é frequente a prática da chamada “interpretação retrospectiva”, “na qual o jurista tendente à nostalgia e ao misoneísmo repete verdades fundadas na lei antiga, sem se aperceber que as alterações ditadas pelo direito novo lhe fizeram secar a fonte de derivação”, como bem definida por Romeu Felipe Bacellar Filho.⁴²

O recurso à retórica da moralidade e do combate à corrupção se mostra eficaz na corrosão de direitos fundamentais, principalmente na esfera política. Isso acontece em diferentes momentos da história brasileira, como justificativa de rupturas institucionais. Sob a Constituição de 1988, as fissuras são mais sutis. Não há mais fechamento do Congresso, nem atos institucionais.

Há um processo de desnaturação da Constituição de 1988,⁴³ com a desconsideração de seu projeto democrático e o esvaziamento de suas potencialidades. Sequer o direito ao voto tem sido protegido como exigem até mesmo as democracias menos ambiciosas. As restrições aos direitos políticos são colocadas por decisões que implicam *disenfranchisement*,⁴⁴ vindas dos três poderes e marcadamente da autoridade eleitoral.

Parece existir um receio em relação às escolhas do povo. Segundo Josaphat Marinho: “No Brasil, em que a política tem tido sempre medo do povo, ou desconfia de sua capacidade, a

42 BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. *Processo Administrativo Disciplinar*. 2 ed. São Paulo: Max Limonad, 2003. p. 251.

43 KREUZ, Leticia Regina Camargo. *Constitucionalismo nos tempos do cólera: neoconservadorismo e desnaturação constitucional*. Tese. Doutorado em Direito. Universidade Federal do Paraná, 2020.

44 GRESTA, Roberta Maia. *Teoria do processo eleitoral democrático: a formação dos mandatos a partir da perspectiva da cidadania*. Tese Universidade Federal de Minas Gerais, 2019.

crise geral vem perturbando a conquista do respeito coletivo pelas instituições. A aplicação do direito positivo sobre inelegibilidades, por suas repercussões no pensamento geral, representa fonte de esperança ou de desencantos, particularmente nesta fase de transição. Os erros da elaboração legislativa devem ser corrigidos, na medida possível, pela execução inteligente e austera dos preceitos excepcionais, a serviço do prestígio das instituições democráticas. É preciso confiar mais na educação e no povo do que nas virtudes das leis punitivas”.⁴⁵

O diagnóstico e a proposta, referentes às inelegibilidades estabelecidas logo após o golpe de 1964, cabe como uma luva ao regime atual de restrições de direitos políticos. Esse passado de desrespeito aos direitos fundamentais, de desprezo à fundamentalidade dos direitos políticos, não encontra mais espaço em um ordenamento jurídico informado por uma Constituição democrática e pela primazia dos direitos fundamentais.

É preciso dar à Constituição de 1988 a interpretação que mais concretize seus valores, sem populismo, seja no Poder Executivo, seja legislativo ou seja manifestado em decisões judiciais. A teoria dos direitos fundamentais, os limites aos limites, a interpretação restritiva das restrições, precisam ser o norte para todos os poderes e agentes públicos, para as candidaturas e para os partidos políticos. No presente, a Constituição é diferente, o Direito é diferente, a sociedade é diferente; e o passado é uma roupa que não nos serve mais.

45 MARINHO, Josaphat. Inelegibilidades no Direito Brasileiro. *Revista de Informação Legislativa*, v. 2, n. 6, p. 3-12, jun. 1965. Disponível em <http://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/180750>

A PARTICIPAÇÃO DA MULHER NA POLÍTICA: PASSADO, PRESENTE E FUTURO

Fábio Periandro de Almeida Hirsch*
Universidade Federal da Bahia (UFBA)

Jailce Campos e Silva**
Universidade Federal da Bahia (UFBA)

RESUMO

Este artigo propõe uma abordagem histórica da atuação efetiva da mulher no processo constituinte de 1987, que resultou na promulgação da Constituição Federal de 1988, e um breve destaque sobre a atuação da mulher baiana no processo constituinte para a promulgação da Constituição Estadual de 1989, adentrando, também, em uma abordagem acerca da sua participação no período pós-constituinte, além da possibilidade de transcender a política de cotas para a democracia paritária como uma forma de ampliar a inclusão dessas mulheres nos espaços de poder.

PALAVRAS-CHAVE: Mulher. Política brasileira. Processo constituinte. Cota eleitoral. Democracia paritária.

ABSTRACT

This article presents a historical approach to the effective performance of women in the 1987 constituent process, which resulted in the promulgation of the 1988 Federal Constitution, and a brief highlight on the performance of Bahian women in the constituent process for the promulgation of the 1989 State Constitution, entering , also, in an approach about their participation in the post-constituent period, in addition to

*Professor Adjunto de Direito Constitucional da Universidade Federal da Bahia. Professor Adjunto de Direito Constitucional e Administrativo da Universidade do Estado da Bahia – UNEB e de Jurisdição Constitucional da Universidade Jorge Amado – UNIJORGE. Doutor e Mestre em Direito Constitucional pela Universidade Federal da Bahia. *E-mail:* academico@fabioperiandro.adv.br.

**Mestranda em Direito pela Universidade Federal da Bahia. *E-mail:* jailcecampos@hotmail.com.

the possibility of transcending the policy of quotas for parity democracy as a way of expanding the inclusion of these women in spaces of power.

KEYWORDS: Woman. Brazilian politics. Constituent process. Electoral quota. Parity democracy.

1 INTRODUÇÃO

A participação da mulher na política brasileira, embora ainda ínfima, é um retrato do avanço dos movimentos femininos, desde a concretização do direito ao voto ante a força hegemônica do homem na vida pública.

É no contexto do Estado Democrático de Direito que este estudo objetiva propor uma reflexão acerca da participação da mulher na política brasileira como uma conquista nos espaços de poder predominantemente do público masculino.

Para alcançar o objetivo proposto, apresentam-se argumentos de alguns autores que abordam sobre a crescente participação feminina nos espaços privados e públicos resultante dos movimentos sociais e do conseqüente avanço nas conquistas alcançadas pelas mulheres em vários segmentos da sociedade.

A pesquisa é baseada em fontes doutrinárias, jurisprudenciais e normativas e possui natureza interdisciplinar, pois proporciona o diálogo entre o Direito Constitucional, o Direito Internacional e a Sociologia.

Após este introyto, aborda-se sobre a história da participação das mulheres com o objetivo de ter palavra e direito na constituinte de 1987, descrevendo o rol de direitos propostos ao Parlamento e incorporados na Constituição de 1988 a partir da atuação efetiva da bancada feminina em parceria com os movimentos femininos e intermediação de órgãos governamentais. Um breve relato, também, sobre a participação feminina, posteriormente, na constituinte que resultou na promulgação da Constituição da Bahia de 1989.

Em seguida, analisa-se a participação feminina na política no período pós-constituinte, considerada, até hoje, ínfima em razão da ausência de paridade na vida pública, muito embora as mulheres sejam maioria da população brasileira e do eleitorado. Aqui é feita uma análise dos normativos nacionais e

internacionais, bem como de julgados a respeito do direito da mulher à participação na política.

Após, é apresentada uma análise sobre a transcendência da política pública de cota eleitoral para a adoção da lei de paridade, visando à efetiva igualdade de gênero na representação política, como uma ressignificação do sistema representativo brasileiro.

Por fim, são apresentadas as considerações finais sobre as conquistas e os avanços na luta por paridade de gênero na política brasileira, bem como as referências utilizadas para fundamentação deste Artigo.

2 CONSTITUINTE TEM QUE TER PALAVRA E DIREITO DE MULHER: UMA ABORDAGEM HISTÓRICA DA PARTICIPAÇÃO DAS MULHERES NO PROCESSO CONSTITUINTE DE 1987

Na sociedade contemporânea, as transformações sociais e políticas, ladeadas por um processo de redemocratização pelo qual o Brasil passou na década de 80, possibilitaram às mulheres adentrarem espaços que outrora eram predominantemente do público masculino.

Segundo Mayara Alves Lima Lira³, o aumento gradativo da visibilidade e do poder da mulher, nas últimas décadas do século XX, foi destaque na sociedade brasileira, pois “Foram muitas as conquistas, passaram a ter voz ativa na política, livre acesso ao seu corpo e sexualidade, crescente participação no mercado de trabalho e maior acesso a educação”.

Não obstante as conquistas alcançadas, a desigualdade entre homem e mulher se mantém presente nos mais variados segmentos da sociedade, propulsionando as mulheres a perseverarem na luta como sujeitos de direitos e do pleno exercício da cidadania.

As desigualdades de gênero imperativas na sociedade brasileira e as limitações de direitos das mulheres contrapostas ao anseio por uma participação mais efetiva na sociedade e por direitos assegurados na Constituição impulsionaram os movimentos

3 LIRA, Mayara Alves Lima. Atendimento às Mulheres em Situação de Violência no Centro de Referência Francisca Trindade, em Teresina-PI. **Revista Latino-americana de Geografia e Gênero**, Ponta Grossa, v. 4, n. 1, p. 75-85, jan./jul. 2013. Disponível em: https://revistas.uepg.br/index.php/rlagg/article/view/3540/pdf_51. Acesso em: 19 jun. 2023.

sociais na luta por uma participação mais efetiva fundada na práxi social e na previsão legal.

Neste contexto, foi criado o Conselho Nacional dos Direitos da Mulher (CNDM), por meio da Lei nº 7.353, de 29 de agosto de 1985⁴, com a finalidade de promover, em âmbito nacional, políticas que visem a eliminar a discriminação da mulher, assegurando-lhe condições de liberdade e de igualdade de direitos, bem como sua plena participação nas atividades políticas, econômicas e culturais do país.

Os movimentos sociais capitaneados pelas mulheres ganhou força durante o processo constituinte de 1987.

Em novembro de 1985, o CNDM conduziu a “Campanha Mulher e Constituinte” na busca pela escuta social, em todo o Brasil, por meio de canais de comunicação entre o movimento social e os mecanismos de decisão política, sobre a nova Constituição que, promulgada em 05 de outubro de 1988, passou a reger o ordenamento jurídico brasileiro.

O resultado da escuta consolidou-se no Encontro Nacional realizado em 26 de agosto de 1986, quando foi elaborada a “Carta das Mulheres aos Constituintes de 1987”⁵, pleiteando a incorporação de suas propostas ao texto constitucional referentes a princípios gerais para efetivação do princípio da igualdade e a reivindicações específicas nas áreas de família, saúde, trabalho, educação e cultura, violência, questões nacionais e internacionais cujo movimento levou o nome de “*Lobby* do Batom”⁶ pelos deputados.

A “Carta das Mulheres” expressa que “Nessa Campanha,

4 BRASIL. **Lei nº 7.353, de 29 de agosto de 1985.** Cria o Conselho Nacional dos Direitos da Mulher - CNDM e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1980-1988/L7353.htm#:~:text=L7353&text=LEI%20No%207.353%2C%20DE%2029%20DE%20AGOSTO%20DE%201985.&text=Cria%20o%20Conselho%20Nacional%20dos,CNDM%20e%20d%C3%A1%20outras%20provid%C3%AAsncias. Acesso em: 17 jun. 2023.

5 CONSELHO NACIONAL DOS DIREITOS DA MULHER (CNDM). **Carta das Mulheres aos Constituintes de 1987.** Disponível em: https://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/legislacao/Constituicoes_Brasileiras/constituicao-cidada/a-constituente-e-as-mulheres/arquivos/Constituinte%201987-1988-Carta%20das%20Mulheres%20aos%20Constituintes.pdf. Acesso em: 17 jun. 2023.

6 “O nome *Lobby* do Batom surgiu da fala de deputados que, inicialmente, tentaram frear o movimento feminino dentro da Câmara e na Constituinte, na tentativa de deslegitimar toda a luta que vinha sendo travada desde a criação das campanhas do CNDM. Contudo, a mídia e, principalmente, as mulheres não deixaram que esse termo fosse usado de forma pejorativa e, estrategicamente, utilizaram-no como sinônimo de luta e de união entre mulheres, não só no Parlamento mas em todo o país.” In: BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral (TSE). **A construção da voz feminina na cidadania.** [Brasília]: [2018?]. Disponível em: <https://www.justicaeeleitoral.jus.br/tse-mulheres/arquivos/portfolio-exposicao-a-constitucao-da-voz-feminina-na-cidadania-tse.pdf>. Acesso em: 19 jun. 2023.

uma certeza consolidou-se: **CONSTITUINTE PRA VALER TEM QUE TER PALAVRA DE MULHER**” ao afirmar que

Para nós, mulheres, o exercício pleno da cidadania significa, sim, o direito à representação, à voz e à vez na vida pública, mas implica, ao mesmo tempo, a dignidade na vida cotidiana, que a lei pode inspirar e deve assegurar, o direito à educação, à saúde, à segurança, à vivência familiar sem traumas. O voto das mulheres traz consigo essa dupla exigência: um sistema político igualitário e uma vida civil não autoritária.

O rol de propostas elaborado no Encontro Nacional e encaminhado aos Constituintes de 1987 possibilitou às mulheres envolvidas na campanha perceber que **“CONSTITUINTE PRA VALER TEM QUE TER DIREITOS DA MULHER”**, como uma forma de promover o exercício pleno da cidadania ao reconhecer que:

Nós, mulheres, estamos conscientes que este país só será verdadeiramente democrático e seus cidadãos e cidadãs verdadeiramente livres quando, sem prejuízo de sexo, raça, cor, classe, orientação sexual, credo político ou religioso, condição física ou idade, for garantido igual tratamento e oportunidade de acesso às ruas, palanques, oficinas, fábricas, escritórios, assembleias e palácios.

Assim, o movimento conduzido pelo CNDM, em 1985, e culminado no Encontro Nacional, em 1986, não foi um mero desejo momentâneo e oportunista diante da elaboração de uma nova Carta Constitucional para o Brasil conhecida como Constituição cidadã. Foi, sim, um ato de despontamento da vontade de mulheres que, precedido de históricos movimentos sociais por uma sociedade mais justa e igualitária, lutaram por um lugar de fala e por garantia de seus direitos na nova Carta Magna.

O processo de redemocratização pelo qual passava o Brasil, após 21 anos de ditadura militar, despertou o interesse em promover avanços nos direitos individuais e sociais. O então Presidente da República, José Sarney, enviou ao Congresso Nacional a Emenda Constitucional nº 26, de 27 de novembro de 1985, que convocou a Assembleia Nacional Constituinte para sua instalação em 1º de fevereiro de 1987⁷.

⁷ BRASIL. **Emenda Constitucional nº 26, de 27 de novembro de 1985**. Convoca Assembleia Nacional Constituinte e dá outras providências. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc_anterior1988/emc26-85.htm.

A representatividade feminina, na Assembleia Nacional Constituinte de 1987, contou com a participação de 26 deputadas (e nenhuma senadora), que compuseram 8 comissões temáticas, 24 subcomissões temáticas e 1 Comissão de Sistematização⁸, em um universo de 559 parlamentares, sendo 72 senadores e 487 deputados federais, assim como a participação de cidadãos e entidades representativas com o envio de suas sugestões para a nova Constituição.

Iáris Ramalho Cortês⁹ descreve a atuação da bancada feminina no Congresso Nacional empenhada em discutir as propostas apresentadas pelo CNDM e sua aprovação como uma vitória alcançada após um longo processo histórico de limitação dos seus direitos:

A bancada feminina do Congresso tomou corpo, fazendo com que as poucas mulheres constituintes valessem em dobro ou em triplo. Não era raro uma deputada atravessar a Esplanada para discutir no Conselho esta ou aquela proposta. O clima não permitia uma hierarquização de poder. Todas, feministas históricas, parlamentares, técnicas do CNDM e mulheres do movimento eram apenas mulheres em busca de uma vitória. Lá no Congresso, as parlamentares formaram um bloco de puro granito. Não se falava em ideologia ou partido político. Elas atuaram de forma suprapartidária e a maioria das propostas foi assinada por toda a bancada.

As mulheres obtiveram êxito com o envio de mais de 100 propostas ao Congresso Nacional, das quais a maioria foi incluída na Constituição Federal de 1988, que abarcou pontos importantes apresentados na “Carta das Mulheres aos Constituintes de 1987”, pois, segundo Fabricia Faleiros Pimenta¹⁰, “este documento, associado à estratégia de convencimento e o debate constitucional

Acesso em: 17 jun. 2023.

8 BRASIL. Congresso Nacional. **30 anos da Constituição**. [2018?]. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/internet/agencia/infograficos-html5/constituente/index.html>. Acesso em: 17 jun. 2023.

9 CORTÊS, Iáris Ramalho. Relembrando passagens da Constituinte. In: **Caderno de Textos do Seminário Constituição 20 Anos: Estado, Democracia e Participação Popular**. Câmara dos Deputados. Brasília, 27 e 28 de novembro de 2008. p. 58. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/comissoes/comissoes-permanentes/clp/publicacoes/cadernos-de-textos-do-seminario-constituicao-20>. Acesso em: 17 jun. 2023.

10 PIMENTA, Fabricia Faleiros. **Políticas feministas e os feminismos na política: o Conselho Nacional dos Direitos da Mulher**. 2010. p. 94. Tese (Doutorado em História) – Universidade de Brasília, Brasília, 2010.

fomentado pela participação das mulheres representou um importante ponto de convergência e encontro entre Estado e sociedade”.

A participação das mulheres no processo constituinte, através da atuação do CNDM junto a bancada parlamentar feminina, foi fundamental para o avanço e salvaguarda dos seguintes direitos das mulheres assegurados na Constituição Federal de 1988:

- Igualdade entre homens e mulheres na sociedade e na família (Arts. 5º, I e 226, §5º);
- Reconhecimento da função social da maternidade (Art. 6º), garantindo-se a licença à gestante, sem prejuízo do emprego e do salário por 120 dias (Art. 7º, XVIII);
- Licença-paternidade (Art. 7º, XIX);
- Proteção especial às mulheres no mercado de trabalho, mediante incentivos específicos (Art. 7º, XX);
- Proibição da discriminação no mercado de trabalho, por motivo de sexo, idade, cor ou estado civil (Art. 7º, XXX);
- Direito das presidiárias permanecerem com seus filhos durante o período de amamentação (Art. 5º, L);
- O título de domínio e a concessão de uso de imóveis rurais, em virtude de reforma agrária, a homens ou mulheres, ou a ambos, independentemente do estado civil (Art. 189, parágrafo único);
- União estável como entidade familiar (Art. 226, §3º);
- Os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal são exercidos igualmente pelo homem e pela mulher (Art. 226, §5º);

- Não discriminação dos filhos nascidos fora do casamento (Art. 227, §6º).
- Acesso ao planejamento familiar como livre decisão do casal (Art. 226, §7º);
- Proteção do Estado contra a violência no âmbito das relações familiares (Art. 226, §8º).

O esforço e a atuação da bancada feminina, para que direitos da mulher fossem incluídos na nova Carta Magna, foi descrito por Benedita da Silva¹¹, Deputada Federal Constituinte, como “[...] independente da coloração partidária, ideológica e política, criamos um formato unificado e até votamos muitas vezes consensualmente. Configuramos uma grande bancada suprapartidária”.

A incorporação da maioria das propostas submetidas ao texto constitucional reafirmou o lema difundido durante a “Campanha Mulher e Constituinte” de que “CONSTITUINTE PRA VALER TEM QUE TER DIREITOS DA MULHER”. Assim foi da palavra aos direitos, ou seja, do reconhecimento do lugar de fala à consagração dos direitos na Lei Fundamental que rege o sistema jurídico brasileiro.

Não foi diferente na elaboração da Constituição da Bahia de 1989. Apesar de ter a representação de apenas uma mulher em sua Assembleia Constituinte, a deputada Amábilia Almeida, de um universo de 26 candidatas nas eleições de 1986, “Através de uma forte articulação com o movimento de mulheres, conseguiu incorporar, ao texto constitucional, a maioria das demandas das mulheres, que passaram a constituir um capítulo especial”, o Capítulo XIX - Dos Direitos Específicos da Mulher, fruto da articulação de sua representante com o movimento feminino, conforme relata Ana Alice Alcântara Costa¹².

11 SILVA, Benedita da. Constituição 20 anos: Estado, Democracia e Participação Popular. In: **Caderno de Textos do Seminário Constituição 20 Anos: Estado, Democracia e Participação Popular**. Câmara dos Deputados. Brasília, 27 e 28 de novembro de 2008. p. 29. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/comissoes/comissoes-permanentes/clp/publicacoes/cadernos-de-textos-do-seminario-constituicao-20>. Acesso em: 17 jun. 2023.

12 COSTA, Ana Alice Alcântara. **As donas no poder: mulher e política na Bahia**. Salvador: NEIM/UFBA, Assembléia Legislativa da Bahia, 1998. p. 122.

Em questões relacionadas à mulher, tanto a Constituição Federal de 1988 quanto a Constituição da Bahia de 1989 refletem as demandas incorporadas a partir da articulação entre os movimentos femininos e as representantes nas respectivas Assembleias Constituintes.

Nesse sentido, considerando o sentido que Luís Roberto Barroso¹³ lhe dá: “Uma Constituição não é só técnica. Tem de haver, por trás dela, a capacidade de simbolizar conquistas e de mobilizar o imaginário das pessoas para novos avanços”, trata-se, pois, do despertar de um sentimento constitucional capaz de propulsionar a mobilização de grupos sociais que almejam a sua participação nos segmentos da sociedade, enfim, consagrada nas supracitadas normas constitucionais.

Assevera M. M. Sow¹⁴ que a “Constituição de 1988 assegurou vários mecanismos de defesa dos direitos da mulher para que ela pudesse alcançar com dignidade o pleno exercício da cidadania”, fortalecendo-as, também, na luta por mais direitos e mais participação na política brasileira.

Assim, na sociedade contemporânea, gradativamente, a participação da mulher na política brasileira tem demonstrado a sua voz ativa diante das desigualdades de gênero, resultando nas muitas conquistas em um espaço, até então, dominado pelo homem, não obstante um longo caminho a percorrer para uma fruição justa e igualitária de direitos entre homens e mulheres.

Jailce Campos e Silva¹⁵ ressalta que

A Constituição Federal de 1988 apresenta um catálogo de direitos fundamentais cuja concretização se dá através de políticas públicas gerais e setoriais de caráter multidisciplinar. Baseado no respeito à dignidade da pessoa humana, o texto constitucional contém normas para a garantia universal de direitos,

13 BARROSO, L. R. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito (O triunfo tardio do direito constitucional no Brasil). **Revista de Direito Administrativo**, [S. l.], v. 240, p. 4, 2005. DOI: 10.12660/rda.v240.2005.43618. Disponível em: <https://biblioteca-digital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/43618>. Acesso em: 18 jun. 2023.

14 SOW, M.M. A participação feminina na construção de um parlamento democrático. **Revista Eletrônica do Programa de Pós-graduação**. Centro de formação, treinamento e aperfeiçoamento da Câmara dos Deputados. p. 81. Disponível em: <http://bd.camara.gov.br>. Acesso em: 19 jun. 2023.

15 SILVA, Jailce Campos e. O princípio da juridicidade e o controle judicial sobre o mérito dos atos administrativos discricionários na implementação das políticas sociais. **A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, Belo Horizonte, ano 22, n. 89, p. 127, jul./set. 2022.

em especial os direitos sociais.

Não foi diferente na sua participação no processo constituinte, tanto nos movimentos capitaneados pelo CNDM quanto na efetiva participação da bancada feminina para incorporação de suas propostas ao texto constitucional, que fez ressurgir o sentimento de pertença à Constituição, incentivando-as a continuar na promoção de novas campanhas para ampliação dos direitos e deveres fundamentais das mulheres e, por conseguinte, o exercício pleno da cidadania.

3 A PARTICIPAÇÃO DA MULHER NA POLÍTICA NO PERÍODO PÓS-CONSTITUINTE

Não obstante as conquistas alcançadas até a promulgação da Constituição Federal de 1988, de 5 de outubro de 1988, e da Constituição da Bahia, de 5 de outubro de 1989, a participação da mulher brasileira na política continua ínfima, haja vista a ausência de paridade na vida pública.

Vale lembrar que a conquista do direito ao voto pelas mulheres é fruto do movimento sufragista, nas décadas de 20 e 30, quando se juntaram para lutar por uma atuação mais efetiva na política para exercício dos direitos políticos ativo e passivo.

Para a historiadora Mônica Karawejczyk¹⁶,

O movimento sufragista surgiu como uma resposta direta à exclusão das mulheres da política, arena na qual as leis são feitas. Algumas mulheres passaram a acreditar que as muitas desigualdades legais, econômicas e educacionais – contra as quais se confrontavam – jamais seriam corrigidas enquanto os homens não tivessem que prestar contas a um eleitorado feminino. Assim, resolveram se unir para, juntas lutarem por seus direitos. [...]. A conquista do voto era percebida por essas mulheres como um meio para atingir outros fins e não como um fim em si. Nesse sentido, o movimento sufragista brasileiro fez

16 KARAJEJCZYK, Mônica. **O voto feminino no Brasil**. 2019. Disponível em: <http://querepublica.essa.an.gov.br/temas/147-o-voto-feminino-no-brasil.html>. Acesso em: 20 jun. 2023.

parte de um interesse específico das mulheres que como um grupo organizado, tinham uma demanda especial: o reconhecimento da sua cidadania através do direito de votar e serem votadas.

Segundo estatísticas do Tribunal Superior Eleitoral (TSE)¹⁷, no universo do eleitorado apto a votar nas últimas eleições de 2022, as mulheres representaram 53%, enquanto o eleitorado masculino representou 47%.

Em se tratando de filiação partidária, a representatividade feminina foi de 46% e a masculina, de 54%. Notadamente, as mulheres são maioria do eleitorado, porém, sua representatividade na política ainda é minoritária, considerando que, do universo de 26.402 candidaturas aptas para as eleições de 2022, as mulheres representaram 34% desse total e os homens, 66%. Na atual legislatura (2023-2027), a Câmara dos Deputados é composta de 90 deputadas (18%) e 423 deputados (82%)¹⁸ e, no Senado Federal, 15 senadoras (18%) e 66 senadores (82%)¹⁹.

A Lei nº 9.100/1995²⁰, em seu art. 11, §3º, já previa cotas eleitorais para as mulheres, porém, em caráter opcional, referindo-se à reserva de percentual para as mulheres. No entanto, somente através da Lei nº 12.034/2009²¹, que alterou a Lei nº 9.504/1997 (Lei das Eleições), as cotas tornaram-se obrigatórias, passando a prever que “Do número de vagas resultante das regras previstas neste artigo, cada partido ou coligação preencherá o mínimo de 30% (trinta por cento) e o máximo de 70% (setenta por cento) para candidaturas de cada sexo”, possibilitando maior efetividade da norma na sua prática.

17 BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral (TSE). **Estatísticas do eleitorado.** Disponível em: <https://www.tse.jus.br/eleicoes/estatisticas/estatisticas-de-eleitorado/eleitorado>. Acesso em: 20 jun. 2023.

18 BRASIL. Câmara dos Deputados. **Quem são os deputados.** Disponível em: <https://www.camara.leg.br/deputados/quem-sao/>. Acesso em: 20 jun. 2023.

19 BRASIL. Senado Federal. **Senadores em exercício.** Disponível em: <https://www25.senado.leg.br/web/senadores/em-exercicio>. Acesso em: 20 jun. 2023.

20 BRASIL. **Lei nº 9.100, de 29 de setembro de 1995.** Estabelece normas para a realização das eleições municipais de 3 de outubro de 1996, e dá outras providências. Disponível em: planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19100.htm. Acesso em: 20 jun. 2023.

21 BRASIL. **Lei nº 12.034, de 29 de setembro de 2009.** Altera as Leis nos 9.096, de 19 de setembro de 1995 - Lei dos Partidos Políticos, 9.504, de 30 de setembro de 1997, que estabelece normas para as eleições, e 4.737, de 15 de julho de 1965 - Código Eleitoral. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/lei/112034.htm. Acesso em: 20 jun. 2023.

Outra conquista das mulheres para participação na política é a alteração do art. 17, §7º da Constituição Federal, por meio da Emenda Constitucional nº 117/2022²², *in verbis*:

Os partidos políticos devem aplicar no mínimo 5% (cinco por cento) dos recursos do fundo partidário na criação e na manutenção de programas de promoção e difusão da participação política das mulheres, de acordo com os interesses intrapartidários.

Todavia, no julgamento da ADI nº 5.617/DF²³, em 15/03/2018, sob a relatoria do Ministro Edson Fachin, o Supremo Tribunal Federal (STF) julgou procedente a Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) para equiparar o mínimo de 30% de candidaturas femininas ao mínimo de 30% do montante do Fundo Partidário, destinados a essas candidaturas, *in verbis*:

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. DIREITO CONSTITUCIONAL E ELEITORAL. ART. 9º DA LEI 13.165/2015. FIXAÇÃO DE PISO (5%) E DE TETO (15%) DO MONTANTE DO FUNDO PARTIDÁRIO DESTINADO AO FINANCIAMENTO DAS CAMPANHAS ELEITORAIS PARA A APLICAÇÃO NAS CAMPANHAS DE CANDIDATAS. PRELIMINAR DE IMPOSSIBILIDADE JURÍDICA DO PEDIDO. REJEIÇÃO. INCONSTITUCIONALIDADE. OFENSA À IGUALDADE E À NÃO-DISCRIMINAÇÃO. PROCEDÊNCIA DA AÇÃO. [...]. ii) dar interpretação conforme à Constituição ao art. 9º da Lei 13.165/2015 de modo a (a) equiparar o patamar legal mínimo de candidaturas femininas (hoje o do art. 10, § 3º, da Lei 9.504/1997, isto é, ao menos 30% de cidadãs), ao mínimo de recursos do Fundo Partidário a lhes serem destinados, que deve ser interpretado como também de 30% do montante do Fundo alocado a cada partido, para as eleições majoritárias e proporcionais,

22 BRASIL. **Emenda Constitucional nº 117, de 5 de abril de 2022**. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc/emc117.htm. Acesso em: 20 jun. 2023.

23 BRASIL. Supremo Tribunal Federal (STF). **ADI nº 5.617**, Relator: Ministro Edson Fachin, Tribunal Pleno, julgado em 15/03/2018, Processo Eletrônico DJe-211, Divulg 02-10-2018. Public 03-10-2018. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur391945/false>. Acesso em: 20 jun. 2023.

e (b) fixar que, havendo percentual mais elevado de candidaturas femininas, o mínimo de recursos globais do partido destinados a campanhas lhe seja alocado na mesma proporção; [...].

(ADI nº 5.617, Relator: Edson Fachin, Tribunal Pleno, julgado em 15/03/2018, Processo Eletrônico DJe-211. Divulg 02-10-2018, Public 03-10-2018)

Corroborando com a decisão do STF no julgamento da ADI nº 5.617/DF, o Tribunal Superior Eleitoral, em relatoria da Ministra Rosa Weber - Ac. de 22.5.2018 na Consulta nº 060025218²⁴ - proferiu o seguinte voto:

[...] 1.2 'Havendo percentual mais elevado do que 30% de candidaturas femininas, o mínimo de recursos globais do partido, destinado às respectivas campanhas, deve ser na mesma proporção?' [...] Ao julgamento da ADI 5617, em 15.3.2018, o c. STF, no tocante ao Fundo Partidário, deu 'interpretação conforme à Constituição ao art. 9º da Lei 13.165/2015 de modo a (a) equiparar o patamar legal mínimo de candidaturas femininas (hoje o do art. 10, § 3º, da Lei 9.504/1997, isto é, ao menos 30% de cidadãs), ao mínimo de recursos do Fundo Partidário a lhes serem destinados, que deve ser interpretado como também de 30% do montante do Fundo alocado a cada partido, para eleições majoritárias e proporcionais, e (b) fixar que, havendo percentual mais elevado de candidaturas femininas, o mínimo de recursos globais do partido destinados a campanhas lhe seja alocado na mesma proporção'. [...] 11. Se a distribuição do Fundo Partidário deve resguardar a efetividade do disposto no art. 10, § 3º, da Lei nº 9.504/97, no sentido de viabilizar o percentual mínimo de 30% de candidaturas por gênero, consoante decidiu a Suprema Corte ao julgamento da ADI 5617, com maior razão a aplicação dos recursos do Fundo Especial de Financiamento de Campanha (FEFC) - cuja vocação é, exclusivamente, o custeio das eleições - há de seguir a mesma diretriz. [...].

Apesar de o Brasil ter avançado na legislação e nos precedentes judiciais para ampliar a participação das mulheres na política, a representatividade feminina, na atual legislatura

24 BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral (TSE). **Ac. de 22.5.2018 na Cta nº 060025218**, Relatora: Ministra Rosa Weber. Disponível em: <https://www.tse.jus.br/jurisprudencia/jurisprudencia-por-assunto>. Acesso em: 21 jun. 2023.

de cada Casa Legislativa (2023-2027), não reflete o previsto no art. 10, §3º, da Lei nº 12.034/2009 (Minirreforma eleitoral), se comparado ao número de candidaturas. O percentual previsto em lei para as candidaturas se cumpriu nas últimas eleições, todavia, esta proporção não reflete no resultado das eleições.

A conquista das mulheres, no campo da política, não se limitou apenas ao exercício do voto. No período pós-constituente, a sua presença, sobretudo nas casas legislativas, mesmo que ínfima, ainda representa o canal de escuta e atendimento dos interesses da população feminina para promoção de políticas públicas que visem à igualdade de gênero em segmentos da sociedade como política, educação, cultura, economia, mercado de trabalho, questões salariais, espaços públicos e privados de poder, dentre outros nos quais a mulher é capaz de se fazer presente.

Conforme pontua Jussara Reis Prá²⁵,

Nomeadamente, desde a luta pelo direito ao voto, as organizações feministas e de mulheres seguem partilhando experiências de mobilização nacional, regional e internacional. Por esses caminhos as mulheres ampliam seus espaços de participação e qualificam os conteúdos da agenda pública com o debate e a prática da democracia partidária. Por conseguinte, na medida em que as mulheres questionam os princípios da democracia moderna e os déficits de seus direitos políticos abrem um amplo campo de ação política.

Uma preocupação se faz presente diante deste quadro de ínfima representatividade feminina na política brasileira porque atinge diretamente a elaboração de políticas públicas voltadas para este público, principalmente no tocante à ampliação do acesso das mulheres aos espaços de poder.

Para Maria Paula Dallari Bucci²⁶, a representatividade política “é inerente à própria concepção democrática” baseada no seguinte tripé que a sustenta: “(i) garantia da supremacia da

25 PRA, Jussara Reis. Mulheres, direitos políticos, gênero e feminismo. **Cadernos Pagu**, Campinas, n. 43, p. 169-196, jul./dez. 2014. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0104-83332014000200169&lng=en&nrm=iso. Acesso em: 20 jun. 2023.

26 LERENO, Bianca; BUCCI, Maria Paula Dallari. Mandato coletivo: problemas e desafios de uma inovação política. **Revista Eletrônica de Direito Eleitoral e Sistema Político - REDESP**, São Paulo, v. 4, n. 2, p. 62-77, jul./dez. 2020. p. 63. Disponível em: <https://bibliotecadigital.tse.jus.br/xmlui/handle/bdtse/8951>. Acesso em: 23 jun. 2023.

vontade popular; (ii) preservação da liberdade e (iii) igualdade de direitos”. No entanto, a Autora alerta para o desafio da democracia brasileira em relação ao alcance do equilíbrio para torná-la mais efetiva, porque “uma vez que a democracia - e todos seus pilares - somente é garantida por meio da representatividade política de seus indivíduos, esta necessita de uma formação qualificada e diversificada, o que nem sempre é fácil de ser conquistado”. A Autora observa que, no Brasil, há o enfraquecimento dessa representatividade, provocando uma crise nas instituições políticas.

Nota-se que a presença reduzida das mulheres na política brasileira está aquém do ideal democrático da igualdade política. Fernanda Ferreira Mota e Flávia Biroli²⁷ entendem que este *deficit* se dá em razão de ser “um desdobramento dos padrões históricos da divisão sexual do trabalho e da atribuição de papéis, habilidades e pertencimentos diferenciados para mulheres e homens”. Apesar das conquistas para sua participação na política, ainda há uma maior reserva de espaços de poder destinada aos homens.

Considerando que a Constituição cidadã de 1988, em seu art. 5º, preconiza que todos são iguais perante a lei, nota-se uma incongruência em relação à participação da mulher na política, pois, se todos são iguais perante a lei, qual a razão para persistir, tanto nas normas infraconstitucionais quanto nos precedentes judiciais, em cotas eleitorais? Por que não ir além da cota na busca por uma democracia paritária?

Estes questionamentos se tornam válidos em um panorama no qual a mulher ainda é minoria, mas que, sob a égide da democracia paritária, “deixam de ser entendidas como uma minoria que requer direitos especiais de representação dentro de um sistema político hegemonicamente masculino”, segundo Niki Johnson²⁸, o que significa propor uma mudança significativa no sistema representativo brasileiro.

27 MOTA, Fernanda Ferreira; BIROLI, Flávia. Mulheres, direitos políticos, gênero e feminismo. **Cadernos Pagu**, Campinas, n. 43, p. 197-231, jul/dez. 2014. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/cpa/a/FpvVX8NYtKskCgGYFXwD5MN/?lang=pt>. Acesso em: 20 jun. 2023.

28 JOHNSON, Niki. Da cota à paridade: lições da América Latina. **Diálogo Político**, ano xxxviii, n. 2, p. 41, 2002. Disponível em: https://dialogopolitico.org/wp-content/uploads/2023/03/Eleicoes_Artigo_4.pdf. Acesso em: 22 jun. 2023.

3 DA COTA ELEITORAL A UMA DEMOCRACIA PARITÁRIA

As políticas públicas de cota e de paridade têm como objetivo a igualdade de gênero na representação política, porém, são medidas que se distinguem quanto à sua efetividade.

Segundo Niki Johnson²⁹, “A cota de gênero baseia-se no conceito de ação afirmativa, [...]. É uma medida temporária que visa corrigir as desvantagens e discriminações que histórica e atualmente as mulheres sofrem em um sistema político concebido pelos homens e para os homens”, pois dirige às mulheres um percentual mínimo de candidaturas. Para a Autora, a paridade transcende a cota e requer uma ressignificação do sistema representativo, pois “Vai muito além de uma medida de ajuste temporário do sistema eleitoral, ainda que, assim como a cota, seja uma medida de justiça social e de reconhecimento da contribuição das mulheres em todas as esferas da vida social e humana”.

Niki Johnson³⁰ entende que a adoção de leis de paridade representa “contribuição fundamental na construção de uma nova forma de política, mais inclusiva e diversa, que tem o potencial de ressignificar e fortalecer as instituições e práticas da democracia representativa”.

Não obstante a política pública de cota eleitoral adotada no Brasil preterisse corrigir as desvantagens históricas das mulheres diante de um sistema político que resiste em ser predominantemente masculino, ainda está longe de alcançar a paridade de gênero na representatividade política, muito embora as mulheres representem 51,1% da população em 2021³¹ e, na atual legislatura (2023-2027), 53% do eleitorado, porém, minoria em filiação partidária (46%).

Em nível internacional, em seu Artigo 7º, a Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra

29 JOHNSON, Niki. Da cota à paridade: lições da América Latina. **Diálogo Político**, ano xxxviii, n. 2, p. 41, 2002. p. 39-40;41. Disponível em: https://dialogopolitico.org/wp-content/uploads/2023/03/Eleicoes_Artigo_4.pdf. Acesso em: 23 jun. 2023.

30 JOHNSON, Niki. Da cota à paridade: lições da América Latina. **Diálogo Político**, ano xxxviii, n. 2, p. 41, 2002. p. 44. Disponível em: https://dialogopolitico.org/wp-content/uploads/2023/03/Eleicoes_Artigo_4.pdf. Acesso em: 24 jun. 2023.

31 INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA (IBGE). **Quantidade de homens e mulheres 2021**. Educa. Jovens. População. Base de dados. Disponível em: <https://educa.ibge.gov.br/jovens/conheca-o-brasil/populacao/18320-quantidade-de-homens-e-mulhe-res.html>. Acesso em: 21 jun. 2023.

a Mulher (1979)³², promulgada através do Decreto nº 4.377, de 13 de setembro de 2002, define que

Os Estados-Partes tomarão todas as medidas apropriadas para eliminar a discriminação contra a mulher na vida política e pública do país e, em particular, garantirão, em igualdade de condições com os homens, o direito a:

- a) Votar em todas as eleições e referenda públicos e ser elegível para todos os órgãos cujos membros sejam objeto de eleições públicas;
- b) Participar na formulação de políticas governamentais e na execução destas, e ocupar cargos públicos e exercer todas as funções públicas em todos os planos governamentais;
- c) Participar em organizações e associações não-governamentais que se ocupem da vida pública e política do país.

Em 28 de novembro de 2015, na Cidade do Panamá, o Parlamento Latino-Americano e do Caribe (Parlatino) aprovou, em Assembleia Geral, o Marco Normativo para consolidar a Democracia Paritária³³. O seu objetivo foi referendar os Parlamentos dos países latinos e caribenhos quanto à “implementação de reformas institucionais e políticas que promovam e assegurem a igualdade substantiva entre homens e mulheres em todas as esferas de tomada de decisão”.

Segundo o Marco Normativo³⁴, na representação política a paridade “reformula a concepção do poder político concebendo-o como um espaço que deve ser compartilhado entre homens e mulheres como premissa da condição humana universal”, sendo 50% de mulheres e 50% de homens.

Assim, a proposta de avançar no sentido da democracia paritária reforça o sistema democrático, pois “Representa um

32 BRASIL. **Decreto nº 4.377, de 13 de setembro de 2002**. Promulga a Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher, de 1979, e revoga o Decreto nº 89.460, de 20 de março de 1984. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2002/d4377.htm. Acesso em: 23 jun. 2023.

33 ONU MULHERES. **Marco normativo para consolidar a democracia paritária**. 2014. Publicação da versão em português: 2018. p. 9. Disponível em: http://www.onumulheres.org.br/wp-content/uploads/2018/06/Marco-Normativo-Democracia-Paritaria_FINAL.pdf. Acesso em: 23 jun. 2023.

34 ONU MULHERES. **Marco normativo para consolidar a democracia paritária**. 2014. Publicação da versão em português: 2018. p. 27. Disponível em: http://www.onumulheres.org.br/wp-content/uploads/2018/06/Marco-Normativo-Democracia-Paritaria_FINAL.pdf. Acesso em: 24 jun. 2023.

modelo de democracia no qual a paridade e a igualdade substantiva encarnam os dois eixos estruturantes do Estado inclusivo”³⁵.

Ao tratar da democracia participativa, sugerindo “aproximar a premissa da realidade”, Fábio Periandro de Almeida Hirsch³⁶ destaca que

A visão de uma democracia de essência, substancial, voltada para permitir a inclusão dos interessados (seja qual for seu nível cultural, social ou econômico) e ampliar a transparência e a atividade eficiente dos poderes públicos reflete a concepção doutrinária da democracia participativa, muito bem sustentada e densificada por PAULO BONAVIDES da democracia RAUL MACHADO HORTA e, no plano europeu, PETER HÄBERLE, CANOTILHO, HESSE, JORGE MIRANDA e DIETER GRIMM, dentre outros.

Reconhece-se que a previsão legal não é o bastante para adoção da paridade de gênero na representatividade política porque, conforme assevera Ana Alice Alcântara Costa³⁷, “A mudança nas leis não é suficiente, por si só, para promover uma mudança nos comportamentos, na estrutura social”.

Existe um arcabouço legal, tanto em nível internacional quanto em nível nacional, para proteção dos direitos das mulheres, porém, para a sua efetividade, há um longo caminho a percorrer, que necessita da atuação de atores públicos e privados. Segundo Norberto Bobbio³⁸, “O problema fundamental em relação aos direitos do homem, hoje, não é tanto o de justificá-los, mas o de protegê-los. Trata-se de um problema não filosófico, mas político”.

Além disso, é preciso, também, o despertar da mulher para o engajamento nas questões relacionadas à vida pública, como força-motriz para uma participação mais efetiva na política.

Mesmo com a conquista do voto feminino no Brasil, Ana Alice Alcântara Costa³⁹ destaca que “A insegurança, o desconhecimento

35 ONU MULHERES. **Marco normativo para consolidar a democracia paritária**. 2014. Publicação da versão em português: 2018. p. 19. Disponível em: http://www.onumulheres.org.br/wp-content/uploads/2018/06/Marco-Normativo-Democracia-Paritaria_FI-NAL.pdf. Acesso em: 23 jun. 2023.

36 HIRSCH, Fábio Periandro de Almeida. Fenômeno político. In: CUNHA JÚNIOR, Dirley da; HIRSCH, Fábio Periandro de Almeida; ANDRADE, Rodrigo (Organizadores). **Coronavírus e outros estudos: homenagem dos baianos aos 100 anos de J.J. Calmon de Passos**. Salvador: Direito Levado a Sério, 2020. v. 2, p. 25-26.

37 COSTA, Ana Alice Alcântara. **As donas no poder: mulher e política na Bahia**. Salvador: NEIM/UFBA, Assembléia Legislativa da Bahia, 1998. p. 84.

38 BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. São Paulo: Campus, 2004. p. 16.

39 COSTA, Ana Alice Alcântara. **As donas no poder: mulher e política na Bahia**. Salvador: NEIM/UFBA, Assembléia Legislativa da Bahia, 1998. p. 84.

das regras do mundo público, os condicionamentos culturais e psicológicos, as praticas partidárias excludentes, continuavam atuando sobre as mulheres, mantendo-as afastadas da estrutura formal do poder político”.

Outrossim, para cumprimento do mandamento constitucional de que todos são iguais perante a lei, previsto em seu art. 5º, *caput*, incumbe ao Estado promover a materialização da igualdade formal, pois, do contrário, segundo o juiz federal José Helvesley⁴⁰,

Quando a Constituição assegura a todos os cidadãos a igualdade formal, como princípio jurídico a ser aperfeiçoado, incumbe ao Estado envidar esforços para que aquela igualdade formal se materialize, buscando esse ideário de todas as maneiras possíveis, mormente no campo sócio-econômico e político, não podendo ele, Estado, fugir a esse comportamento, pena de, em assim fazendo, estar descumprindo mandamento constitucional e, conseqüentemente, contra vindo a ordem superiormente emanada.

Não se pode olvidar que a adoção do Estado Democrático está expressa no preâmbulo da Constituição Federal de 1988 para “assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, [...]”.

Assim sendo, para fins de compreensão da distinção entre igualdade formal e igualdade material, Belmiro Vivaldo Santana Fernandes⁴¹ esclarece que a igualdade formal ou igualdade perante a lei está relacionada a “uma igual aplicação do direito vigente a todos os sujeitos submetidos a uma determinada ordem jurídica, irrestritamente às suas características e situações pessoais”. Em relação à igualdade material ou igualdade na lei, o Autor também esclarece que

[...] existem sujeitos de direito que estão submetidos a situações pessoais desvantajosamente diferentes e que, por isso, merecem um desnivelamento normativo

40 HELVESLEY, José. Isonomia constitucional. Igualdade formal versus igualdade material. **Escola de Magistratura Federal da 5ª Região (ESMAFE)**, n. 7, p. 143-164, 2004. Disponível em: <file:///C:/Users/user/Downloads/260-Texto%20do%20artigo-677-1-10-20200131.pdf>. Acesso em: 21 jun. 2023.

41 FERNANDES, Belmiro Vivaldo Santana. Dignidade, igualdade e direitos da personalidade: uma importante aproximação. In: SOARES, Ricardo Maurício Freire; MACHADO, Flávia Sulz Campos (Orgs.). **Estudos Jurídicos Fundamentais**. Salvador: Paginae, 2018. p. 47.

ou administrativo para que tenham acesso a bens de vida que, face às suas particularidades, não conseguem obter.

No tocante à igualdade material ou substantiva de gênero, aquela que assegura uma igualdade real e efetiva a homens e mulheres na vida pública, Niki Johnson⁴² afirma que

[...] é importante a incidência articulada de diferentes atores: as próprias mulheres políticas, organizadas em coordenações intra e interpartidárias; os órgãos de controle eleitoral comprometidos com a promoção da igualdade de gênero; partidos políticos e dirigentes aliados que mostram compromisso real com a paridade de gênero nos espaços de decisão política; e a vigilância e denúncia, pelo movimento social feminista, dos casos de descumprimento.

Cláudio Pereira de Souza Neto⁴³ ressalta que “a importância da igualdade material decorre de que somente ela possibilita que todos tenham interesses semelhantes na manutenção do poder político e o considerem igualmente legítimo”. Ainda acrescenta que “Apenas em um contexto de igualdade, poderiam prevalecer a vontade geral e a ética comunitária que é por ela pressuposta, [...]”.

Como forma de respaldar a necessidade de transcender a cota eleitoral em direção à democracia paritária, é importante destacar a abordagem de Nancy Fraser⁴⁴ do que denomina de princípio normativo inclusivo de paridade participativa, para quem “Uma visão de justiça em termos de paridade participativa representa o desmantelamento de obstáculos institucionalizados que impedem que certas pessoas participem no mesmo nível com outros, como parceiros plenos, em ações sociais”.

A autora entende que tais obstáculos institucionalizados podem se manifestar de três formas: as pessoas podem ser impedidas de participar efetivamente por estruturas econômicas que lhes rejeitam os meios necessários para interagir com

42 JOHNSON, Niki. Da cota à paridade: lições da América Latina. **Diálogo Político**, ano xxxviii, n. 2, p. 44, 2002. Disponível em: https://dialogopolitico.org/wp-content/uploads/2023/03/Eleicoes_Artigo_4.pdf. Acesso em: 21 jun. 2023.

43 SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. Teoria da Constituição, Democracia e Igualdade. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; BERCOVICI, Gilberto; MORAES FILHO, José Filomeno de; LIMA, Martônio Mont’Alverne Barreto. **Teoria da Constituição**: estudos sobre o lugar da política no direito constitucional. Rio de Janeiro: Lumen Jûris, 2003.

44 FRASER, Nancy. Justiça Anormal. **Revista da Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo**, [S. L.], v. 108, p. 739-768, 2013. Disponível em: <https://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/view/68001>. Acesso em: 24 jun. 2023. p. 752.

outros como iguais (injustiça distributiva ou má-distribuição); de interagir em termos de paridade por meio de hierarquias institucionalizadas de valor cultural que lhes nega a posição necessária (status ou mal-reconhecimento); de praticar uma participação plena por regras estabelecidas, negando-lhes a igualdade em deliberações públicas e na tomada de decisões democráticas (injustiça política ou má-representação), violando o princípio de paridade participativa⁴⁵.

4 CONCLUSÃO

O século XIX foi marcado pela luta das mulheres brasileiras por igualdade de gênero em vários segmentos da sociedade.

Destaca-se que houve avanços em suas conquistas no que diz respeito ao pleno exercício dos direitos políticos. A conquista do voto, por exemplo, possibilitou a participação das mulheres na formulação e implementação de políticas públicas voltadas a este público, assim como a sua representatividade no Legislativo e no Executivo.

Embora os movimentos sociais capitaneados pelas mulheres tenham ganhado força no processo constituinte, há de se considerar ínfima a sua participação na política, assim como é ínfimo o percentual destinado à cota para a sua candidatura.

Neste cenário, embora a cota eleitoral seja uma medida de justiça social e de reconhecimento da contribuição das mulheres para a sociedade, a adoção de leis de paridade pode proporcionar uma política mais inclusiva de fortalecimento da democracia representativa, como uma forma de aproximar a premissa da realidade.

A luta por ter palavra e ter direitos move a mulher para ter o seu lugar de fala e a garantia dos seus direitos. Do contrário, o Estado erra pela inobservância do mandamento constitucional de que todos são iguais perante a lei, por desincumbir-se de promover a materialização da igualdade formal e, assim, fortalecer a democracia.

45 FRASER, N. Justiça Anormal. **Revista da Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo**, [S. L.], v. 108, p. 739-768, 2013. Disponível em: <https://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/view/68001>. Acesso em: 24 jun. 2023. p. 752.

REFERÊNCIAS

BARROSO, L. R. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito (O triunfo tardio do direito constitucional no Brasil). **Revista de Direito Administrativo**, [S. l.], v. 240, p. 1-42, 2005. DOI: 10.12660/rda.v240.2005.43618. Disponível em: <https://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/43618>. Acesso em: 18 jun. 2023.

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. São Paulo: Campus, 2004.

BRASIL. **Emenda Constitucional nº 117, de 5 de abril de 2022**. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc/emc117.htm. Acesso em: 20 jun. 2023.

_____. Congresso Nacional. **30 anos da Constituição**. [2018?]. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/internet/agencia/infograficos-html5/constituente/index.html>. Acesso em: 17 jun. 2023.

_____. **Lei nº 12.034, de 29 de setembro de 2009**. Altera as Leis nº 9.096, de 19 de setembro de 1995 - Lei dos Partidos Políticos, 9.504, de 30 de setembro de 1997, que estabelece normas para as eleições, e 4.737, de 15 de julho de 1965 - Código Eleitoral. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/lei/112034.htm. Acesso em: 20 jun. 2023.

_____. **Decreto nº 4.377, de 13 de setembro de 2002**. Promulga a Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher, de 1979, e revoga o Decreto nº 89.460, de 20 de março de 1984. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2002/d4377.htm. Acesso em: 23 jun. 2023.

_____. Tribunal Superior Eleitoral (TSE). **Estatísticas do eleitorado**. Disponível em: <https://www.tse.jus.br/eleicoes/estatisticas/estatisticas-de-eleitorado/eleitorado>. Acesso em: 20 jun. 2023.

_____. Câmara dos Deputados. **Quem são os deputados.** Disponível em: <https://www.camara.leg.br/deputados/quem-sao/>. Acesso em: 20 jun. 2023.

_____. Senado Federal. **Senadores em exercício.** Disponível em: <https://www25.senado.leg.br/web/senadores/em-exercicio>. Acesso em: 20 jun. 2023.

_____. Tribunal Superior Eleitoral (TSE). **A construção da voz feminina na cidadania.** [Brasília]: [2018?]. Disponível em: <https://www..justicaeleitoral.jus.br/tse-mulheres/arquivos/portfolio-exposicao-a-construcao-da-voz-feminina-na-cidadania-tse.pdf>. Acesso em: 19 jun. 2023.

_____. Tribunal Superior Eleitoral (TSE). **Ac. de 22.5.2018 na Cta nº 060025218**, Relatora: Ministra Rosa Weber. Disponível em: <https://www.tse.jus.br/jurisprudencia/jurisprudencia-por-assunto>. Acesso em: 21 jun. 2023.

_____. Supremo Tribunal Federal (STF). **ADI nº 5.617**, Relator: Edson Fachin, Tribunal Pleno, julgado em 15/03/2018, Processo Eletrônico DJe-211, Divulg 02-10-2018. Public 03-10-2018. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur391945/false>. Acesso em: 20 jun. 2023.

_____. **Lei nº 9.100, de 29 de setembro de 1995.** Estabelece normas para a realização das eleições municipais de 3 de outubro de 1996, e dá outras providências. Disponível em: planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19100.htm. Acesso em: 20 jun. 2023.

_____. **Constituição Federal de 1988.** Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm. Acesso em: 20 jun. 2023.

_____. **Emenda Constitucional nº 26, de 27 de novembro de 1985.** Convoca Assembléia Nacional Constituinte e dá outras providências. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc_anterior1988/emc26-85.htm. Acesso em: 17 jun. 2023.

_____. **Lei nº 7.353, de 29 de agosto de 1985.** Cria o Conselho Nacional dos Direitos da Mulher - CNDM e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1980-1988/L7353.htm#:~:text=L7353&text=LEI%20No%207.353%2C%20DE%2029%20DE%20AGOSTO%20DE%201985.&text=Cria%20o%20Conselho%20Nacional%20dos,CNDM%20e%20d%C3%A1%20outras%20provid%C3%Aancias. Acesso em: 17 jun. 2023.

CONSELHO NACIONAL DOS DIREITOS DA MULHER (CNDM). **Carta das Mulheres aos Constituintes de 1987.** Disponível em: https://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/legislacao/Constituicoes_Brasileiras/constituicao-cidada/a-constituinte-e-as-mulheres/arquivos/Constituinte%201987-1988-Carta%20das%20Mulheres%20aos%20Constituintes.pdf. Acesso em: 17 jun. 2023.

CORTÊS, Iáris Ramalho. Relembrando passagens da Constituinte. **Caderno de Textos do Seminário Constituição 20 Anos:** Estado, Democracia e Participação Popular. Câmara dos Deputados. Brasília, 27 e 28 de novembro de 2008. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/comissoes/comissoes-permanentes/clp/publicacoes/cadernos-de-textos-do-seminario-constituicao-20>. Acesso em: 17 jun. 2023.

COSTA, Ana Alice Alcântara. **As donas no poder:** mulher e política na Bahia. Salvador: NEIM/UFBA, Assembléia Legislativa da Bahia, 1998. p. 84.

FERNANDES, Belmiro Vivaldo Santana. Dignidade, igualdade e direitos da personalidade: uma importante aproximação. In: SOARES, Ricardo Maurício Freire; MACHADO, Flávia Sulz Campos (Orgs.). **Estudos Jurídicos Fundamentais.** Salvador: Paginae, 2018.

FRASER, Nancy. Justiça Anormal. **Revista da Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, [S. l.], v. 108, p. 739-768, 2013.** Disponível em: <https://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/view/68001>. Acesso em: 24 jun. 2023.

HELVESLEY, José. Isonomia constitucional. Igualdade formal versus igualdade material. **Escola de Magistratura Federal da 5ª Região (ESMAFE), n. 7, p. 143-164, 2004.** Disponível em: <file:///C:/Users/user/Downloads/260-Texto%20do%20artigo-677-1-10-20200131.pdf>. Acesso em: 21 jun. 2023.

HIRSCH, Fábio Periandro de Almeida. Fenômeno político. In: CUNHA JÚNIOR, Dirley da; HIRSCH, Fábio Periandro de Almeida; ANDRADE, Rodrigo (Organizadores). **Coronavírus e outros estudos: homenagem dos baianos aos 100 anos de J.J. Calmon de Passos**. Salvador: Direito Levado a Sério, 2020. v. 2.

INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA (IBGE). **Quantidade de homens e mulheres 2021**. Educa. Jovens. População. Base de dados. Disponível em: <https://educa.ibge.gov.br/jovens/conheca-o-brasil/populacao/18320-quantidade-de-homens-e-mulhe-res.html>. Acesso em: 21 jun. 2023.

JOHNSON, Niki. Da cota à paridade: lições da América Latina. **Diálogo Político**, ano xxxviii, n. 2, p. 38-45, 2002. Disponível em: https://dialogopolitico.org/wp-content/uploads/2023/03/Eleicoes_Artigo_4.pdf. Acesso em: 21 jun. 2023.

KARAWEJCZYK, Mônica. **O voto feminino no Brasil**. 2019. Disponível em: <http://querepublicaessa.an.gov.br/temas/147-o-voto-feminino-no-brasil.html>. Acesso em: 20 jun. 2023.

LERENO, Bianca; BUCCI, Maria Paula Dallari. Mandato coletivo: problemas e desafios de uma inovação política. **Revista Eletrônica de Direito Eleitoral e Sistema Político - REDESP**, São Paulo, v. 4, n. 2, p. 62-77, jul./dez. 2020. p. 62-77. Disponível em: <https://bibliotecadigital.tse.jus.br/xmlui/handle/bdtse/8951>. Acesso em: 23 jun. 2023.

LIRA, Mayara Alves Lima. Atendimento às Mulheres em Situação de Violência no Centro de Referência Francisca Trindade, em Teresina-PI. **Revista Latino-americana de Geografia e Gênero**, Ponta Grossa, v. 4, n. 1, p. 75-85, jan./jul. 2013. Disponível em: https://revistas.uepg.br/index.php/rlagg/article/view/3540/pdf_51. Acesso em: 19 jun. 2023.

MOTA, Fernanda Ferreira; BIROLI, Flávia. Mulheres, direitos políticos, gênero e feminismo. **Cadernos Pagu**, Campinas, n. 43, p. 197-231, jul/dez. 2014. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/cpa/a/FpvVX8NYtKskCgGYFXwD5MN/?lang=pt>. Acesso em: 20 jun. 2023.

ONU MULHERES. **Marco normativo para consolidar a democracia paritária**. 2014. Publicação da versão em português:

2018. Disponível em: http://www.onumulheres.org.br/wp-content/uploads/2018/06/Marco-Normativo-Democracia-Paritaria_FINAL.pdf. Acesso em: 23 jun. 2023.

PIMENTA, Fabrícia Faleiros. **Políticas feministas e os feminismos na política:** o Conselho Nacional dos Direitos da Mulher. 2010. 328 f. Tese (Doutorado em História) – Universidade de Brasília, Brasília, 2010.

PRÁ, Jussara Reis. Mulheres, direitos políticos, gênero e feminismo. **Cadernos Pagu**, Campinas, n. 43, p. 169-196, jul/dez. 2014. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0104-83332014000200169&lng=en&nrm=iso. Acesso em: 20 jun. 2023.

SILVA, Benedita da. Constituição 20 anos: Estado, Democracia e Participação Popular. In: **Caderno de Textos do Seminário Constituição 20 Anos:** Estado, Democracia e Participação Popular. Câmara dos Deputados. Brasília, 27 e 28 de novembro de 2008. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/comissoes/comissoes-permanentes/clp/publicacoes/cadernos-de-textos-do-seminario-constituicao-20>. Acesso em: 18 jun. 2023.

SILVA, Jailce Campos e. O princípio da juridicidade e o controle judicial sobre o mérito dos atos administrativos discricionários na implementação das políticas sociais. **A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, Belo Horizonte, ano 22, n. 89, p. 113-141, jul./set. 2022.

SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. Teoria da Constituição, Democracia e Igualdade. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; BERCOVICI, Gilberto; MORAES FILHO, José Filomeno de; LIMA, Martônio Mont’Alverne Barreto. **Teoria da Constituição:** estudos sobre o lugar da política no direito constitucional. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2003.

SOW, M.M. A participação feminina na construção de um parlamento democrático. **Revista Eletrônica do Programa de Pós-graduação.** Centro de formação, treinamento e aperfeiçoamento da Câmara dos Deputados. Disponível em: <http://bd.camara.gov.br>. Acesso em: 19 jun. 2023.

**O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, OS
TRATADOS INTERNACIONAIS DE DIREITOS HUMANOS
E O CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE AOS 35
ANOS DA CONSTITUIÇÃO BRASILEIRA¹**

**THE FEDERAL SUPREME COURT, THE
INTERNATIONAL HUMAN RIGHTS TREATIES AND THE
CONTROL OF CONVENTIONALITY AT THE 35 YEARS
OF THE BRAZILIAN CONSTITUTION**

*Ingo Wolfgang Sarlet**
*Gabrielle Bezerra Sales Sarlet***

RESUMO

O presente artigo busca oferecer uma visão panorâmica sobre a evolução no que diz respeito à força jurídica dos tratados internacionais de direitos humanos no Brasil e o papel exercido pelo Supremo Tribunal Federal no domínio do controle de convencionalidade interno ao longo dos trinta e cinco anos de existência da Constituição de 1988, em especial à luz de exemplos relevantes extraídos da jurisprudência daquela corte.

PALAVRAS-CHAVE: Supremo Tribunal Federal; Tratados de Direitos Humanos; Controle de Convencionalidade; Constituição Brasileira.

1 O presente texto não é propriamente inédito, porquanto se trata de atualização e ampliação de versão anterior, já publicada pelos autores em outro veículo.

*Advogado e parecerista. Doutorado e Pós-Doutorado em Direito (Universidade de Munique e Instituto Max-Planck de Direito Social e Política Social). Professor Titular da Escola de Direito da PUCRS, onde também é Coordenador do Programa de Pós-Graduação em Direito e Professor do Programa de Pós-Graduação em Ciências Criminais. Desembargador aposentado do TJRS.

**Advogada e consultora jurídica. Doutora em Direito pela Universidade de Augsburg - Alemanha. Mestre e graduada em Direito pela Universidade Federal do Ceará (UFC). Pós-doutorado em Direito pela Universidade de Hamburgo-Alemanha. Pós-doutorado em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (PUCRS Ex-bolsista do Instituto Max-Planck de direito estrangeiro e internacional, Hamburg-Alemanha. Professora adjunta do curso de graduação e do Programa de Pós-graduação em Direito na Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (PUCRS). Especialização em Neurociências e comportamento na PUC-RS. E-mail: gabriellebezerrasales@gmail.com. Currículo: <http://lattes.cnpq.br/9638814642817946>.

ABSTRACT

This paper aims to offer a panoramic overview of the evolution regarding the legal force of international human rights treaties in Brazil and the role played by the Federal Supreme Court in the domain of the internal control of conventionality along the thirty-five years of existence of the 1988 Constitutional, especially considering relevant examples from the court's jurisprudence.

KEYWORDS: Federal Supreme Court; Human Rights Treaties; Control of Conventionality; Brazilian Constitution.

INTRODUÇÃO

A relação entre a Constituição Federal de 1988 (doravante CF), a ordem jurídica interna (nacional) e os direitos humanos afirmados nos tratados internacionais ratificados pelo Brasil assumem cada vez maior relevância, resultando gradualmente na incorporação daquilo que se costuma designar de um controle de convencionalidade dos atos normativos internos, ou seja, de um controle da compatibilidade entre a legislação nacional e os parâmetros postos pelos tratados internacionais.

Como a experiência brasileira e a evolução já desde antes da promulgação da CF o demonstram, nunca houve – salvo algumas exceções, em geral no campo do direito internacional – maior receptividade por parte da comunidade jurídica em relação ao tema, seja do ponto de vista do seu tratamento dogmático, mas especialmente na prática jurídico-judiciária.

Com o advento da CF era de se esperar uma guinada nessa seara, visto que, de modo pioneiro no direito brasileiro, o constituinte, afinado com os desenvolvimentos mais recentes, fez constar do texto constitucional, tanto o princípio de prevalência dos direitos humanos no plano das relações internacionais (artigo 4º, II) quanto fez constar, no § 2º do artigo 5º, que os direitos expressamente positivados no texto constitucional não

excluem outros decorrentes do regime e dos princípios da CF, mas abarcam igualmente os direitos constantes dos tratados internacionais dos quais o Brasil for parte. Com isso, a abertura material do catálogo constitucional de direitos, antes (ao menos textualmente) restrita a direitos decorrentes dos princípios e do regime constitucional, foi ampliada para integrar, no assim chamado bloco de constitucionalidade, os direitos consagrados na esfera do direito internacional dos direitos humanos.

Não foi, contudo, o que se passou, ao menos não durante a maior parte das duas primeiras décadas de vigência da CF. Se, por um lado, no campo da literatura jurídica começou a haver maior receptividade, crescendo rapidamente o número de autores que passaram a se ocupar do tema e a defender uma força jurídica reforçada, na condição de direitos materialmente fundamentais e com hierarquia constitucional, dos direitos consagrados nos tratados de direitos humanos ratificados pelo Brasil e incorporados à ordem jurídica doméstica, o mesmo não se verificou na esfera jurisprudencial. Com efeito, apesar da acolhida de tal entendimento em decisões isoladas de juizes e tribunais, inclusive do STJ, em geral versando sobre a, na época, tão polêmica prisão do depositário infiel, o STF, instado a se pronunciar novamente sobre o tema, optou por manter o seu posicionamento anterior a 1988, no sentido da paridade entre tratados internacionais (inclusive em matéria de direitos humanos) e a legislação ordinária.

É possível afirmar, contudo, que uma nova fase do debate, acadêmico e jurisprudencial, iniciou com a promulgação da Emenda Constitucional n° 45, de 08 de dezembro de 2004 (doravante denominada EC 45). A EC 45, após longa e tormentosa tramitação no Congresso Nacional, veiculou a assim chamada Reforma do Poder Judiciário, implicando a inserção de várias disposições diretamente relativas aos direitos humanos e fundamentais na CF, como foi o caso, apenas para citar o

dispositivo mais próximo da temática aqui versada, da inclusão do § 3º do artigo 5º, versando sobre a forma de incorporação, ao direito interno, dos tratados internacionais de direitos humanos.

O dispositivo inserido por meio da EC 45 (§ 3º do art. 5º da CF), estabelecendo que “os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais”, veio para complementar o já referido § 2º do mesmo artigo, gerando, mesmo já durante a tramitação da PEC, uma série de perplexidades, ligadas tanto a questões de natureza formal (procedimental) quanto de cunho material, designadamente sobre a força jurídica dos tratados de direitos humanos na esfera doméstica.

A essa altura, uma vez incorporado e vigente o § 3º do artigo 5º da CF, também o STF teve a ocasião de retomar o tema, revisando a posição anterior e assegurando a prevalência dos tratados de direitos humanos em relação pelo menos ao direito infraconstitucional interno, além de revisar a sua posição sobre a legitimidade do instituto da prisão civil do depositário infiel, tudo a ser examinado com mais vagar na sequência.

Mediante tais alterações, no plano do direito constitucional positivo e na esfera jurisprudencial, não restaram, todavia, resolvidos todos os problemas teóricos e práticos. Além de uma série de aspectos de natureza procedimental, ligados, e.g., à obrigatoriedade da adoção, pelo Congresso Nacional, do rito estabelecido no § 3º do artigo 5º ou mesmo da possibilidade de denúncia dos tratados aprovados mediante tal procedimento, ganhou terreno, a partir do caso da prisão civil do depositário infiel e da declaração, pelo STF, de sua incompatibilidade com os tratados internacionais de direitos humanos, a discussão em torno do assim chamado controle de convencionalidade, objeto precisamente deste manuscrito.

O terreno segue fértil no que diz com as diversas questões que envolvem essa - no Brasil - ainda relativamente recente modalidade de controle jurisdicional dos atos normativos e mesmo atos do poder público em geral. No próprio STF, especialmente quando se examinam as decisões posteriores ao seu *leading case* na matéria, ainda se verificam, vez por outra, algumas incongruências e movimentos em parte díspares, ainda que do ponto de vista quantitativo e qualitativo, os avanços tenham sido significativos e dignos de encômios, o que ainda será objeto de desenvolvimento.

Assim, dada a amplitude do problema central e dos seus aspectos correlatos e considerando o papel central e diretivo do STF também nessa matéria, objetiva-se, uma vez revisitado o tema da força normativa dos tratados de direitos humanos na ordem jurídico-constitucional brasileira (2), apresentar algumas questões centrais ligadas ao controle de convencionalidade em si (3), para, na sequência, inventariar e analisar algumas das principais decisões da nossa Suprema Corte em que os tratados de direitos humanos de algum modo tiveram peso na respectiva fundamentação (4), culminando com uma síntese conclusiva (5).

1. OS TRATADOS DE DIREITOS HUMANOS NA ORDEM JURÍDICA BRASILEIRA

A EC 45, que cuidou da reforma do Poder Judiciário, acrescentou - como já frisado - um § 3º ao art. 5º da CF. Tal preceito acabou por inserir no texto constitucional uma norma (no caso, uma regra do tipo procedimental) dispendo sobre a forma de incorporação ao direito interno dos tratados em matéria de direitos humanos, que, interpretada em sintonia com o art. 5º, § 2º, pode ser compreendida como assegurando - *em princípio e em sendo adotado tal procedimento* - a condição de direitos formalmente e materialmente fundamentais aos direitos consagrados no plano das convenções internacionais.

Mas, a despeito da aparente clareza e singeleza da regra, as coisas não foram assim tão simples e a controvérsia doutrinária e jurisprudencial seguiu acirrada. Um primeiro problema diz respeito aos tratados aprovados antes da promulgação da EC 45, incorporados mediante Decreto Legislativo aprovado por maioria simples em sessão unicameral pelo Congresso Nacional.

Nesse sentido, a tese de que por força da EC 45 todos os tratados em matéria de direitos humanos já incorporados ao sistema jurídico brasileiro possam ser considerados como equivalentes às emendas constitucionais, sempre foi altamente questionável, pois não há como aplicar, neste caso, o argumento da recepção quando se trata de procedimentos legislativos distintos, ainda que haja compatibilidade material, como se fosse possível equiparar Decreto Legislativo aprovado pela maioria simples à emenda constitucional que exige uma maioria reforçada de três quintos dos votos, sem considerar os demais limites formais das emendas à CF (PIOVESAN, 2005, p. 72).

A própria comparação com a fungibilidade possível entre lei ordinária e lei complementar não se revela apropriada, considerando a incompatibilidade total de rito (e natureza) dos decretos legislativos e das emendas constitucionais, isso sem falar na hierarquia constitucional das emendas, parâmetro de controle de constitucionalidade também das leis complementares. Emendas à Constituição cumprem função notadamente distinta da legislação o que deveria bastar para demonstrar a inviabilidade da tese da recepção, ainda que material. (PIOVESAN, 2005, p. 72).

Em caráter alternativo – mas substancialmente diverso da tese da recepção – há como sustentar que os tratados internacionais (que já são materialmente constitucionais e, portanto, conforme ainda será objeto de maior desenvolvimento, *já possuem hierarquia constitucional* por força do próprio art. 5º, § 2º, da CF!) também poderão ser formalmente constitucionais – ainda que não inseridos no corpo permanente do texto constitucional -

caso forem aprovados, a qualquer momento, pelo procedimento reforçado instituído pelo art. 5º, § 3º (MAZZUOLI 2005, p. 321), linha argumentativa que nos parece mais sólida.

Assim, como desde há muito afirma Flávia Piovesan (2005), no caso dos tratados incorporados pelo rito mais rigoroso previsto no artigo 5º, § 3º, da CF, se estaria apenas a reforçar – no plano formal – a sua hierarquia constitucional material desde logo assegurada por força do art. 5º, § 2º, da CF, que – segundo a autora e, de resto, a doutrina dominante – a todos os tratados internacionais de direitos humanos ratificados pelo Brasil.

Já no que diz respeito à posição do STF matéria, este, como já anunciado na parte introdutória do texto, acabou por revisar seu entendimento durante muito tempo – mesmo após a promulgação da CF - favorável (embora não à unanimidade) à paridade entre os tratados internacionais (sejam eles, ou não, de direitos humanos) e as leis ordinárias. Essa mudança de orientação, como era, aliás, de se esperar, ocorreu relativamente pouco tempo depois da incorporação no texto constitucional do citado § 3º ao art. 5º da CF. Isso se deu por ocasião do julgamento, em 22.11.2006, do RE 466.343-1/SP, Rel. Ministro Cezar Peluso, quando, a partir do alentado e sofisticado voto-vogal do Ministro Gilmar Mendes, a despeito do rechaço da tese da hierarquia constitucional (na condição de direito materialmente constitucional) dos tratados de direitos humanos ratificados pelo Brasil, foi recuperada a posição anteriormente defendida, de modo isolado, pelo Ministro Sepúlveda Pertence, favorável à hierarquia supralegal de tais instrumentos internacionais. Com isso, de acordo com o que se depreende, em muito apertada síntese, do paradigmático voto do Ministro Gilmar Mendes, estar-se-ia assegurando a supremacia da CF, mas, ao mesmo tempo, assegurando uma posição de vantagem hierárquica substancial a todos os tratados de direitos humanos, já que prevalentes em relação a toda a normativa infraconstitucional doméstica, à exceção dos tratados aprovados

pelo procedimento previsto no § 3º do art. 5º da CF, os quais, em sendo rigorosamente atendido tal rito, possuem hierarquia que equivale à das emendas constitucionais.

Assim, independentemente da posição doutrinária dominante (e aqui compartilhada) em prol de uma hierarquia constitucional de todos os tratados em matéria de direitos humanos ratificados pelo Brasil, é possível afirmar, em virtude da referida mudança de entendimento protagonizada pelo STF e pelo poder de reforma constitucional, que tanto os tratados incorporados pelo rito previsto no § 3º do art. 5º da CF, quanto os demais tratados, aprovados até o advento da Emenda Constitucional n. 45/2004 e pelo procedimento simplificado dos Decretos Legislativos e que possuem hierarquia supralegal, ensejam, por força de sua superior hierarquia em relação ao restante da normativa interna, a possibilidade (e mesmo o dever) de aferição da compatibilidade entre tais atos normativos e os tratados que lhes são superiores. Isso, como já referido, ficou evidenciado na decisão acima referida do STF sobre a proscricção – mediante um efeito “paralisante” – da eficácia de toda e qualquer hipótese legal prevendo a prisão civil do depositário infiel, seja ela criada antes da aprovação do tratado, seja ela introduzida posteriormente, a despeito da manutenção, no texto constitucional, da hipótese de tal modalidade de prisão civil.

O problema de tal entendimento, por ora consolidado, ainda que não de forma uníssona – visto que historicamente, desde a retomada da controvérsia sobre o tema no STF, sempre alguns Ministros se pronunciaram pela hierarquia constitucional dos tratados de direitos humanos -, é que mesmo que a hierarquia supralegal tenha representado um inquestionável avanço em relação ao entendimento antes prevalente, é o de que se segue relegando os direitos humanos consagrados nos tratados internacionais a uma posição secundária em face dos direitos fundamentais da CF, visto que o STF, como bem apontado, acabou – em matéria de tratados de direitos humanos - criando

uma espécie “duplicidade de regimes jurídicos” (MAZZUOLI, 2012, p. 386).

Assim, se é acertada a posição bastante difundida de que talvez melhor tivesse sido que o reformador constitucional tivesse renunciado a inserir um § 3º no art. 5º ou que (o que evidentemente teria sido bem melhor) - em entendendo de modo diverso - tivesse se limitado a expressamente cancelar a incorporação automática (após prévia ratificação) e com hierarquia constitucional de todos os tratados em matéria de direitos humanos, com a ressalva de que no caso de eventual conflito com direitos previstos pelo Constituinte de 1988, sempre deveria prevalecer a disposição mais benéfica para o ser humano (proposta legislativa esta formulada, nestes termos ou em termos similares, por autores como Antônio Augusto Cançado Trindade, Valério Mazzuoli e Flávia Piovesan, entre outros ilustres e engajados defensores da hierarquia constitucional), e por mais que seja controverso, em cada caso, qual o direito de qual (ou quais) pessoa (s) a ser assegurado, também é correto que se vislumbra no dispositivo ora analisado um potencial positivo, no sentido de viabilizar alguns avanços concretos em relação à práxis ora vigente entre nós.

Assim, à vista do exposto, há que distinguir entre a posição dominante na doutrina, crítica ao STF, advogando que os tratados de direitos humanos têm valor equivalente ao da CF e com ela formam um bloco de constitucionalidade, e a posição adotada pela nossa Corte Suprema. Em suma, a prevalecer a atual orientação, para o STF são três as possibilidades em termos de força jurídica dos tratados na ordem doméstica: a) hierarquia equivalente à emenda constitucional, no caso dos tratados de direitos humanos incorporados mediante observância do rito estabelecido pelo § 3º do artigo 5º da CF; b) hierarquia supralegal, aplicável aos tratados de direitos humanos ratificados pelo sistema convencional, por meio de Decreto Legislativo aprovado com maioria simples, anteriores a EC 45; c) hierarquia de lei

ordinária, que segue sendo a posição adotada em relação aos demais tratados, que não integram o sistema internacional de reconhecimento e proteção dos direitos humanos.

2. O CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE NO BRASIL

Independentemente da posição adotada em prol de uma hierarquia constitucional de todos os tratados em matéria de direitos humanos ratificados pelo Brasil, é possível afirmar que tanto os tratados incorporados pelo rito previsto no § 3º do art. 5º da CF, quanto os demais tratados, aprovados até o advento da EC 45/2004 e pelo procedimento simplificado dos Decretos Legislativos e que possuem hierarquia supralegal, ensejam, por força de sua superior hierarquia em relação ao restante da normativa interna, a possibilidade (e mesmo o dever) de aferição da compatibilidade entre tais atos normativos e os tratados que lhes são superiores. Isso, como já referido, ficou evidenciado na decisão do STF sobre a proscricção – mediante um efeito “paralisante” – da eficácia de toda e qualquer hipótese legal prevendo a prisão civil do depositário infiel, seja ela criada antes da aprovação do tratado, seja ela introduzida posteriormente, a despeito da manutenção, no texto constitucional, da hipótese de tal modalidade de prisão civil⁴.

Assim, sem que se vá aqui adentrar o tema específico da prisão civil e do acerto da decisão do STF no concernente ao tema, o que importa nesta quadra é a constatação de que se cuidou da primeira vez – ao que se sabe - em que a mais alta Corte brasileira efetuou, pelo menos depois de promulgada a atual CF, o que passou, também no Brasil, a ser chamado de um controle de convencionalidade.

A terminologia adotada, por sua vez, busca evidenciar a distinção entre o controle de constitucionalidade, pois independentemente de sua hierarquia constitucional, trata-se de afirmar que os tratados (aqui referidos pelo termo convenções)

⁴ Cf. especialmente o voto do Ministro Gilmar Mendes no RE 466.343, Rel. Ministro Cezar Peluso, publicado no DJ em 05.06.2009.

operam como parâmetro para o controle de outros atos normativos que lhes são hierarquicamente inferiores.

A partir do exposto, já é possível avançar com o tema e esboçar algumas considerações preliminares, todas, contudo, sujeitas ao crivo do contraditório e aguardando a evolução da prática política e jurisdicional brasileira, ademais do desenvolvimento e do refinamento do debate na doutrina. Assim, importa sublinhar, não se faz referência à experiência de outros países na matéria e nem ao que se processa na esfera da jurisdição supranacional (salvo, quando for o caso, no que toca a decisões que envolvem ações ou omissões do poder público do Brasil) para o que, desde logo, remete-se à literatura especializada. (MAZZUOLI; MARINONI, 2013); (MIDÓN, 2016).

Importa sublinhar, no entanto, que o controle de convencionalidade se mostra operante em dois grandes planos: a) um controle externo, que diz respeito ao controle levado a efeito por tribunais ou mesmo outras instâncias de caráter supranacional, aqui com destaque para o Sistema Interamericano de Direitos Humanos, bem como b) um controle interno, realizado por órgãos nacionais, o qual agora e na perspectiva das decisões do STF será analisado.

Uma primeira indagação – por si só não imune a dissídio – diz respeito a quais os tratados internacionais que podem servir de parâmetro para um controle de convencionalidade no plano interno, pois resulta óbvio que para os defensores da paridade entre tratados e CF, todos os tratados integram com a mesma dignidade jurídica o bloco de constitucionalidade, de modo a serem simultaneamente parâmetros do controle de constitucionalidade e do controle de convencionalidade. Mas, muito embora também seja esta – e de há muito – a posição perfilhada, toma-se como ponto de partida a orientação atual do STF, que, de resto, como guardião da CF, detém a última palavra igualmente nessa seara.

Ainda assim, seria possível advogar um tratamento diferenciado, a depender da natureza do tratado de direitos humanos ou mesmo em virtude de seu modo de incorporação, o que, aliás, corresponde ao entendimento atual do STF. Todavia, a distinção entre tratados ratificados antes da promulgação da EC 45 e aprovados por maioria simples e os tratados incorporados mediante o rito previsto no artigo 5º, § 3º, CF, embora implique um tratamento em parte diferenciado, não obsta a que todos os tratados de direitos humanos ratificados pelo Brasil, sejam, por força de sua hierarquia superior à normativa infraconstitucional doméstica, parâmetro para o controle de convencionalidade.

Tal controle, assim como ocorre no caso do controle de constitucionalidade, se dá – de acordo com a orientação do STF – especialmente em virtude da hierarquia normativa superior assegurada aos tratados de direitos humanos, quando, de acordo com o modelo propagado pelos defensores de um constitucionalismo de múltiplos níveis, inexistente hierarquia entre a ordem interna e a internacional, mas sim a necessidade de uma harmonização que não pressupõe a supremacia de uma em relação a outra.

Cabe anotar que, mesmo que a hierarquia dos tratados siga sendo equivalente à da lei ordinária (como durante muito tempo entendeu o STF), ainda assim seria necessário uma espécie controle de convencionalidade, pelo menos para resolver conflitos entre tratados e legislação. Da mesma forma não parece correto, s.m.j., distinguir, para efeitos do controle de convencionalidade, apenas uma parte dos tratados de direitos humanos, buscando definir convenções (ainda mais para o efeito ora discutido) como sendo uma espécie do gênero tratados, de tal sorte que as convenções deveriam ser então incorporadas pelo rito do artigo 5º, § 3º, da CF, ao passo que os demais tratados de direitos humanos poderiam ser aprovados por maioria simples.

O que de fato passa a ser relevante é que a diferença entre tratados com *status* equivalente aos de uma emenda constitucional e os demais tratados, dotados de hierarquia supralegal, nos termos da orientação imprimida pelo STF, reside no fato de que os primeiros passam a integrar o bloco de constitucionalidade, operando como parâmetro tanto de um controle de constitucionalidade como de um controle de convencionalidade.

A dificuldade maior, nesses casos (por ora, os da Convenção da ONU para os direitos das pessoas com deficiência, seu protocolo adicional, o assim chamado Tratado de Marraqueche e a Convenção Americana sobre todas as formas de discriminação), será a de verificar, dadas as circunstâncias, a existência de eventual conflito entre o tratado aprovado e as cláusulas pétreas da constituição na sua versão originária, situação na qual, a prevalecer a posição do STF no sentido de que o embate entre tratado e constituição se resolve, em princípio, em favor da segunda, poderá resultar na declaração de inconstitucionalidade do tratado internacional (em verdade, do texto aprovado pelo Congresso Nacional).

Tal hipótese, todavia, ainda não foi objeto de apreciação pelo STF e, de resto, caso venha a ocorrer o será em caráter isolado, especialmente pelo fato de que a CF é pródiga em direitos fundamentais e consagrou - expressa e/ou implicitamente - praticamente todos os direitos consagrados nos principais documentos internacionais, mas igualmente pelo fato de que se haverá de recorrer à técnica da interpretação conforme a constituição, que, s.m.j., limitará ainda mais tal possibilidade, ainda que esta não possa ser afastada de plano.

Além disso, ainda no tocante aos tratados aprovados pelo rito qualificado do § 3º do artigo 5º da CF, o diferencial reside no fato de que, por integrarem o bloco de constitucionalidade, operam como parâmetro do controle de constitucionalidade em sede concentrada e difusa, desafiando todas as ações constitucionais

e recursos que garante o acesso ao STF que, em última Instância, decide sobre a compatibilidade do direito infraconstitucional interno e mesmo dos tratados (tenham eles hierarquia supralegal ou apenas legal) com a CF.

Quanto aos tratados que, de acordo com o STF (ressalvando-se a posição divergente da doutrina dominante), possuem hierarquia supralegal, podem ser vislumbradas já algumas alternativas no que diz com o controle da compatibilidade entre atos do poder público (em especial atos normativos) internos e os tratados de direitos humanos que lhes são superiores, no mesmo passo em que os tratados podem ser submetidos a um controle de constitucionalidade: a) incompatibilidade entre a normativa interna (infraconstitucional) e o tratado aprovado pelo Congresso Nacional, mas simultaneamente compatibilidade com a CF; b) incompatibilidade entre as normas internas e os tratados, mas também inconformidade com a CF; c) compatibilidade com o tratado mas desconformidade com a CF;

O quadro sumariamente apresentado, desde logo revela que a duplicidade de regime criada pelo STF para os tratados de direitos humanos, mas especialmente pelo fato de o STF afirmar a sua competência para realizar o controle (difuso e concentrado) de constitucionalidade do tratado, torna a questão ainda mais complexa, além de colocar o controle de convencionalidade, ao menos em princípio, em uma condição subalterna ao próprio controle de constitucionalidade.

Ocorre que isso não deveria servir de escusa para que os Juízes e Tribunais ordinários renunciem ao controle de convencionalidade, vez que a hierarquia supralegal já se revela suficiente, como se viu na ocasião do julgamento do caso da prisão civil do depositário infiel, para superar toda e qualquer lei ou ato normativo interno naquilo que contraria tratado internacional de direitos humanos. Cuida-se, outrossim, de autêntico poder-dever cometido ao Poder Judiciário, seja no âmbito de um controle

difuso, seja pela via de um controle abstrato e concentrado, tal como propõem Valério Mazzuoli (2012, p. 394 e ss.) e Luiz Guilherme Marinoni (2015, p. 1187 e ss.), aspecto que aqui não se tem a intenção de desenvolver.

Que o controle de convencionalidade não é, por outro lado, um controle exclusivamente jurisdicional igualmente há de ser sublinhado e talvez possa merecer alguma atenção adicional como hipótese plausível. O Poder Legislativo, quando da apreciação de algum projeto de lei, assim como deveria sempre atentar para a compatibilidade da legislação com a CF, também deveria assumir como parâmetro os tratados internacionais, o que, de resto, não se aplica apenas aos tratados de direitos humanos, mas deveria ser levado mais a sério nesses casos.

Não se pode olvidar, nessa quadra, que legislação interna incompatível com algum tratado ratificado pelo Brasil e que esteja em vigor na esfera supranacional configura violação do tratado, cabendo ao Poder Legislativo operar de modo preventivo também nessa seara. Da mesma forma, o Chefe do Executivo deveria vetar lei aprovada pelo Legislativo quando detectar violação de tratado internacional, ainda que não se cuide aqui de um veto justificado pela eventual inconstitucionalidade da lei, a não ser no caso de tratado aprovado pelo rito do artigo 5º, ° 3º, da CF, em que, pelo menos assim se sugere, o tratado – mesmo de acordo com o entendimento do STF – integra, ao menos em regra, o bloco de constitucionalidade brasileiro. De fato, cuida-se de tópico a merecer um maior desenvolvimento pela doutrina especializada.

Outro tópico de relevo e que aqui se refere em caráter ilustrativo, diz com os efeitos do controle de convencionalidade (e da respectiva e eventual declaração de anticonvencionalidade) sobre a normativa legal e infralegal interna. Nesse contexto, o STF já se pronunciou pelo reconhecimento do que designou (especialmente por ocasião do voto proferido pelo Ministro Gilmar

Mendes, já referido) de um efeito paralisante, que impede edição de legislação superveniente em sentido contrário e afasta a aplicação de lei anterior incompatível com o tratado.

Se, a exemplo do que se verifica no controle de constitucionalidade, se poderá declarar a nulidade da lei com base em tratado internacional (hipótese mais plausível em se tratando de tratado com *status* equivalente a emenda constitucional), portanto, se é o caso de afetação da esfera da validade ou apenas da eficácia dos atos normativos aferidos com base nos tratados internacionais, constitui igualmente tópico a ser explorado pela literatura e submetido ao crivo da prática decisória dos Tribunais. Por ora, contudo, à minguia de mais exemplos disponíveis na jurisprudência do STF - ressalvada a decisão sobre a prisão civil do depositário infiel - é de se apostar que a doutrina, atenta ao problema, possa construir alternativas adequadas.

No caso de Mazzuoli, se verifica a necessidade de realizar um controle dúplice da compatibilidade vertical material das normas de direito interno, no sentido de que em se tratando de norma interna posterior à ratificação do tratado, a declaração de sua contrariedade ao tratado, seja no âmbito do controle difuso, seja no controle concentrado, implica em perda de sua validade, por vício material, assim como da consequente perda de sua eficácia.

Todavia, se o tratado de direitos humanos for ratificado pelo Brasil após a norma de direito interno entrar em vigor, a declaração de inconveniência dessa ocasionará sua revogação imediata. O autor faz, ainda, uma distinção entre a perda da validade e a vigência da norma de direito interno, destacando que há situações em que essa norma é compatível formal e materialmente com a Constituição (primeira via de compatibilidade vertical) e, por isso, vigente, porém incompatível com o tratado de direitos humanos, o que a torna inválida mediante a realização da dupla via de compatibilidade vertical material, bem como resulta, segundo

sua visão, numa espécie mais completa de controle de validade das normas jurídicas (MAZZUOLI, 2016, p. 160 e ss).

Marinoni, por sua vez, a despeito de destacar, conforme linha dominante no Supremo Tribunal Federal, a supra legalidade dos tratados de direitos humanos que não foram aprovados nos moldes do §3º do art. 5º da Constituição Federal de 1988, acompanha o entendimento de Mazuolli sobre os efeitos de invalidação da decisão que declara a inconvenção das normas de direito interno conflitantes com essa espécie de tratado internacional (MARINONI, 2015, p. 1334 - 1335).

Já para Ramos, o “verdadeiro” (aspas nossas) controle de convencionalidade se verifica apenas no âmbito internacional (ou seja, na esfera do assim chamado controle externo), cuja interpretação deve ser seguida pelos órgãos nacionais mediante um “diálogo das Cortes”. Mas, quanto aos efeitos da decisão que reconhece a violação do tratado internacional de direitos humanos, Ramos reconhece o efeito de invalidação da decisão em sede de controle de convencionalidade nacional, destacando, todavia, que – segundo o STF - os tratados de direitos humanos aprovados pelo rito previsto no art. 5º, §3º da CF/88 passam a integrar o bloco de constitucionalidade restrito. Além disso, o autor destaca que o caráter supralegal dos demais tratados de direitos humanos recepcionados pelo Brasil sem observância do citado rito torna inaplicável a legislação infraconstitucional conflitante (RAMOS, 2014, p. 386 – 403).

Assim, é possível – ressalvada é claro a posição no sentido de afirmar a existência de um controle externo e interno de convencionalidade e, logo, a crítica ao modelo dúplice adotado pelo STF – sustentar, acompanhando no substancial os autores citados, que eventual incompatibilidade entre a normativa interna, no todo ou em parte, implica a declaração de sua invalidade e a consequente inaplicabilidade.

Todavia, diverge-se em parte pelo fato de não haver uma simetria cogente entre a prática ainda dominante no STF no que diz com o controle de constitucionalidade abstrato de normas anteriores à promulgação da CF, situação na qual o entendimento dominante é no sentido de que o efeito não é a invalidação, mas sim, a revogação da normativa anterior. Esse entendimento, contudo, não se aplica no caso da ADPF e não é cogente na esfera do controle difuso, ademais de ser em si mesmo criticável e não corresponder à solução adotada em muitos países. Portanto, o efeito de invalidação, assim como suas respectivas consequências, opera tanto no caso de normas anteriores à ratificação dos tratados quanto no caso de normas posteriores.

Além disso, igualmente no controle interno de convencionalidade, há de se observar a necessária autocontenção (*self restraint*) por parte dos órgãos judiciários, ao menos para efeito de invalidar uma lei interna, lançando-se mão (aqui a exemplo do que se verifica no controle de constitucionalidade) do instituto de uma interpretação conforme ao direito internacional dos direitos humanos. (SAGÜÉS, 2011).⁵

Tendo em conta que em matéria de controle de convencionalidade tanto a doutrina quanto a jurisprudência brasileira se encontram em uma fase que se pode designar de embrionária, resulta evidente que um balanço mais minucioso e seguro das principais questões materiais e processuais por ora se mostra bastante temerário. Por outro lado, ao longo dos últimos anos já podem ser identificados vários casos em que o Poder Judiciário brasileiro, aqui representado pelo STF, acabou – de algum modo - por fazer um controle de convencionalidade, ainda que se possa eventualmente criticar os fundamentos ou o resultado do julgamento.

⁵ O autor, compartilhando o entendimento no sentido da existência de um controle duplo (internacional e nacional), salienta, quanto ao efeito das decisões de controle de convencionalidade, a função de invalidação das normas de direito interno inconventionais, assim como a exigência de uma interpretação e aplicação de tais normas em conformidade com os tratados de direitos humanos

3. APRESENTAÇÃO E BREVE ANÁLISE DE ALGUNS CASOS NO ÂMBITO DO ASSIM CHAMADO CONTROLE (JURISDICIONAL) INTERNO DE CONVENCIONALIDADE REALIZADO PELO STF

No caso do controle interno, realizado pelos órgãos jurisdicionais brasileiros, muito embora existam decisões isoladas dos Tribunais Superiores invocando tratados de direitos humanos, o principal tema levado ao Poder Judiciário e que acabou resultando na alteração da jurisprudência dominante do STF (cuja prática decisória será aqui priorizada) nessa matéria, em especial no que diz com a hierarquia dos tratados no direito interno, foi, como já adiantado, o reconhecimento da ilegitimidade das hipóteses de prisão civil do depositário infiel, sejam elas criadas por lei para situações específicas, seja no caso de contratos típicos de depósito ou mesmo no caso de depositários judiciais.

O principal (e primeiro) caso, já referido quando da análise do problema da hierarquia dos tratados, foi o Recurso Extraordinário 466.343-1, Relator Ministro Cezar Peluso, Tribunal Pleno, julgado em 03/12/2008, por ocasião do qual, a despeito de ter sido (no voto condutor da posição vencedora proferido pelo Ministro Gilmar Mendes) reconhecido que os casos de prisão do depositário infiel previstos na legislação sobre a alienação fiduciária em garantia (e congêneres) já seriam inconstitucionais por violação do princípio da proporcionalidade, foi afirmada a hierarquia supralegal de todos os tratados de direitos humanos ratificados até a promulgação da EC 45/2004, que inseriu o já citado § 3º no artigo 5º da CF, vencida uma minoria de três ministros que sustentaram a tese da paridade entre tratados de direitos humanos e a CF. Consequentemente, foi decidido que os tratados teriam efeito paralisante, não apenas implicando a não aplicação de toda e qualquer hipótese legal anterior, mas também bloqueando a criação de novas hipóteses de prisão do depositário infiel. Além disso, em julgamentos posteriores, o STF acabou por

afastar inclusive a possibilidade de se determinar a prisão do depositário judicial infiel, o que resultou na edição da Súmula Vinculante nº 25.

Todavia, por mais que em geral se possa aplaudir tal decisão (e decisões), em especial pelo inegável mérito de terem protagonizado uma valorização substancialmente maior dos tratados de direitos humanos no direito interno brasileiro (o que já foi comentado), a edição de súmula vinculante proscrevendo por completo toda e qualquer possibilidade de criação legislativa de hipótese de prisão civil de depositário infiel não deixa de merecer algum crivo de caráter mais crítico.

Em primeiro lugar, considerando que a possibilidade de prisão de depositário infiel está prevista no próprio texto constitucional (artigo 5º, inciso LXVII, da CF) e tendo sido afastada a tese da paridade entre tratados de direitos humanos e a CF, a proibição sumulada de criação de qualquer hipótese de prisão equivale, ao fim e ao cabo (e sendo afastada qualquer possibilidade de ponderação com outros direitos e bens constitucionalmente protegidos) a uma mutação constitucional que conflita diretamente o texto da CF, o que se revela especialmente problemático pelo fato de o STF ter afirmado que a CF prevalece sobre os tratados, que tiveram reconhecida a hierarquia supralegal.

Se o STF tivesse reconhecido a tese da paridade entre tratados de direitos humanos e a CF seria possível, ao menos em princípio, admitir uma regra (constitucional, por força dos tratados que integram o bloco de constitucionalidade) que afastasse a prisão civil nessas hipóteses ou pelo menos por força do princípio da aplicação da solução mais protetiva da pessoa humana. Assim, o que se percebe é uma potencial incongruência entre a tese da força supralegal dos tratados de direitos humanos e a circunstância de que, de fato, o STF acabou por afirmar, no caso da prisão civil, a prevalência dos tratados sobre a própria

CF, impedindo por completo o legislador estabelecer aquilo que o texto constitucional expressamente autoriza.

Independentemente de outras críticas que poderiam ser formuladas e que inclusive encontram ressonância em parte da doutrina, como é o caso de ter o STF desconsiderado a existência de um conflito entre direitos fundamentais, que, no âmbito de uma ponderação, poderia justificar, em caráter excepcional, ao menos a prisão do depositário judicial, especialmente em se tratando de crédito de natureza existencial, o fato é que sequer existe um conflito direto entre a CF e os tratados de direitos humanos ratificados pelo Brasil, que vedam a prisão por dívida, salvo alimentos, mas não fazem referência expressa a toda e qualquer hipótese de prisão civil, visto que esta é gênero do qual a prisão por dívida e a prisão do depositário infiel, especialmente do judicial, são espécies.

Oportuno lembrar que a despeito de eventuais pontos controversos, o caso da prisão civil, como já sinalado, apresenta o inegável mérito de reverter, ainda que já transcorridos dezoito anos da promulgação da CF, a vetusta jurisprudência que estabelecia uma relação de paridade entre tratados de direitos humanos e a legislação ordinária interna.

Um segundo caso relevante, que gerou significativa crítica por parte dos profissionais do jornalismo que sustentava a necessidade de diploma superior específico habilitando para o exercício da profissão, o STF, em julgamento por maioria de votos realizado em 17/06/2009, nos termos do voto do Relator Min. Gilmar Mendes, julgou procedente o Recurso Extraordinário nº 511961, no sentido de que a norma contida no art. 4º, inciso V, do Decreto-Lei nº 972/1969, que determina a obrigatoriedade de apresentação de diploma de curso superior registrado no Ministério da Educação para o exercício da profissão de jornalista, não foi recepcionada pela CF, ademais de violar o

artigo 13 da Convenção Americana de Direitos Humanos, por representar uma limitação desarrazoada ao direito de liberdade de expressão, e, de modo conseqüente, por afetar o incondicionado e efetivo exercício da liberdade jornalística, referenciando inclusive precedentes da Comissão de Direitos Humanos e da Corte Interamericana nesse sentido. Convém registrar que restou vencido o Ministro Marco Aurélio, que votou pela recepção da referida norma infraconstitucional pela CF, argumentando que se trata de requisito inerente à regulamentação profissional prevista constitucionalmente no âmbito da liberdade de profissão, ademais de resguardar-se a segurança jurídica e a qualificação profissional.

Outro caso digno de menção diz respeito ao julgamento da ADI 4424, da Relatoria do Ministro Marco Aurélio, ocorrido em 19/02/2012 e decidido por maioria nos termos do voto do Relator. Nesse julgamento foram analisadas as arguições de inconstitucionalidades aduzidas em face de dispositivos da Lei nº 11.340/2006, em especial quanto ao fato de ter violado o princípio da isonomia, no sentido de assegurar um tratamento diferenciado no processo de crimes cometidos no âmbito da violência doméstica, consistente em definir a natureza da ação penal como pública incondicionada nos casos de crimes de lesão corporal praticados contra mulher nesse contexto, a partir da interpretação dos artigos 12, inciso I, e 16 do referido diploma legal.

O Relator ressaltou, de início, que a edição do referido ato legislativo adveio de uma condenação sofrida pelo Brasil e impostam pela Corte Interamericana de Direitos Humanos (2001), de tal sorte que necessária a interpretação da Lei Federal tendo como diretriz as exigências da Convenção Americana de Direitos Humanos e da Convenção Internacional de Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial. Registre-se que restou vencido o Ministro Cezar Peluso que julgava procedente a ação para reconhecer que não cabe ao legislador interferir

nesse tipo de decisão que somente caberá à própria mulher o poder de decidir se almeja continuar com a ação penal, além de argumentar no sentido de que com isso se estaria a interferir em aspectos ligados à vida familiar.

Interessante mencionar que em matéria criminal, registram-se vários casos nos quais o STF acabou, de algum modo, lançando mão do parâmetro dos tratados de direitos humanos para balizar as suas decisões. Em 01.09.2010, por maioria, nos termos do voto do Relator, Ministro Ayres Britto, o Pleno do STF decidiu por conceder parcialmente a ordem no âmbito do Habeas Corpus nº 97256, impetrado pela Defensoria Pública da União em face de decisão proferida pelo Superior Tribunal de Justiça, para afastar a vedação contida no art. 44 da Lei nº 11.343/2006 quanto à substituição da pena privativa de liberdade por penas restritivas de direitos nos delitos de tráfico de entorpecentes.

Na fundamentação, o Relator utilizou como parâmetro a Convenção Contra o Tráfico Ilícito de Entorpecentes e Substâncias Psicotrópicas, que permite a incidência de substituição da pena privativa de liberdade nesses casos, bem como ressaltou que esse tratado internacional foi incorporado pelo Brasil mediante Decreto nº 154 de 26/07/1991, o que resultou, portanto, no reconhecimento da sua prevalência (dada a sua hierarquia supralegal) em face da Lei federal nº 11.343/2006, a Lei que tipifica e regulamenta o processo que envolve o tráfico e o porte para consumo de drogas no Brasil.

Deve-se sublinhar que houve divergência, inaugurada pelo Ministro Joaquim Barbosa, que denegou a ordem por entender necessário tratamento equânime entre todos os crimes hediondos e os que lhes são equiparados conforme norma constitucional o que representaria forma de respeitar a garantia de individualização da pena, sendo acompanhado pela Ministra Cármen Lúcia.

A Ministra Ellen Gracie, por sua vez, denegou a ordem com base na reserva absoluta de lei formal para tratar da matéria

penal e entendeu que a vedação de substituição de pena privativa de liberdade por restritiva de direitos deveria ser aplicada a crimes de tráfico de drogas cometidos após a Lei nº 11.343/2006, ao passo que o Ministro Marco Aurélio denegava a ordem por entender ser razoável a referida vedação enquanto opção política do Legislador, a exemplo de outras vedações previstas em leis especiais, bem como tendo em conta a repercussão social da prática criminosa relativa ao tráfico de drogas.⁶

Ainda na seara criminal, o STF, em 22/11/2011, na Ação de Extradicação nº 1223, relatada pelo Ministro Celso de Mello, por unanimidade de votos da sua 2ª Turma, negou pedido de extradicação fundado em tratado de extradicação entre Brasil e Equador, ao reconhecer a garantia fundamental da “*double jeopardy*” (vedação ao *bis in idem*), prevista no art. 14 n. 7 do Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, por força de sua hierarquia supralegal, como obstáculo insuperável à instauração de persecução penal no Brasil contra brasileiro naturalizado, que tenha cometido delito comum antes da sua naturalização, exceto tráfico de entorpecentes, e que já tenha sido condenado ou absolvido, com trânsito em julgado, pelo mesmo fato no estrangeiro.

Tema polêmico e a respeito do qual se estabeleceu intensa controvérsia doutrinária, mas também jurisprudencial, diz com o reconhecimento, ou não, de um direito-garantia do duplo grau de jurisdição no direito interno brasileiro, especialmente em face da inexistência de previsão constitucional expressa a respeito.

Note-se que em geral o STF vinha rechaçando o reconhecimento de um direito ao duplo grau de jurisdição, ou então entendendo que o mesmo não assume a condição de direito absoluto, podendo ser objeto de restrição em virtude da necessidade

⁶ No mesmo sentido do HC nº 97256, ver no STF: HC 125188, Relator: Min. Marco Aurélio, Primeira Turma, julgado em 04/10/2016; HC 123329, Relator: Min. Marco Aurélio, Primeira Turma, julgado em 16/02/2016 e RHC 119832, Relator: Min. Dias Toffoli, Primeira Turma, julgado em 22/04/2014.

de compatibilizar sua incidência com as peculiaridades do direito interno. Assim, e.g., no Agravo Regimental em AI n° 601832, relatado pelo Ministro Joaquim Barbosa e julgado em 17/03/2009, foi afirmado, à unanimidade, o entendimento de que não configura violação ao princípio da igualdade o fato de alguns réus terem acesso ao duplo grau de jurisdição e outros não o terem por questão de prerrogativa de foro em tribunal superior, isso pelo fato de que a garantia do duplo grau de jurisdição necessita se adequar em relação às demais normas constitucionais, não possuindo natureza absoluta.

Entretanto, retomando o tópico e a despeito de uma série de decisões anteriores em sentido distinto, o STF, em 12/09/2013, por maioria de votos e em sede de questões de ordem analisadas em julgamento de embargos infringentes interpostos no âmbito da Ação Penal n° 470⁷ (mais conhecido como o julgamento do “Mensalão”), entendeu que a garantia fundamental prevista no art. 8° da Declaração Americana de Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica) se aplica a processos que se iniciam originariamente nos tribunais superiores e que o reexame da matéria poderá ser feito pelo próprio tribunal a partir do manejo do referido recurso previsto no Regimento próprio do tribunal.

Mediante tal decisão, o STF modificou seu entendimento anterior em relação ao acesso ao duplo grau de jurisdição em sede de ação penal originária na Corte Suprema, pois ao analisar alguns pedidos de desmembramento da ação como forma de não violar o duplo grau de jurisdição para aqueles réus que não tinham prerrogativa de foro e que estavam sendo processados devido à regra da conexão e continência, o Tribunal entendeu por aplicar sua Súmula n° 704, ainda que o duplo grau de jurisdição restasse relativizado para os referidos réus⁸.

⁷ Particularmente na análise do vigésimo quinto e vigésimo sexto recurso de embargos infringentes, cujo teor pode ser conferido, em caráter sumário, no Informativo de Jurisprudência do STF n° 719 e 720.

⁸ Sobre essa questão, prevaleceu o voto do Min. Joaquim Barbosa, relator, que destacou

Porém, ao reconhecer a possibilidade de interposição de embargos infringentes nas ações penais originárias, desde que os requisitos recursais fossem preenchidos quanto à existência de decisões não unânimes, o Ministro Celso de Mello, proferiu o voto de desempate e admitiu a possibilidade de utilização, no caso, dos embargos infringentes. Ele destacou, também, que a regra consubstanciada no art. 333, I, do Regimento Interno do STF buscaria permitir a concretização, no âmbito daquele Tribunal, no contexto das causas penais originárias, do postulado do duplo reexame, que visa a amparar direito consagrado na Convenção Americana de Direitos Humanos, na medida em que realizaria, embora insuficientemente, a cláusula da proteção judicial efetiva.

A propósito, a decisão majoritária partiu de divergência aberta pelo Min. Roberto Barroso, que foi seguido pelos Ministros Teori Zavaski, Dias Toffoli, Rosa Weber, Ricardo Lewandowski e Celso de Mello. Assim, a despeito de a fundamentação dos Ministros não ser convergente (em parte) quanto aos argumentos invocados, acabou sendo reconhecida a primazia do duplo grau de jurisdição, seja por força de sua previsão constitucional implícita, seja em virtude (de acordo com manifestação de alguns Ministros) de sua previsão na Convenção Americana de Direitos Humanos. Ao final do julgamento, restaram vencidos os Ministros

o Enunciado 704 da Súmula do STF (“Não viola as garantias do juiz natural, da ampla defesa e do devido processo legal a atração por continência ou conexão do processo do correu ao foro por prerrogativa de função de um dos denunciados”), a demonstrar que o debate, pelo prisma constitucional, já teria sido realizado. O Min. Luiz Fux observou que o exame de ações conexas teria por escopo a aplicação de duas cláusulas constitucionais: devido processo legal e duração razoável do processo. Considerou não haver, nas causas de competência originária da Corte, duplo grau obrigatório de jurisdição, bem como ressaltou a possibilidade de o eventual julgamento isolado de alguns dos réus, em contexto de interdependência fática, levar à prolação de decisões inconciliáveis. Afirmou que, da ponderação entre as regras do Pacto de São José da Costa Rica e da Constituição, prevaleceriam estas, porquanto emanadas do Poder Constituinte. O revisor, Ministro Ricardo Lewandowski, por sua vez, aduziu não ser possível admitir-se que a interpretação de normas infraconstitucionais, notadamente, daquelas que integrassem o CPP — instrumento cuja finalidade última seria proteger o *jus libertatis* do acusado diante do *jus puniendi* estatal — derrogasse a competência constitucional estrita fixada pela Constituição aos diversos órgãos judicantes. Ademais, essa exegese malferiria o princípio do duplo grau de jurisdição, previsto no Pacto de São José da Costa Rica. (Informativo de Jurisprudência nº 673 do Supremo Tribunal Federal).

Joaquim Barbosa, Presidente e relator, Luiz Fux, Cármen Lúcia, Gilmar Mendes e Marco Aurélio, que não admitiam os embargos infringentes por entenderem que esse recurso estaria revogado pela Lei 8.038/1990.⁹

Outra matéria recorrentemente contemplada em julgamentos do STF diz respeito ao direito-garantia da razoável duração do processo e a configuração do excesso de prazo em ação criminal e as respectivas sanções. Tal garantia, incorporada ao texto constitucional pela Emenda Constitucional nº 45/2004, encontra também expressa previsão nos artigos 7.5 e 7.6 do Pacto de São José da Costa Rica, que reconhecem a garantia da razoável duração do processo na forma de um direito subjetivo a um julgamento sem dilações indevidas.

Em julgamento datado de 13.11.2014, Segunda Turma, proferido à unanimidade, o STF, no Habeas Corpus nº 111173, Relator Ministro Celso de Mello, procedeu a controle de convencionalidade de decisão proferida pelo Superior Tribunal de Justiça (STJ), invocando precisamente as disposições referidas da Convenção Americana de Direitos Humanos, reconhecendo a configuração de constrangimento ilegal da liberdade de locomoção em virtude do excesso de prazo, afirmando que o julgamento deve ocorrer em tempo adequado. Na conclusão do citado julgado, o Tribunal determinou, ainda, prazo de duas Sessões para que o Superior Tribunal de Justiça (autoridade coatora) finalizasse o julgamento do Habeas Corpus nº 203917, cuja alegação de excesso de prazo teria ocasionado a impetração do Habeas Corpus ora noticiado perante o STF.

⁹ A Corte manteve o referido entendimento em relação ao voto majoritário proferido pelo Min. Barroso no julgamento dos Agravos Regimentais que, posteriormente, buscavam o conhecimento de embargos infringentes de corrêus sem que os requisitos previstos no art. 333, inciso I, do Regimento Interno da Corte estivessem supridos. Nesse sentido, a título de exemplo, ver o julgado mais recente no âmbito da citada ação penal: AP 470 EI-décimos quintos-AgR, Relator: Min. Joaquim Barbosa, Tribunal Pleno, julgado em 22/05/2014. Todavia, em outros julgados posteriores de ações originárias, a Corte seguiu o entendimento de que a prerrogativa de foro prevista na Constituição Federal não viola a garantia do duplo grau de jurisdição, constituindo, pois, forma de sua relativização, nesse sentido ver: AP 560, Relator: Min. Dias Toffoli, Segunda Turma, julgado em 25/08/2015 e Inq 3412 ED, Relatora: Min. Rosa Weber, Tribunal Pleno, julgado em 11/09/2014.

Julgado importante – novamente em matéria criminal – diz respeito a assim chamada audiência de custódia (em verdade uma audiência de apresentação), procedimento criado inicialmente pelo Tribunal de Justiça de São Paulo, mediante o Provimento 03/2015, como forma de dar cumprimento ao disposto no Pacto de São José da Costa Rica (artigo 7º, item 05), naquilo em que determina que toda pessoa detida ou retida deverá ser apresentada sem demora a um juiz.

Nesse caso, o STF, em 20/08/2015, por maioria de votos e nos termos do voto do Relator, Ministro Luiz Fux, conheceu em parte do pedido na ADI nº 5240, julgando tal ação improcedente. Ao proceder ao exame de constitucionalidade o STF também analisou a convencionalidade do referido ato normativo em face da Convenção Americana de Direitos do Homem, entendendo que seu já referido artigo 7º, item 5, oferta o fundamento necessário para validar o citado ato normativo, ademais de entender não existir violação das normas constitucionais que envolvem a competência legislativa em matéria processual penal.

Importa registrar, contudo, o voto divergente do Ministro Marco Aurélio que acatava a preliminar de extinção da ação pela impossibilidade de o STF analisar ato secundário via controle concentrado de constitucionalidade, inclusive ressaltando que o ato impugnado não estaria inovando no sistema jurídico, tendo em vista a disposição do §1º do art. 306 do Código de Processo Penal, que já previa, ainda que não sob o mesmo rótulo, a audiência de custódia. No mérito, o Ministro Marco Aurélio julgou a ação procedente por entender que houve violação das normas sobre competência legislativa exclusiva da União.

O caso da assim chamada audiência de custódia, para além de ter sido objeto de decisão afirmativa do STF em sede de controle de constitucionalidade e de convencionalidade, ilustra a possibilidade (polêmica aos olhos dos que entendem que a medida careceria de regulamentação legal) deferida ao Poder Judiciário

para, no âmbito de sua competência regimental e administrativa, dar execução a exigências estabelecidas em Convenções Internacionais, por conta da regra da aplicabilidade imediata dos direitos e garantias civis e políticos, assim também afirmada pela CF em relação dos direitos fundamentais em geral (artigo 5º, § 1º), mormente que não se está, no caso, propriamente a “legislar” sobre processo e procedimento, mas sim, implementar, em termos logísticos e operacionais, medida concreta que já decorre de obrigação legal interna, notadamente pelo fato de o Congresso Nacional ter aprovado sem reservas a Convenção Americana de Direitos Humanos no ponto em causa.

Matéria de elevado impacto, inclusive já submetida à Comissão de Direitos Humanos da OEA, diz respeito às precárias condições de cumprimento de penas privativas de liberdade ou prisões provisórias no âmbito do sistema carcerário brasileiro. Embora a existência de decisões de outras instâncias judiciais dispondo sobre o tema, a matéria chegou ao STF para uma análise mais sistemática e substancial.

Com efeito, em 09/09/2015, por maioria de votos, sendo Relator o Ministro Marco Aurélio, foi julgada a ADPF nº 347, tendo sido reconhecido que a situação precária na qual se encontram os presos nos presídios brasileiros consiste em uma violação generalizada e sistêmica de direitos fundamentais, resultado de inércia ou da incapacidade reiterada e persistente das autoridades públicas em modificar a conjuntura. O Tribunal reconheceu a existência de transgressões a exigirem a atuação não apenas de um órgão, mas sim de uma pluralidade de autoridades, e que se instalou um assim designado “estado de coisas inconstitucional”, no mesmo sentido em que já havia julgado a Corte Constitucional Colombiana.

Nesse contexto, o STF passou a estabelecer algumas medidas para que a Administração Pública, mas também os demais órgãos do Poder Judiciário, assegurassem o respeito ao

mínimo em dignidade humana, conforme compromisso firmado mediante a ratificação do Pacto de Direitos Civis e Políticos da ONU e da Convenção Americana de Direitos Humanos. Os Ministros frisaram que no sistema prisional brasileiro ocorreria violação generalizada de direitos fundamentais dos presos no tocante à dignidade, à higidez física e à integridade psíquica e que as penas privativas de liberdade aplicadas nos presídios converter-se-iam em penas cruéis e desumanas, dadas as condições em geral de cumprimento de tais penas.

Nesse contexto, diversos dispositivos (artigos 1º, III, 5º, III, XLVII, e, XLVIII, XLIX, LXXIV, e 6º) da CF, além de normas internacionais reconhecedoras dos direitos dos presos (o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos, a Convenção contra a Tortura e outros Tratamentos e Penas Cruéis, Desumanos e Degradantes e a Convenção Americana de Direitos Humanos), bem como algumas normas infraconstitucionais como a Lei de Execução Penal e a Lei Complementar nº 79/1994, que criara o Funpen (Fundo Penitenciário), teriam sido transgredidas.

Em relação ao citado Fundo, os recursos estariam sendo contingenciados pela União, o que impediria a formulação de novas políticas públicas ou a melhoria das existentes e contribuiria para o agravamento do quadro. Anotaram, ainda, que a reiterada violação dos direitos fundamentais dos presos repercute além das respectivas situações subjetivas, produzindo mais violência contra a própria sociedade. Além disso, a prova de ineficiência do sistema penitenciário brasileiro se verifica mediante as altas taxas de reincidência registradas. Por fim, quanto a sua possibilidade de interferência nesse âmbito, o Tribunal reconheceu que não poderia substituir o legislador e nem a Administração Pública em questão que abrangiam a edição de políticas públicas específicas.

Especialmente digna de nota é a circunstância de que nesse julgamento o STF deliberou pelo deferimento de medida liminar determinando um conjunto de providências a serem levadas a

efeito pelos Juizes e Tribunais das instâncias ordinárias, de modo a combater tal estado de coisas. Dentre tais medidas, destacam-se a realização tempestiva de audiências de custódia, a consideração das condições do sistema carcerário por ocasião da aplicação de medidas cautelares alternativas à prisão, o abrandamento dos requisitos temporais para a fruição de benefícios e direitos dos presos, como a progressão de regime, o livramento condicional e a suspensão condicional da pena, quando reveladas as condições de cumprimento da pena mais severas do que as previstas na ordem jurídica em razão do quadro do sistema carcerário, preservando-se, assim, a proporcionalidade da sanção.

Particularmente inovadora (mas também objeto de polêmica) é a diretiva de que se abatesse da pena o tempo de prisão, se constatado que as condições de efetivo cumprimento são significativamente mais severas do que as previstas na ordem jurídica, de forma a compensar o ilícito estatal. Além disso, o Tribunal determinou que a União libere as verbas do Fundo Penitenciário Nacional, abstando-se de realizar novos contingenciamentos.

Nessa mesma toada, no que respeita o sistema carcerário, o STF, por unanimidade, em julgamento ocorrido em 13/08/2015, em sede de Repercussão Geral no Recurso Extraordinário nº 592581, relatado pelo Ministro Ricardo Lewandowski, deu provimento ao recurso e mencionou como parâmetro para fundamentar a possibilidade de controle judicial de políticas públicas nessa seara, normas da Declaração Universal de Direitos do Homem de 1948 (art. 8º), do Pacto Internacional de Direitos Cívicos e Políticos da ONU (art. 19), do Pacto de São José da Costa Rica (art. 5º) e as Resoluções nº 663 e 2076 do Conselho Econômico e Social das nações Unidas.

Além disso, o Relator lembrou as condenações sofridas pelo Brasil por parte da Corte Interamericana de Direitos Humanos, em virtude de graves violações a direitos humanos no âmbito do

sistema penitenciário brasileiro, como o Caso do Presídio de Urso Branco em Rondônia e do Complexo de Tatuapé-FEBEM-SP.

Ao final, o Tribunal assentou a tese de que “é lícito ao Judiciário impor à Administração Pública obrigação de fazer, consistente na promoção de medidas ou na execução de obras emergenciais em estabelecimentos prisionais para dar efetividade ao postulado da dignidade da pessoa humana e assegurar aos detentos o respeito à sua integridade física e moral, nos termos do que preceitua o art. 5º, XLIX, da Constituição Federal, não sendo oponível à decisão o argumento da reserva do possível nem o princípio da separação dos poderes”. Tal decisão, aliás, alinha-se (agora em matéria de controle judicial na seara das condições do sistema prisional) com um conjunto de decisões anteriores no âmbito do controle de ações e omissões na base dos direitos fundamentais sociais, especialmente os direitos à saúde e à educação.

Dois casos julgados pelo STF tiveram como parâmetro a Convenção dos Direitos das Pessoas com Deficiência, que, por ter sido aprovada pelo Congresso Nacional observando o rito do § 3º do artigo 5º da CF, possui hierarquia equivalente a uma emenda constitucional e íntegra, portanto, o bloco de constitucionalidade, fazendo convergir e dialogar, diretamente, o controle de constitucionalidade e o controle de convencionalidade.

Em um primeiro momento, o STF, por meio do julgamento do Recurso Ordinário em Mandado de Segurança nº 32732, relatado pelo Ministro Min. Celso de Mello, Segunda Turma, julgado em 03/06/2014, ficou assentado, à unanimidade, que a Administração Pública brasileira tem legitimidade para ofertar tratamento diferenciado às pessoas portadoras de deficiência no acesso a cargos públicos, devendo seguir critérios objetivos para definir os cargos públicos que irão suprir essa cota específica, de modo que o Poder Público deverá implementar mecanismos compensatórios destinados a corrigir as profundas desvantagens

sociais que afetam as pessoas vulneráveis, em ordem a propiciar-lhes um maior grau de inclusão e a viabilizar a sua efetiva participação, em condições equânimes e mais justas, na vida econômica, social e cultural do País.

Também o julgamento, em 09.06.2016, da ADI 5357, relatada pelo Ministro Edson Fachin, merece destaque, porquanto foram declaradas constitucionais as normas contidas no Estatuto da Pessoa com Deficiência (Lei 13.146/2015), que estabelecem a obrigatoriedade de as escolas privadas promoverem a inserção de pessoas com deficiência no ensino regular e providenciar nas medidas de adaptação necessárias sem que o ônus financeiro seja repassado mediante inserção nas taxas escolares (mensalidades, anuidades ou matrículas).

Salienta-se que a ação direta de inconstitucionalidade foi promovida pela Confederação Nacional dos Estabelecimentos de Ensino, que sustentou que os dispositivos impugnados do Estatuto estariam a violar diversos preceitos constitucionais, em especial o artigo 208, III, CF, que prevê ser dever do Estado assegurar o atendimento educacional às pessoas com deficiência. O autor da ADI propugnou que as medidas impostas aos estabelecimentos particulares implicariam em custos elevados e que se não puderem ser repassados aos usuários poderiam mesmo inviabilizar a manutenção das atividades do estabelecimento.

Dentre os argumentos deduzidos pelo Relator da ação, destaca-se que os estabelecimentos privados tiveram tempo suficiente (previsto na própria Lei) para promover as necessárias adaptações e que em causa não estão apenas aspectos econômicos, mas sim, especialmente uma questão de integração e de solidariedade, promovendo a inclusão, o respeito e a tolerância.

Dos votos dos demais Ministros, que no geral aderiram aos argumentos do Relator, cabe referir a manifestação do Ministro Gilmar Mendes, que, embora julgando também improcedente a ação, apontou a necessidade de se adotar regras de transição

proporcionais, pois boa parte das exigências da nova legislação demandam um determinado tempo para sua execução, ademais de um adequado planejamento.

Registre-se, além disso, que apenas o Ministro Marco Aurélio aportou voto divergente, dando parcial provimento à ADI, no sentido de que seja considerada constitucional a interpretação dos artigos impugnados no que dispõe sobre a necessidade de planejamento por parte das entidades privadas, sendo, contudo, inconstitucional a interpretação de que as diversas exigências previstas nos artigos 28 e 30 do Estatuto sejam obrigatórias, isso pelo fato de que “o Estado não pode cumprimentar com chapéu alheio”, não podendo impor à iniciativa privada o que ele próprio não cumpre, especialmente no campo da Educação, no qual é o Estado o principal obrigado.

Finalmente, dentre tantos outros julgados do STF que aqui poderiam ser colacionados, calha referir o fato de que a Suprema Corte brasileira, em pelo menos dois importantes julgamentos, respectivamente, na ADI 4.066, relatoria da Ministra Rosa Weber, julgada em 24.08.2017, e na ADPF 708, relatoria do Ministro Roberto Barroso (caso Fundo Clima), julgada em 04.07.2022, entendeu que os tratados internacionais em matéria ambiental deveriam ser equiparados aos tratados de direitos humanos, tendo, por via de consequência, hierarquia supralegal, com isso não somente ampliando o parâmetro do controle de convencionalidade, mas em especial reforçando a proteção jurídica do meio ambiente.

4. SÍNTESE CONCLUSIVA

De todo o exposto, é possível extrair que no tocante ao valor atribuído aos tratados internacionais de direitos humanos, o Brasil registrou importantes avanços – em termos quantitativos e qualitativos – sob a égide da CF. Isso se deve tanto ao reconhecimento expresso de que os tratados de direitos humanos integram o catálogo dos direitos e garantias fundamentais da CF

(artigo 5º, § 2º), previsão inovadora na trajetória constitucional brasileira, quanto pela ratificação, na primeira metade da Década de 1990 (ainda que tardiamente), dos principais tratados internacionais de caráter geral, como é o caso dos dois Pactos Internacionais da ONU, ambos de 1966, bem como da Convenção Americana de Direitos Humanos, de 1969.

Além disso, a afirmação da prevalência dos direitos humanos no âmbito dos princípios fundamentais que regem as relações internacionais do Brasil (artigo 4º), demonstra que o projeto constituinte foi no sentido de uma abertura ao sistema internacional (e regional) de proteção dos direitos humanos.

Por outro lado, do ponto de vista da efetiva consideração dos tratados de direitos humanos na ordem jurídica interna, mesmo depois da promulgação da atual CF os avanços foram, durante muito tempo, relativamente tímidos, especialmente pelo fato de que, até meados dos anos 2000, não somente eram poucos os casos de invocação de tais tratados por Juízes e Tribunais, como também o STF lhes atribuía valor apenas de lei ordinária.

Ademais disso – e justamente em virtude disso – a noção de um controle de convencionalidade da normativa interna não só era praticamente desconhecida, como não tinha, em regra, relevância prática, excetuando-se decisões de Juízes e de Tribunais ordinários, que, mesmo na contramão do que então entendia o STF, afastavam a prisão civil do depositário infiel em casos de natureza contratual, valendo-se da Convenção Americana de Direitos Humanos.

Do ponto de vista legislativo, um importante passo foi dado com a inserção, pela EC 45/2004, de um parágrafo terceiro no artigo 5º da CF, prevendo que os tratados de direitos humanos aprovados pelo Congresso por maioria de 3/5, nas duas Casas do Congresso e em dois turnos de votação serão considerados equivalentes às emendas constitucionais, o que veio a ser colocado em prática mediante a aprovação, nos anos subsequentes, da

Convenção dos Direitos das Pessoas com Deficiência, do seu Protocolo adicional, do Tratado de Marraqueche e da Convenção Interamericana contra todas as formas de discriminação. Além disso, o próprio STF revisou seu entendimento (2008), passando a atribuir hierarquia supralegal aos tratados de direitos humanos em geral, ressalvados os que forem aprovados pelo rito do artigo 5º, § 3º, da CF, que então terão hierarquia equivalente às emendas constitucionais.

De lá para cá, o STF (assim como outros Tribunais) passou, gradativamente, a recorrer cada vez mais aos tratados internacionais para motivar suas decisões em diversos casos relevantes, ainda que, em geral, como dão conta os exemplos já colacionados, não tenha deixado de aplicar o direito interno (como ocorreu no caso da prisão civil), utilizando os tratados como parâmetros interpretativos e de justificação, tudo no âmbito do que se tem designado de um controle de convencionalidade das leis.

Outrossim, não se desconhece aqui as condenações sofridas pelo Brasil pela Corte Interamericana de Direitos Humanos, nem se desconsidera que ainda falta muito para que a efetivação da teoria e da prática do controle de convencionalidade sejam bem assimiladas, resultando em uma atuação rotineira por parte dos atores da cena judiciária, mas na mesma medida, no âmbito das respectivas atribuições e, no plano de um controle de natureza política, por parte do legislador e do Poder Executivo.

Para além dos inegáveis e significativos avanços no que diz respeito à atuação do STF, aqui focada, podem ser registradas outras ações de inegável e mesmo, a médio e longo prazo, de maior efetividade, como é o caso da inclusão do estudo dos direitos humanos e do controle de convencionalidade em grades curriculares de instituições de ensino superior (sem prejuízo de ações relativas aos níveis inferiores de ensino), de concursos públicos, de cursos de aperfeiçoamento ministrados aos integrantes de carreiras

jurídicas, levando, ainda que gradualmente, à construção de uma cultura dos direitos humanos no Brasil.

Assim, ainda que muitas questões sigam desafiando uma adequada reflexão e solução, em especial aspectos de natureza processual, algumas das quais já noticiadas, o fato é que o balanço que se pode fazer nessa quadra, especialmente mediante uma comparação com o cenário verificado nos primeiros vinte anos de vigência da CF, é positivo, e tudo indica que nos próximos anos a tendência será de ainda maior desenvolvimento.

Aliás, somente assim se poderá alcançar uma necessária e urgente sintonia entre Direitos Humanos e Direitos Fundamentais e a projetada integração do Brasil na comunidade internacional e, em especial, regional, tal como foi previsto pelo Constituinte de 1988.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *Ação de Extradicação nº 1223*. Relatoria do Min. Celso de Mello, julgado em 22/11/2011.

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *Ação direta de Inconstitucionalidade 4424*. Relatoria do Ministro Marco Aurélio, julgado em 19/02/2012.

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5240*. Relatoria do Ministro Luiz Fux, julgado em 20/08/2015.

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5357*. Relatoria do Min. Edson Fachin, julgado em 09.06.2016.

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *Ação Direta de Inconstitucionalidade 4.066*. Relatoria da Min. Rosa Weber, julgado em 24.08.2017.

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *Ação Penal 470*.

Relator: Min. Joaquim Barbosa, Tribunal Pleno, julgado em 22/05/2014.

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *Ação Penal 560*. Relator: Min. Dias Toffoli, Segunda Turma, julgado em 25/08/2015

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *Agravo Regimental em AI nº 601832*. Relatoria do Ministro Joaquim Barbosa, julgado em 17/03/2009.

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 347*. Relatoria do Ministro Marco Aurélio, julgado em 09/09/2015.

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 708*, relatoria do Ministro Roberto Barroso (caso Fundo Clima), julgado em 04.07.2022.

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *Habeas Corpus 123329*. Relator: Min. Marco Aurélio, Primeira Turma, julgado em 16/02/2016.

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *Habeas Corpus 125188*. Relator: Min. Marco Aurélio, Primeira Turma, julgado em 04/10/2016.

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *Habeas Corpus nº 111173*. Relatoria do Ministro Celso de Mello, julgado em 13.11.2014.

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *Habeas Corpus nº 203917*. Relatoria do Ministro Celso de Mello, julgado em 01. 02. 2012.

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *Habeas Corpus nº 97256*. Relatoria do Min. Ayres Britto, julgado em 01.09.2010.

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *Mandado de Segurança nº 32732*. Relatoria do Min. Celso de Mello, Segunda Turma, julgado em 03/06/2014.

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *Recurso em Habeas Corpus 119832*. Relator: Min. Dias Toffoli, Primeira Turma, julgado em 22/04/2014.

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *Recurso Extraordinário 466.343*. Rel. Ministro Cezar Peluso, publicado no DJ em 05.06.2009.

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *Recurso Extraordinário nº 592581*. Relatoria do Ministro Ricardo Lewandowski, julgado em 13/08/2015.

MARINONI, Luiz Guilherme. Controle de Convencionalidade, in: SARLET, Ingo W., MARINONI, Luiz Guilherme e MITIDIERO, Daniel. *Curso de Direito Constitucional*. 4ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015

MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. *Curso de Direito Internacional Público*. 6ª ed. São Paulo: RT, 2012

MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. *O Controle Jurisdicional de Convencionalidade das Leis*. 4ª ed. São Paulo: RT, 2016.

MAZZUOLI, Valerio de Oliveira; MARINONI, Luiz Guilherme (Coord), *Controle de Convencionalidade. Um panorama latino-americano*. Brasil/ Argentina/ Chile/ México/ Peru/ Uruguai. Brasília-DF: Gazeta Jurídica, 2013.

MIDÓN, Mario A.(Dir.) *Derechos Humanos y Control de Convencionalidade*. Resistencia: ConTexto Libros, 2016.

PIOVESAN, Flávia. Reforma do judiciário e direitos humanos. In: TAVARES, André Ramos; LENZA, Pedro; ALARCON, Pietro de Jesus Lora (Orgs.). *Reforma do judiciário analisada e comentada*. São Paulo: Método, 2005

RAMOS, André de Carvalho. *Curso de Direitos Humanos*. São Paulo: Saraiva, 2014.

SAGÜÉS, Néstor Pedro. El “control de convencionalidad” en el sistema interamericano, y sus antecipos en el ambito de los

derechos económicos-sociales. Concordancias y diferencias con el sistema europeo. In: BOGDANDY, Armin Von; FIX-FIERRO, Héctor; ANTONIAZZI, Mariela Morales; MAC-GREGOR, Eduardo Ferrer (Orgs). *Construcción y Papel de los Derechos Sociales Fundamentales*. 1ª Ed., Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2011.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos Direitos Fundamentais*. 13º ed. Porto Alegre. Livraria do Advogado. 2018.

O VÍRUS DA DESINFORMAÇÃO E DO POPULISMO AUTORITÁRIO CONTRA O BRASIL CONSTITUCIONAL

Ministro Luiz Edson Fachin

José Arthur Castillo de Macedo

A democracia brasileira e o Estado de Direito no Brasil operam em modo de resiliência, porquanto entraram, forçosamente, na lista dos imprescindíveis valores a preservar. Três décadas transcorridas trouxeram esperança, dores, desilusões e mais recentemente resistência defensiva.

A Constituição brasileira, cuja tessitura adveio da Assembleia Nacional Constituinte com larga participação dos mais diversos segmentos sociais, culturais, políticos, institucionais e econômicos, proclamou o fim, de vez, do arbítrio e traduziu a edificação de um Estado de Direito democrático e de um projeto de sociedade livre, justa e solidária. A partir de 05 de outubro de 1988 completam-se, em 2023, os 35 anos do novo estatuto fundamental do povo e do Estado brasileiro. Nele estão os limites e as possibilidades que marcam a legalidade constitucional; fora dela, somente a barbárie, o autoritarismo e o arbítrio; nela, há espaço para um canteiro de obras, inclusive para o enfrentamento das mazelas e graves desigualdades, discriminações e injustiças que ainda marcam o cenário do Brasil.

Após 1988, agravando todos os demais problemas e dilemas estruturais do país, como o racismo, a misoginia, a exclusão social, as dificuldades para o acesso à justiça e a própria morosidade injustificável do sistema judiciário, dois vírus passaram a ameaçar a democracia, a própria Constituição e conseqüentemente as eleições: a epidemia pestilenta do populismo autoritário e a disseminação de informações falsas. Este é o objeto desta reflexão a modo de ensaio sucinto.

Retoma-se aqui, em texto somente de feitiço acadêmico, análises, estudos e exposições que estão em diversas interlocuções

Luiz Edson Fachin, Ministro do Supremo Tribunal Federal, *Alma Mater* UFPR; Professor do Programa de Pós-Graduação do CEUB.

José Arthur Castillo de Macedo, professor de direito do IFPR, campus Colombo, cedido ao STF. Doutor em Direito pelo PPGD-UFPR, pesquisador do CCONs – Centro de Estudos da Constituição do PPGD/UFPR.

de ambos os autores, individualmente ou em conjunto, já levadas a efeito. Dois segmentos intentam explicitar os pilares desse exame.

1ª PARTE. DESINFORMAÇÃO

Fruto de mobilização da sociedade civil, a Constituição de 1988 foi promulgada durante a onda de redemocratizações que ocorreu na América Latina, presentes as ondas de restauração democrática no Leste Europeu, e posteriormente com África. Assiste-se, hoje, o refluxo dessas áreas de disseminação da democracia, com a erosão de práticas institucionais e da civilidade no dia a dia dos afazeres políticos.

No início dos anos 1990 acreditava-se que o desenvolvimento da internet e das formas de comunicação que ela permite fortaleceria a democracia. Seria possível constituir no Brasil um debate público, robusto e desinibido de ideias.

Não obstante esse otimismo inicial³, o aumento da velocidade da comunicação, e a melhoria exponencial das plataformas e das redes sociais, pode ter contribuído para o empobrecimento do debate público, ao simplificar complexidades, identidades e relações sociais. *Helás*: o uso dessas novas tecnologias produzira inéditas formas de comunicação, tanto em seu conteúdo, como em seu alcance. Exemplo disso é a afirmação de que Umberto Eco teria dito, em 2015, que a internet deu voz a um grupo de imbecis⁴.

A frase, afirma Eco, é falsa⁵. Mas ela ilustra a dinâmica que muitas vezes se opera na internet. O pensador italiano houvera dito que num mundo com bilhões de pessoas, há algumas pessoas imbecis que manifestavam suas opiniões a um pequeno grupo de pessoas, num bar ou no seu convívio social. Agora, todavia, essa opinião está tão acessível na internet, quanto a de pensadores renomados. O que o autor italiano queria ressaltar é a dificuldade do utente normal da internet para filtrar quais são opiniões mais relevantes, tendo em vista que não há uma curadoria de conteúdo, como há nos meios de comunicação tradicionais⁶.

3 Sobre o otimismo inicial, ver: MOUNK, Yascha. **O povo contra a democracia**: porque nossa liberdade corre perigo e como salvá-la. Trad.: Cássio de Arantes Leite; Débora Landberg. São Paulo: Companhia das Letras, 2019.

4 Disponível em: <https://www.terra.com.br/noticias/educacao/redes-sociais-deram-voz-a-legiao-de-imbecis-diz-umberto-eco,6fc187c948a383255d784b70cab16129m6t0RCRD.html>

5 Segundo ele mesmo, cf: ECO, Umberto. **Pape Satã Aleppe**: Cronache di una società liquida. Milano: La Nave di Teseo, 2016, p. 467

6 O autor chama atenção para essa dificuldade e para a importância dos professores que

Essa história ilustra dois pontos centrais para compreender a dinâmica da *internet* e os seus relevantes impactos para as eleições e a democracia. De um lado, Eco descreve bem um ponto relevantíssimo: a concorrência das plataformas, sites e redes sociais é pela atenção dos usuários (e pelos seus dados). De outro, qualquer manifestação na *internet* pode, em tese, atingir número indeterminado de pessoas⁷, seja ela séria, ou não.

Teria sido o autor de “O nome da Rosa” vítima de uma *fake News* em 2015? Se fosse em 2023, o vídeo da palestra poderia ser modificado, por meio de uma *deepfake*⁸, para aparentar que ele teria dito, o que ele nunca disse. Tal questão demonstra, de forma cabal, a relevância para o ambiente democrático, e, sobretudo, para o processo eleitoral sobre a regulação e o uso de desinformação em democracias recentes como a brasileira.

Lançamos mão da lição de Ingo Sarlet e de Andressa Siqueira, para estabelecer um acordo semântico a respeito do que se entende por “fake news” e desinformação, segundo os autores:

cabe assentar que o vocábulo “notícia falsa” (do inglês, fake news), de modo geral se faz alusão à criação de uma esfera falaciosa acerca de algo ou alguém, de onde resulta que o termo não seja suficiente para explicar e abarcar toda a complexidade do fenômeno da desinformação. Com efeito, o termo “notícia falsa” é largamente utilizado na medida em que essas informações são veiculadas em formato de notícia (BALEM, 2017, p. 3) – porquanto notícias são supostamente – e normativamente – baseadas na verdade (TANDOC JR; LIM; LING, 2018, p. 140, para efetivamente ludibriar o público receptor da informação. Já o termo “falsa” (no inglês, fake) remete, numa primeira mirada,

devem ter novo papel diante desse contexto, contribuindo para que os estudantes possam fazer as suas filtragens.

7 Na esteira de Timothy Ash, Ronaldo Porto Macedo Junior chamou de Cosmópolis o possível público mundial de discursos veiculados na internet. Cf.: MACEDO Junior, Ronaldo Porto. “Fake New” e as novas ameaças à liberdade de expressão. FARIA, José Eduardo (org.) **A liberdade de expressão e as novas mídias**. São Paulo: Perspectiva, 2020, p. 37-61.

8 Segundo Diogo Rais, “*deepfake* (falsificação profunda – em tradução livre) significa um modo profundo e refinado de propagação de desinformação, por meio de vídeos em sua grande maioria de personalidades, cuja imagem e áudio são adulterados com o intuito de manipular a população.” RAIS, Diogo. Desinformação no contexto democrático. In: ABOUD, Georges; NERY JR, Nelson; CAMPOS, Ricardo. **Fake News e Regulação**. 2^a ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020, p. 252-253. Registre-se que Cass Sunstein reduziu seu otimismo em relação às plataformas e redes sociais e passou a defender a regulação mais adequada delas em razão dos potenciais danosos das *deepfakes*. Cf a posição inicial e a atual posição, respectivamente: SUNSTEIN, Cass. **#republic**. Princeton: Princeton, 2018; SUNSTEIN, Cass. Falsehoods and the First Amendment. **Harvard Journal of Law & Technology**. Volume 33, Number 2 Spring 2020, 388-426.

à tradução da expressão *false*, mas, em realidade, provém da tradução de *fake*, no sentido de que se trata de uma informação falsa que se apresenta de tal modo para esconder o seu caráter de falsidade (ALLCOTT; GENTZKOW, 2017, p. 211).

A expressão “fake news”, assim, é comumente utilizada para ilustrar uma variada gama de informações: erros não intencionais, rumores sem origem notícia exata, teorias da conspiração, sátiras, distorções da realidade, falsas afirmações de políticos (ALLCOTT; GENTZKOW, 2017, p. 214), paródias, conteúdo distorcido, conteúdo fabricado, falsas conexões, conteúdo manipulado (WARDLE, 2017), publicidade enganosa, propaganda ideológica (TANDOC JR; LIM; LING, 2018, p. 141-147). No entanto, deve haver melhor delimitação do alcance da expressão. Conforme bem aponta Pereira da Silva, exemplificativamente, as então chamadas fake news não se confundem com os casos de leak(ing), spin(ning), clickbait, e as bullshit news (PEREIRA DA SILVA, 2017)⁹.

Por outro lado, a desinformação pode ser definida por três esferas:

A primeira delas, a *dis-information*, é a informação falsa e que é veiculada e difundida com o escopo de violar a dignidade de determinada pessoa, grupo ou contingente social; pode-se falar, ainda, em *mis-information*, que consiste na notícia falsa propriamente dita, já que é, de fato, inverídica, mas não tem a finalidade de causar prejuízos a terceiros; além disso, existe a assim chamada *mal-information* que é relacionada à informação que, apesar de ter base na realidade, tem o condão de violar a esfera de direitos de determinada “pessoa, organização ou país”¹⁰

Explicitados tais conceitos, é fundamental reconhecer que a disseminação de notícias falsas é o veículo que transporta os condutores e conduzidos na caçamba do populismo autoritário. Nessas últimas décadas, de modo crescente, o método tem

9 SARLET, Ingo Wolfgang; SIQUEIRA, Andressa de Bittencourt. Liberdade de Expressão e seus limites numa democracia: o caso das assim chamadas “fake new” nas redes sociais em período eleitoral no Brasil. **Revista Estudos Institucionais**, v. 6, n. 2, p. 534-578, maio/ago. 2020, p. 540.

10 SARLET, Ingo Wolfgang; SIQUEIRA, Andressa de Bittencourt. Ob. Cit., p. 541.

se valido das falsidades como método, da torção das palavras como estratégia (a defesa da liberdade, por exemplo, tem sido manipulada para defender golpes de Estado) e do bombardeio de inverdade como procedimento operacional.

Começemos pelos riscos e contingências das eleições¹¹. Como todos os eventos grandes e complexos, as eleições se sujeitam a contingências de diversas naturezas. Eventos negativos, por diferentes motivos, podem afetar aspectos essenciais ao seu bom desenvolvimento e, nesse sentido, um planejamento eficaz pressupõe um processo prévio de mapeamento, a fim de que os riscos de origem interna (como atrasos em procedimentos licitatórios, dificuldades logísticas etc.) sejam evitados, e a fim de que os riscos de origem externa (como campanhas de desinformação) tenham os seus efeitos mitigados, mediante atividades de prevenção e desenho de protocolos para a adoção de respostas rápidas e eficientes.

Por outro lado, o populismo autoritário pratica a *dis-information*, a *mis-information* e a *mal-information* como estratégia para erodir a democracia. A seguir, descrevemos algumas práticas de desinformação que fomentam ou performam ameaças, ataques cibernéticos e violência política.

AMEAÇAS

Cumpramos reconhecer que após 1988, foram suscitadas, por diversas razões, supostas vulnerabilidades institucionais e ameaças à integridade eleitoral no Brasil. Atualmente, os maiores riscos à integridade eleitoral derivam da erosão democrática e da chamada terceira onda de *autocratização*. Não apenas no Brasil, como no resto do mundo, o aumento da polarização política, a diminuição da confiança nas instituições de garantia e os ataques sistemáticos ao sistema de imprensa, ao conhecimento científico e às instituições de contrapeso dão ensejo ao crescimento de um populismo autoritário, que sequestra o debate público investindo em um modelo de comunicação hostil, com abuso da violência verbal e da desinformação¹². A normalização da mentira, a

11 Parte das ideias deste tópico foram retiradas de reflexões feitas, em âmbito de pesquisa, respondendo indagações sobre temas que vem de aflorar nos últimos pleitos eleitorais. Registra-se o agradecimento e a colaboração do Professor Doutor Frederico Alvim, especialmente no atendimento à pesquisa do *International IDEA (Institut e for Democracy and Electoral Assistance)*.

12 Sobre esse contexto, conferir: LEVITSKY, Steven; ZIBLATT, Daniel. **Como as democracias morrem**. Trad.: Renato Aguiar. Rio de Janeiro: Zahar, 2018; RUNCIMAN, David.

fabricação de pretextos para a recusa infundada dos resultados eleitorais e reivindicação do monopólio moral da representação constituem ameaças não apenas à integridade eleitoral, mas à própria perpetuação do Estado democrático de direito.

Debate-se sobre quais instrumentos as instituições brasileiras disporiam para enfrentar estes riscos e ameaças¹³. A despeito da falta de um marco normativo atualizado, apto a fazer frente as ameaças trazidas para deterioração da esfera pública no espaço digital, as instituições brasileiras contam com instrumentos jurídicos que lhes têm permitido impor a responsabilização. Em paralelo à institucionalidade estatal, é de se ver que a imprensa tradicional, em geral, revela-se consciente dos riscos, promovendo uma cobertura noticiosa que foi importante para enfraquecer as narrativas falsas propostas pelo negacionismo eleitoral¹⁴. Do mesmo modo, a sociedade civil se mostrou atenta, vigilante e firme no seu compromisso com a democracia.

Indaga-se sobre quais instrumentos faltam às instituições brasileiras para melhor enfrentar estes riscos e ameaças. Com efeito, ressentem-se o Brasil de um marco jurídico mais adequado¹⁵, que imponha, a todos os atores relevantes, as respectivas responsabilidades, em especial no que concerne ao enfrentamento da desinformação antissistema, aos discursos beligerantes e de ódio, e à apologia à ruptura do Estado democrático de direito. Em especial, dos atores, grupos e correntes de pensamento que

Como a democracia chega ao fim. Trad. Sergio Flaksman. São Paulo: Todavia, 2018; MOUNK, Yascha. **O povo contra a democracia:** porque nossa liberdade corre perigo e como salvá-la. Trad.: Cássio de Arantes Leite; Débora Landsberg. São Paulo: Companhia das Letras, 2019; GRABER, Mark A; LEVINSON, Sanford; TUSHNET, Mark (ed.) **Constitutional Democracy in Crisis?** New York: Oxford, 2018; GINSBUR, Tom; HUQ, Aziz Z. **How to save a Constitutional Democracy.** Chicago: University of Chicago, 2018; PRZEWORSKI, Adam. **Crises da democracia.** Trad.: Berilo Vargas. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2020.

13 Na Alemanha entrou em vigor em 01.10.2017 a Lei de Aplicação da Lei nas Redes (NetzDG). Conforme o § 1 da NetzDG, ela se aplica aos provedores de serviços de telecomunicações que, com cunho lucrativo, operam plataformas na internet, nas quais os usuários podem compartilhar conteúdos indeterminados com outros usuários ou possam torná-los acessíveis ao público (redes sociais). Ela também regula a responsabilidade as obrigações, a responsabilidade dos provedores de serviços, bem como sobre o § 3 o tratamento e o procedimento diante de reclamações sobre conteúdos ilícitos, que podem ser retirados ou cujo acesso deve ser bloqueado.

14 Ao longo de todo o ciclo eleitoral são relevantes os esforços das agências de checagem de notícias, bem como dos meios de comunicação mais tradicionais, que esclarecem e corrigem notícias falsas divulgadas sobretudo por redes sociais ou por aplicativos de mensagens como WhatsApp.

15 Registramos que está tramitando – em junho de 2023 – o Projeto de Lei - PL 2630/202 que visa instituir a Lei Brasileira de Liberdade, Responsabilidade e Transparência na Internet

defendem ideias antidemocráticas, que pregam a intolerância, que disseminam ódio e preconceito e tentam fazer da raiva uma arma política.

Além disso, considerando o fato de que o espaço digital constitui, hoje, o palco principal da disputa política, é certo que as eleições precisam ser protegidas, igualmente, do desequilíbrio potencialmente causado pela programação algorítmica, o que, por sua vez, chama a atenção para a necessidade de regulação das plataformas de mídias sociais. Considerando a natureza descentralizada das mídias sociais, o ordenamento jurídico deveria, também, delimitar direitos e responsabilidades de terceiros não necessariamente vinculados às campanhas, como é o caso de cabeças-de-rede, influenciadores digitais e demais formadores de opinião. Por fim, o fenômeno novo da mídia de reenquadramento recomenda evitar que se fragilize o Estado democrático e debilite a igualdade de oportunidades nas competições eleitorais.

ATAQUES CIBERNÉTICOS

Os ataques cibernéticos têm aparecido de modo cada vez mais frequente nas eleições. Eventos relacionados, por exemplo, com a usurpação e o redirecionamento de fóruns de debate virtual, invasões de lives para ridicularização de candidatos ou de contas de e-mail para o sequestro de dados e posterior exploração em campanhas de ataque (*malinformation*) constituem, já, realidades constadas em outros países. No Brasil, os ataques cibernéticos, ao menos no momento, não se apresentam de forma sistêmica. Sem embargo, é de se ter atenção, visto que, por exemplo, no passado, ataques de negação de serviço (DDOS) foram utilizados para embasar, de maneira infundada, a *pseudonarrativas* de vulnerabilidades no sistema eletrônico de votação. Da mesma forma, a criação de granjas de *trolls* com interesses financeiros compõe o mosaico da desinformação transfronteiriça, e o jogo geopolítico tem exposto, em alguns casos, estratégias desinformativas patrocinadas por governos estrangeiros.

VIOLÊNCIA POLÍTICA

Sabemos que a violência política tem crescido, gradualmente, no território brasileiro. Acreditamos que a exploração política da indignação, a desinformação polarizante e o déficit da consciência quanto à importância dos valores democráticos desempenham

um papel importante nesse cenário. Contudo, esse problema suscita questões novas e igualmente importantes.

A política, como se sabe, atua como um forte elemento formador da cultura e, nesse sentido, a normalização da violência verbal por líderes expressivos estimula a beligerância em um outro nível. Como se sabe, a tolerância e a resolução de conflitos pelo diálogo são constitutivas do *ethos* democrático, porquanto elas implicam no acordo sobre as condições e formas de expressão e do desacordo, de um lado¹⁶. Do outro, conforme a lição de Robert Dahl, fomentam a cooperação social, pois a oposição de hoje possui condições de contestar as medidas do governo e competir para se tornar a incumbente no próximo período eleitoral¹⁷.

Além disso, cabe observar que um comportamento heterodoxo por parte da imprensa permitiu que pautas antidemocráticas e conspiracionistas adentrassem o *mainstream*, promovendo um agendamento que deveria, em condições normais, ter sido barrado pelos filtros editoriais.

GESTÃO DE RISCOS E INTEGRIDADE ELEITORAL

Neste contexto de ameaças, ataques cibernéticos e diversas formas de violência política, as instituições brasileiras têm trabalhado fortemente para proteger a integridade eleitoral. A Justiça Eleitoral, particularmente, busca – naquilo que lhe concerne – estimular a participação política (feminina, indígena *v.g.*), eliminar barreiras fáticas que possam frustrar a expectativa do sufrágio universal (por exemplo, com seu programa de acessibilidade), promover ajustes tendentes a promover a igualdade política (assegurando condições mínimas para candidaturas negras) e tomar decisões aptas a conferir efetividade às regras do jogo. Busca também assegurar o direito fundamental a informações corretas e a tornar as eleições cada vez mais transparentes para as cidadãs e cidadãos. Sem embargo, enfrenta limitações estruturais, uma vez que atua sob as bases do princípio da legalidade. Ciente de que a progressão dos níveis de integridade depende, em importante medida, do aprimoramento da qualidade das leis, a Justiça Eleitoral trabalha para produzir

16 CALHOUN, Craig; GAONKAR, Dilip Parameshwar; TAYLOR, Charles. **Degeneration of Democracy**. Cambridge: Harvard, 2022.

17 DAHL, Robert A. **Poliarquia**. Trad.: Celso Mauro Paciornick. São Paulo: Edusp, 2012, p. 37 e ss.

conhecimento e para influenciar, dentro da espacialidade democrática, o projeto de elaboração das leis.

As instituições brasileiras têm a consciência de que a proteção da democracia é um projeto complexo, dependente de um esforço conjugado. Essa consciência se revela, por exemplo, na conjugação de esforços para o enfrentamento à desinformação.

Colocadas algumas ideias iniciais sobre a desinformação, impende agora migrar para a matéria de fundo, a qual diz respeito ao populismo autoritário.

2ª PARTE. ANÁLISE SOBRE O GÊNERO POPULISTA E O ATAQUE À DEMOCRACIA REPRESENTATIVA¹⁸

O tema da representação é vital no debate da democracia. A democracia se caracteriza por eleições periódicas, pelo pluripartidarismo e pelo respeito ao grau de incerteza quanto a seus resultados mediante regras eleitorais reverenciadas por todos os postulantes. Quando a condição populista se torna ameaça concreta, grave e manifesta às instituições e ao pluralismo político, o alvo é a própria democracia representativa.

Temos observado que quando eleições se aproximam, ao menos dois desafios enfrentam. De um lado, propostas de retrocessos em reformas legislativas em matérias que afetam os ganhos e avanços do sistema eleitoral informatizado. De outra parte, e é o mais crítico, a própria negação da representação que é o populismo autoritário.

Cientistas políticos têm alertado que, na moda¹⁹ ou não, “estamos vivendo em tempos populistas”²⁰; e que ao populismo se associa a política do século 21²¹, uma espécie de era de ‘contágio’ populista²², dentro da qual vivemos um *Zeitgeist* populista²³ ou, de forma mais ampla, “existe um amplo consenso de que há uma ‘crise de representação’”²⁴.

18 Parcela das reflexões do presente item contaram com o auxílio e as reflexões e a colaboração do Professor Doutor Nicolau Konkel Junior, a quem agradecemos.

19 MUDDE, Cas & KALTWASSER, Cristóbal Rovira. **Populismo: una breve introducción**. Madrid: Alianza Editorial, 2019.

20 MOFFITT, Benjamin. **The global rise of populism: performance, political style, and representation**. Stanford: Stanford University Press, 2016.

21 ROSANVALLON, Pierre. **El siglo del populismo: historia, teoría, crítica**. Traducción de Irene Agoff. Barcelona: Galaxia Gutenberg, 2020.

22 TORMEY, Simon. **Populism**. Oxford: Oneworld Publications, 2019.

23 MUDDE, Cas. The populist zeitgeist. **Government & Opposition**. vol. 39, iss. 3 (2004).

24 TORMEY, Simon. **The end of representative politics**. Cambridge: Polity Press, 2015.

DEMOCRACIAS PODEM MORRER

Refletamos um pouco sobre o tema. Começemos por relembrar que democracias (como dois consagrados autores Steven Levitsky e Daniel Ziblatt afirmam) podem morrer não por uma ação orquestrada de forças, mas pelas mãos “de líderes eleitos – presidentes ou primeiros-ministros que subvertem o próprio processo que os levou ao poder. (...) Autocratas eleitos mantêm um verniz de democracia enquanto corroem a sua essência”²⁵.

O tema não é novo. Em 1969, como um presságio, na introdução de um volume sobre o populismo, o romeno Ghită Ionescu e o filósofo Ernest Gellner escreveram: “Um espectro está assombrando o mundo: o populismo”²⁶. Meio século após essa conjectura, em diversas partes do globo, os fantasmas receberam o sopro vital e estão entre nós. Eis a “era do populismo”²⁷, contra o que há de mais fundamental em nossa Constituição: o princípio democrático. Nesse populismo, “trabalhar para o povo”²⁸ transforma-se no agir contra a Constituição.

Tomando de empréstimo o conceito ofertado por Cas Mudde e Cristóbal Rovira Kaltwasser, populismo é “uma ideologia débil”²⁹. Nele, a tela da realidade se apaga.

O populismo não é mesmo uma ideologia robusta porque não constitui um corpo de ideias sobre a natureza da pessoa e da sociedade, ou como esta deve ser organizada e seus propósitos. A sua variável oculta é um simulacro da realidade. Portanto, ao contrário de ideologias que reúnem um corpo doutrinário e

25 LEVITSKY, Steven & ZIBLATT, Daniel. **Como as democracias morrem**. Tradução de Renato Aguiar. Rio de Janeiro: Zahar, 2018. Asseveram os autores que tendemos a pensar na morte de democracias, pelas mãos armadas pelo arbítrio, num ato explícito de rapina política. Lembrem, porém, que há outras maneiras menos dramáticas de arruinar uma democracia, ainda que sejam igualmente destrutivas.

26 IONESCU, Ghită & GELLNER, Ernest. **Populism: its meanings and national characteristics**. London: Weidenfeld & Nicholson, 1969, p. 1.

27 KRASTEV, Ivan. **The populist moment**. Disponível em <https://www.eurozine.com/the-populist-moment/>, acessado em 06/05/2021. Na avaliação de Krastev, ao contrário do que ocorria com os partidos extremistas da década de 1930, os novos movimentos populistas não pretendem abolir a democracia: ao contrário, eles prosperam nesse ambiente.

28 “Longa é a lista de personalidades de direita e extrema direita que, desta forma, queriam reverter o estigma dizendo, primeiro, que a palavra ‘não os assustou’ e depois que a reivindicaram. A evolução foi paralela à esquerda, como testemunhado exemplarmente por Jean-Luc Mélenchon” (ROSANVALLON, Pierre. **El siglo del populismo: historia, teoría, crítica**. Traducción de Irene Agoff. Barcelona: Galaxia Gutenberg, 2020).

29 MUDDE, Cas & KALTWASSER, Cristóbal Rovira. **Populismo: una breve introducción**. Madrid: Alianza editorial, 2019, e, mais recente, em português: BARROS, Thomás Zicman; LAGO, Miguel. **Do que falamos quando falamos de populismo**. São Paulo: Companhia das Letras, 2022.

têm seus seguidores confessadamente declarados, o populismo manifesta-se mais como um estilo de fazer política, normalmente vinculado a outros elementos ideológicos que são cruciais para a promoção de projetos políticos variados³⁰. Esse modo de agir político, verdadeiro populismo digital³¹, possui uma afinidade eletiva com a forma de comunicação contemporânea, na qual se veicula mensagens por plataformas e aplicações virtuais, nas quais prevalecem textos curtos, simplificações, binarismos, gosto pela polêmica e por frases de efeito. Essa forma de comunicação tende a reduzir a complexidade do real, em suas diversas formas de expressão humanas, sociais e ambientais. Tende, igualmente, a reforçar vieses, pré-compreensões e preconceitos que já existem de modo a mobilizá-los para gerar engajamento político e social.

Segundo Andreas Voßkule, constituem elementos antidemocráticos do populismo a certeza dos seus líderes, a homogeneidade no lugar do pluralismo, a identidade no lugar da representação, o encargo difuso para agir e o alinhamento de todos os atores e instituições ao invés de oposição eficaz³², conforme se verá a seguir.

POVO CAPTURADO PELO POPULISMO

Populismo é uma daquelas palavras sensíveis às contingências, assumindo novas nuances que perturbam sua compreensão. Desde a saída nota-se o caráter paradoxal do termo que, mesmo tendo nítida conotação pejorativa, deriva de *populus*, ou seja, o que fundamenta positivamente a democracia³³.

30 TORMEY, Simon. **Populism**. Oxford: Oneworld Publications, 2019. Não há, por assim dizer, uma “sociedade populista”, não há filósofos ou grandes pensadores que tenham preconizado a adoção do populismo. Ou seja, “o populismo quase nunca foi usado como um rótulo *autoatribuído*. Existem muitos partidos que se autodenominam marxistas, liberais ou socialistas, mas dificilmente algum que se autodenomina “populista”. Popular, sim, mas *populista*, não”.

31 CESARINO, Letícia. **O mundo do avesso: Verdade e política na era digital**. São Paulo: Ubu, 2022, p. 144 e ss.

32 VOßKULE, Andreas. **Defesa do Estado Constitucional Democrático em tempos de populismo**. Trad. Peter Naumann. São Paulo: Saraiva, 2021.

33 Na teoria constitucional Friedrich Müller propõe a pergunta: Quem é o povo? E explicita os diversos usos, no contexto democrático da expressão. Por sua vez, Michel Rosenfeld chama atenção para o fato de que o sujeito constitucional de uma democracia está sempre em aberto e a construir. Por fim, em estudo específico sobre o tema, Pierre Rosanvallon chama atenção para o fato de que o povo que é complexo e plural, é descrito por populistas como se fosse simples e único. Cf.: ROSANVALLON, Pierre. **El siglo del populismo: historia, teoría, crítica**. Traducción de Irene Agoff. Barcelona: Galaxia Gutenberg, 2020.

Contudo, o elemento central do populismo a que nos referimos é a concepção que captura a partir do conceito de “povo” como o sujeito da política, e o que o motiva é a certeza de que seus interesses (o do povo, relidos pelo populismo) estão em desacordo com os interesses daqueles que são identificados, pelos populistas, como sendo seus inimigos, que são chamadas de elite(s)³⁴.

Todas as formas de populismo, sem exceção, envolvem algum tipo de exaltação e apelo ao “povo” e a condenação do que, como inimigo, aponta na imprensa, na política, na economia, nos demais poderes e instituições, e assim por diante.

Por isso, variam os alvos a fim de se adaptarem às circunstâncias e, em regra, abrangem esse elenco de inimigos: a grande mídia (que do populista é oposta porquanto seria “produtora” de *fake news*); a classe política tradicional (daí a tarefa aparente do populista de ‘drenar o pântano’); junto com a classe política são arrastados os partidos políticos (reputados pelo populista como incapazes de traduzir a vontade do “povo”, por isso mesmo os populistas se colocam fora ou acima dos partidos políticos); também integra o rol de inimigos o processo eleitoral (segundo o populista, seria a máquina de produzir fraudes); ainda estão nesse rol de inimigos: os juízes, com óbvia predileção pelos integrantes das Cortes Constitucionais (no seu papel *contramajoritário* são constantemente delatados como *inimigos do povo*); organizações internacionais e as ONGs (a serviço de um suposto país inimigo) e, sem variação, a Constituição (aquela mesma que assegurou ao populista o acesso ao poder, mas que depois se transforma no estorvo da realização da ‘vontade do povo’).

Líderes populistas afirmam que a única fonte legítima de autoridade política e moral em uma democracia reside no “povo”, na voz dos cidadãos comuns, na “maioria silenciosa”, no cidadão esquecido, constituindo-se na única forma genuína de governança democrática, mesmo quando em conflito com representantes eleitos. O exemplo ilustrativo está no discurso de

34 Não raro, são as ‘elites’. MÜLLER, Jan-Werner. **What is populism?** Philadelphia: University of Pennsylvania Press, 2016, p. 2. A crítica das elites, nas palavras de Jan-Werner Müller é a condição necessária – ainda que não suficiente – para o populismo”. É, a rigor, apenas um suposto antielitismo, que encobre a afronta às autoridades legítimas, ao parlamento e às instituições que asseguram o jogo democrático.

posse do ex-presidente Donald Trump, lembrado por Pippa Norris: “*Estamos transferindo o poder de Washington DC e devolvendo-o para vocês, o povo americano...*”³⁵. Promove-se, assim, a imagem de que há uma conexão direta com o líder, sem intermediações, que é “autêntico” e fala a “verdade” que o povo pensa, mas que ninguém, segundo a lógica populista, expressa³⁶.

Esse populismo, portanto, é o modo de fazer a política menor que “considera a sociedade separada em dois grupos homogêneos e antagônicos³⁷ – ‘o povo puro’ e ‘a elite corrupta’ – e sustenta que a política deve ser uma expressão da vontade geral do povo”³⁸. Elimina a complexidade de que nada e ninguém está fora da história, em todas as classes sociais.

MANIQUEÍSMO

Tal noção de povo age por antagonismo que conduz a uma visão maniqueísta, na qual existem apenas amigos e inimigos³⁹. Os oponentes não são apenas pessoas com prioridades e valores diferentes, eles são apontados como essencialmente maus e

35 NORRIS, Pippa & INGLEHART, Ronald. **Cultural backlash: Trump, Brexit, and authoritarian populism**. New York: Cambridge University Press, 2019, p. 5.

36 Letícia Cesarino demonstra como os líderes populistas performam essa pretensão autenticidade e vinculação a maioria da população, o que lhes rende muitos dividendos políticos. CESARINO, Letícia. **O mundo do avesso: Verdade e política na era digital**. São Paulo: Ubu, 2022, p. 160.

37 Em sua obra sobre o governo em Roma, Maquiavel afirma que havia dois grupos em conflito, o povo e os que dominavam. Todavia, segundo a leitura que se faz dessa ideia a partir de Claude Leffort e de Newton Bignotto, não há identidade entre a visão maquiaveliana e a dos populistas contemporâneos. Isso porque Maquiavel concebia essa visão de forma dinâmica, como geradora do conflito, e, sobretudo, de forma não maniqueísta, de forma a idealizar o povo e a elite, o que pode ser visto no seguinte trecho: “Raramente os homens são inteiramente bons ou inteiramente maus. (...) os homens não sabem guardar nenhuma dignidade no crime, nem ser perfeitamente bons.” MAQUIAVEL, Nicolau. **Discorsi**: Comentários sobre a Primeira Década de Tito Lívio. Trad.: Sérgio Bath. 5ª ed. Brasília: Universidade de Brasília, 2008. Cf.: BIGNOTTO, Newton. **Maquiavel Republicano**. São Paulo: Loyola, 1991; BIGNOTTO, Newton. **O Brasil à procura da democracia: Da Proclamação da República ao Século XXI (1889-2018)**. Rio de Janeiro: Bazar do Tempo, 2020.

38 MUDDE, Cas. The populist zeitgeist. **Government & Opposition**. vol. 39, iss. 3 (2004), p. 543. Como foi argutamente observado por Mudde e Kaltwasser, “recorrendo à vontade geral do povo, o populismo põe em prática uma lógica de articulação específica que permite a formação de um sujeito popular com forte identidade (“o povo”), capaz de questionar o *status quo* (“a elite”).

39 Um dos grandes inspiradores desse discurso é, sem dúvida, a obra de Carl Schmitt, para quem: “A diferenciação especificamente política, à qual se podem reconduzir as ações e os motivos políticos, é a diferenciação entre *amigo* e *inimigo*.” SCHMITT, Carl. **O Conceito do Político**. Trad. Alexandre Franco de Sá. Lisboa: Edições 70, 2018 (1932), p. 50-51.

desprezíveis. A existência de um inimigo traça a linha divisória entre “nós” e “eles” com a correspondente cisão da sociedade em dois campos antagônicos, com uma radicalização da política.

AUTORITARISMO E ÓDIO QUE SEPARA

A dissolução da ideia de povo como corpo político, no sentido consagrado pela democracia liberal, marcada pela presença constante de compromissos e entendimentos, encerra a disputa baseada na oposição de interesses ou disputa de poder para substituí-la pelo ódio que separa, social e moralmente.

Trata-se de concepção que endossa tendências autoritárias, evoca o caráter homogêneo do conceito de povo e antagoniza com um dos maiores pilares do regime democrático que é o pluralismo, acolhido em nossa Constituição⁴⁰. Antes de revelar a fraqueza da democracia, a ampla fragmentação de compreensões de mundo é justamente o que, em um apenas aparente paradoxo, a fortalece.

Os populistas autoritários, em oposição, afirmam que eles, e somente eles, representam a vontade do povo, cuja reivindicação não é exclusivamente empírica, mas nitidamente moral. Há, aqui, um processo de *invisibilização* de grupos opostos, com a divisão das “pessoas entre aquelas que importam e aquelas que nada significam”⁴¹. Tal prática não se coaduna com a Constituição com a Constituição da República Federativa do Brasil, que está fundada na dignidade da pessoa humana e no pluralismo político (art. 1º, incisos III e V).

Esse conjunto de propriedades projeta outros efeitos igualmente relevantes e graves. É imprescindível acender um quadro de crise permanente, repudiar o consenso, tornar as escolhas o menos racional possível e se manter sempre como um *canal de comunicação* direto com o povo. O estilo de política que caracteriza o populismo, ao qualificar a oposição ideológica como inimiga, ou mesmo ao qualificar quem não se curve a ele como inimigo, enquadra o contexto político em termos de uma permanente “crise” que assume um aspecto de ameaça existencial. As crises do populista não são apenas econômicas, políticas e

40 TORMEY, Simon. **Populism**. Oxford: Oneworld Publications, 2019. Como destaca Simon Tormey, “é intrínseco à evolução dos sistemas representativos modernos o que os cientistas políticos chamam de pluralismo. É a ideia de que sociedades complexas são marcadas por diferenças significativas de postura, opinião, identidade e interesses, incentivando a criação de diferentes partes para representar essas diferenças”.

41 MÜLLER, Jan-Werner. **What is populism?** Philadelphia: University of Pennsylvania Press, 2016, p. 20 e 24. Ressalta Jan-Werner Müller que “não pode haver populismo sem que alguém fale em nome do povo como um todo”.

sociais, mas, de certa forma, são apocalípticas. A sensação que espalha é a de que apenas um dos grupos sobreviverá.

Nada espontâneo, o uso das emoções gera, em tempos de política digitalizada, maior engajamento nas redes e maior tempo de atenção dos usuários. Isso produz a ilusão de que:

‘Fazer política’ nunca havia sido tão fácil ou cativante: a internet participativa propiciou que a política passasse a se confundir cada vez mais com o próprio senso comum. Colocar um celular na mão de cada cidadão para ele ou ela falar o que bem entende: esse é o sentido da democratização avançada pela máquina de ressonância ultraliberal-conservadora-*tech*.⁴²

Conforme ressalta Leticia Cesarino, “esse pressuposto de participação livre e ativa é enganoso: mais que a interatividade, as novas mídias propiciam a *interpassividade* dos sujeitos.”⁴³

FACTOIDES E CRISES GERADAS

Associada a isso está a característica de que, sem uma crise, dificilmente o populismo ganha força. Mestres do rancor, da manipulação do medo e do ressentimento, dos conflitos fazem seu habitat os populistas. Na ausência de crise, com o eclipsar do caráter dramático da condição populista, seus líderes temem que os cidadãos passem a fazer suas escolhas a partir de um cálculo racional e menos emotivo.

Enquanto a democracia vive da diferença em busca de consenso (consenso que em muito difere dos ‘*acordos por cima*’ em busca de acomodação), o populismo projeta a homogeneização da sociedade para perpetuar a crise.

Os populistas sempre querem *eliminar* os intermediários entre cidadãos e políticos, especialmente os partidos. Alimentam a hipótese de desconfiança a respeito da política e dos políticos, que, além de corruptos, estariam a conspirar contra o povo. Afora as hipóteses que exercem abertamente o caciquismo partidário, muitas vezes nem se dão ao trabalho de estarem filiados, a menos que as regras eleitorais condicionem para eventual candidatura.

42 CESARINO, Leticia. **O mundo do avesso**: Verdade e política na era digital. São Paulo: Ubu, 2022, p. 161.

43 Idem.

Uma vez eleitos, retornam ao estado de desvinculação às agremiações políticas.

Em tempos de *hiperconexão*, a comunicação direta e não “mediada” pela imprensa se torna a regra. Seus pronunciamentos se fazem abertamente, na rua, na porta de casa ou pelas redes sociais. Essa paradoxal “democracia representativa direta”⁴⁴ é uma compreensão monocromática da representação. Sua linguagem é simples, direta, redutora da complexidade. Diante de catástrofes incompreensíveis para a ciência, sua solução é mágica e ao mesmo tempo simplória, pois é preciso ser de fácil comunicação⁴⁵.

Em síntese, o populismo é intrinsecamente hostil aos valores associados ao constitucionalismo como restrições à vontade da maioria, ao sistema de *checks and balances*, proteções às minorias, garantia de direitos fundamentais e, principalmente, às regras da democracia representativa. O desprezo pelas garantias da democracia liberal descreve os regimes que até realizam eleições, mas não observam o Estado de Direito⁴⁶ e buscam diluições de legitimidade institucional⁴⁷. Diluem essa legitimidade que garante que os cidadãos cumpram voluntariamente as decisões de seu governo, obedeçam às leis e respeitem as decisões judiciais, independentemente da ameaça

44 URBINATI, Nadia. A revolt against intermediary bodies. **Constellations**, 22(4) (2015), p. 480. Mais explicitamente, Nadia Urbinati acentua que o estilo populista introduziu um elemento de franqueza na democracia representativa, dando origem a um paradoxo: a “democracia representativa direta” – representativa porque deriva de eleição, mas que o eleito se apresenta como o próprio povo. Ele não representa, mas apresenta – ele é o povo, em uma simplificação do político, a partir de sua redução a uma relação construída sobre uma compreensão monocromática da representação. Além do anti-institucionalismo que torna os populistas impacientes com procedimentos e intolerantes com as instituições, preferindo um relacionamento não mediado entre o líder pessoal e o povo, o populismo concebe a democracia à base do “vencedor leva tudo”.

45 TORMEY, Simon. **Populism**. Oxford: Oneworld Publications, 2019. Agem, nas palavras de Simon Tormey, como os diretores de cinema que sabem que “o público gosta de clareza de propósito”, de modo que o enredo pode ser complexo, mas os vilões são claramente marcados: “o populismo é para a política o que Hollywood é para o cinema”.

46 MÜLLER, Jan-Werner. **What is populism?** Philadelphia: University of Pennsylvania Press, 2016, p. 50. Concebeu-se, paradoxalmente, a possibilidade de uma “democracia iliberal”, termo que, nas palavras de Jan-Werner Müller, “tornou-se popular em meados da década de 1990 como uma maneira de “Mas, como ele mesmo adverte, “devemos parar com a invocação impensada da ‘democracia iliberal’. Os populistas prejudicam a democracia como tal, e o fato de terem vencido as eleições não dá a seus projetos legitimidade democrática automática”.

47 LIPSET, Seymour Martin. **Political man: the social bases of politics**. New York: Doubleday and Company, 1960, p. 77. Nas palavras de Seymour Martin Lipset, a “legitimidade envolve a capacidade do sistema de engendrar e manter a crença de que as instituições políticas existentes são as mais adequadas para a sociedade”.

legal ou do uso da força.

DEMOCRACIA, CONDIÇÃO DE POSSIBILIDADE

Garantir o Estado de Direito democrático não é apenas realizar eleições, como também respeitar os princípios da democracia liberal, preservando suas instituições. Além disso, é preciso ressaltar que o pluralismo é intrínseco à evolução dos sistemas representativos modernos e que as sociedades complexas são marcadas por diferenças significativas de postura, opinião, identidade e interesses, o que leva à criação de diferentes partes para representar essas diferenças. Uma das funções das eleições é justamente permitir que essas tendências, identidades e vozes diferentes concorram em um ambiente aberto e tolerante, no qual os cidadãos podem fazer suas próprias escolhas sobre em qual partido ou candidato votar.

Enfim, os fatos recentes demonstram que a democracia exige um estado permanente de atenção. É preciso evitar que, mais uma vez se realize o infeliz destino evocado por Pierre Rosanvallon, para quem a “vida política é um cemitério de críticas e de alertas que resultaram impotentes para modificar o curso das coisas”⁴⁸.

A defesa da Constituição, a própria realização das eleições e o respeito ao resultado que emerge da voz das urnas, pela legalidade democrática e pelo Estado de Direito, fazem um chamamento a todas as vocações democráticas em memória dos constituintes de 88 e pelas gerações do futuro. Impende manter o estado permanente de vigília democrática.

REFERÊNCIAS

BARROS, Thomás Zicman; LAGO, Miguel. **Do que falamos quando falamos de populismo**. São Paulo: Companhia das Letras, 2022.

BIGNOTTO, Newton. **Maquiavel Republicano**. São Paulo: Loyola, 1991.

BIGNOTTO, Newton. **O Brasil à procura da democracia: Da Proclamação da República ao Século XXI (1889-2018)**. Rio de

⁴⁸ ROSANVALLON, Pierre. **El siglo del populismo: historia, teoría, crítica**. Traducción de Irene Agoff. Barcelona: Galaxia Gutenberg, 2020.

Janeiro: Bazar do Tempo, 2020.

CALHOUN, Craig; GAONKAR, Dilip Parameshwar; TAYLOR, Charles. **Degeneration of Democracy**. Cambridge: Harvard, 2022.

CESARINO, Leticia. **O mundo do avesso**: Verdade e política na era digital. São Paulo: Ubu, 2022.

DAHL, Robert A. **Poliarquia**. Trad.: Celso Mauro Paciornick. São Paulo: Edusp, 2012.

ECO, Umberto. **Pape Satàn Aleppo**: Cronache di una società liquida. Milano: La Nave di Teseo, 2016.

GRABER, Mark A; LEVINSON, Sanford; TUSHNET, Mark (ed.) **Constitutional Democracy in Crisis?** New York: Oxford, 2018.

GINSBUR, Tom; HUQ, Aziz Z. **How to save a Constitutional Democracy**. Chicago: University of Chicago, 2018.

IONESCU, Ghită & GELLNER, Ernest. **Populism: its meanings and national characteristics**. London: Weidenfeld & Nicholson, 1969

KRASTEV, Ivan. **The populist moment**. Disponível em <https://www.eurozine.com/the-populist-moment/>, acessado em 06/05/2021.

LEVITSKY, Steven & ZIBLATT, Daniel. **Como as democracias morrem**. Tradução de Renato Aguiar. Rio de Janeiro: Zahar, 2018

LIPSET, Seymour Martin. **Political man: the social bases of politics**. New York: Doubleday and Company, 1960.

MACEDO Junior. Ronaldo Porto. “Fake New” e as novas ameaças à liberdade de expressão. FARIA, José Eduardo (org.) **A liberdade de expressão e as novas mídias**. São Paulo: Perspectiva, 2020, p. 37-61.

MAQUIAVEL, Nicolau. **Discorsi**: Comentários sobre a Primeira Década de Tito Lívio. Trad.: Sérgio Bath. 5ª ed. Brasília: Universidade de Brasília, 2008.

MOUNK, Yascha. **O povo contra a democracia**: porque nossa liberdade corre perigo e como salvá-la. Trad.: Cássio de Arantes

Leite; Débora Landsberg. São Paulo: Companhia das Letras, 2019;

MOFFITT, Benjamin. **The global rise of populism: performance, political style, and representation.** Stanford: Stanford University Press, 2016.

MUDDE, Cas. The populist zeitgeist. **Government & Opposition.** vol. 39, iss. 3 (2004).

MUDDE, Cas & KALTWASSER, Cristóbal Rovira. **Populismo: una breve introducción.** Madrid: Alianza Editorial, 2019.

MÜLLER, Jan-Werner. **What is populism?** Philadelphia: University of Pennsylvania Press, 2016.

PRZEWORSKI, Adam. **Crises da democracia.** Trad.: Berilo Vargas. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2020.

RAIS, Diogo. Desinformação no contexto democrático. In: ABOUD, Georges; NERY JR, Nelson; CAMPOS, Ricardo. **Fake News e Regulação.** 2^a ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020, p. 249-270.

ROSANVALLON, Pierre. El **siglo del populismo: historia, teoría, crítica.** Traducción de Irene Agoff. Barcelona: Galaxia Gutenberg, 2020.

RUNCIMAN, David. **Como a democracia chega ao fim.** Trad. Sergio Flaksman. São Paulo: Todavia, 2018;

SARLET, Ingo Wolfgang; SIQUEIRA, Andressa de Bittencourt. Liberdade de Expressão e seus limites numa democracia: o caso das assim chamadas “fake new” nas redes sociais em período eleitoral no Brasil. **Revista Estudos Institucionais**, v. 6, n. 2, p. 534-578, maio/ago. 2020.

SCHMITT, Carl. **O Conceito do Político.** Trad. Alexandre Franco de Sá. Lisboa: Edições 70, 2018, {1932}.

SUNSTEIN, Cass. **#republic.** Princeton: Princeton, 2018.

SUNSTEIN, Cass. Falsehoods and the First Amendment. **Harvard Journal of Law & Technology.** Volume 33, Number 2 Spring 2020, 388-426.

TORMEY, Simon. **Populism.** Oxford: Oneworld Publications,

2019

URBINATI, Nadia. A revolt against intermediary bodies. **Constellations**, 22(4) (2015).

VOŠKULE, Andreas. **Defesa do Estado Constitucional Democrático em tempos de populismo**. Trad. Peter Naumann. São Paulo: Saraiva, 2021.

INICIATIVA POPULAR: da festa da democracia ao ostracismo pragmático

POPULAR INITIATIVE: from the “party of democracy” to pragmatic ostracism

Rubens Beçak
Matheus Conde Pires

RESUMO

O processo de redemocratização brasileiro foi caracterizado por ampla participação popular na elaboração da Constituição Cidadã, conhecido como “festa da democracia”. Esse episódio envolveu debates extensos, conciliações e antagonismos de diferentes grupos sociais. Diante disto, coloca-se em questão: como a iniciativa popular de emendas foi gestada e implementada a partir de 1988 no contexto da redemocratização brasileira, e quais foram os desafios enfrentados nesse processo? O estudo se realizou em dois momentos: i) primeiramente, analisou-se o processo de abertura e fechamento da participação popular durante a “festa da democracia”; ii) em seguida, a pesquisa investigou as discussões sobre a iniciativa popular na constituinte

Mestre e Doutor em Direito Constitucional e Livre-docente em Teoria Geral do Estado pela Universidade de São Paulo – USP. Professor Associado da Universidade de São Paulo – USP. Professor no Programa de Pós-graduação em Direito da Faculdade de Ciências Humanas e Sociais do campus de Franca da Universidade Estadual Paulista “Júlio de Mesquita Filho” - UNESP. Professor Visitante da Universidad de Salamanca – USAL. E-mail: prof.becak@usp.br

Doutorando em Direito pela Universidade Estadual Paulista “Júlio de Mesquita Filho”, com financiamento da Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nivel Superior – CAPES. Mestre em Ciências Jurídicas pela Universidade Estadual do Norte do Paraná – UENP. Especialista em Humanidades: Estudos Interdisciplinares em Educação, Cultura e Contemporaneidade, pela Universidade Estadual do Norte do Paraná – UENP. Membro do Laboratório de Pesquisa em Teorias Constitucionais e Políticas – CPOL/LAB. E-mail: conde.pires@unesp.br

e sua implementação desde 1988. A pesquisa foi conduzida por meio de uma revisão bibliográfica e análise documental dos anais da constituinte, buscando compreender as origens da iniciativa popular e os desafios encontrados em sua implementação. A iniciativa popular de emendas surgiu como uma importante forma de participação direta da sociedade no ordenamento jurídico, mas apresentou limitações em sua implementação, uma vez que o Congresso ainda não possui mecanismos para autenticar as assinaturas. Dessa forma, se a Constituinte foi marcada pela “festa da democracia”, a iniciativa popular recaí posteriormente a um ostracismo pragmático.

Palavras-Chave: Legitimidade Democrática. Redemocratização. Processo de Transição.

ABSTRACT

The Brazilian redemocratization process was characterized by broad popular participation in the drafting of the Citizen Constitution, known as the “party of democracy”. This episode involved extensive debates, reconciliations, and antagonisms among different social groups. Therefore, the question arises: How was the popular initiative for amendments conceived and implemented from 1988 within the context of Brazilian redemocratization, and what challenges were faced in this process? The study was conducted in two moments: i) firstly, the process of opening and closing of popular participation during the “party of democracy” was analyzed; ii) subsequently, the research investigated the discussions on the popular initiative in the constituent assembly and its implementation since 1988. The research was carried out through a bibliographic review and documentary analysis of the records of the constituent assembly, seeking to understand the origins of the popular initiative and the challenges encountered in its implementation. The popular initiative for amendments emerged as an important form of direct participation of society in the legal system. However, it presented limitations in its implementation, as the Congress still lacks mechanisms to authenticate the signatures. Thus, if the Constituent Assembly was marked by the “party of democracy,” the popular initiative subsequently falls into pragmatic ostracism.

Key Words: Democratic legitimacy. Redemocratization. Transition Process.

INTRODUÇÃO

O processo de redemocratização brasileiro é pautado por uma expressiva e abrangente participação popular. A sociedade foi agraciada não apenas com a possibilidade de se mobilizar para exercer pressão em prol da aprovação de dispositivos constitucionais, mas também de ser ouvida em audiências públicas, bem como de apresentar e defender propostas perante o projeto constitucional. Tal episódio, envolto em uma singularidade plural, culmina na concepção da Constituição Cidadã, sendo reverenciado por muitos como autêntica e efusiva “festa da democracia”.

A concepção de uma Constituinte sem um Anteprojeto base definido e a disseminação dos espaços de deliberação em 24 subcomissões, 8 comissões temáticas, 1 comissão de sistematização e 1 comissão de redação contribuiu para a extensão dos debates por um período de 20 meses. A energia social, represada ao longo dos anos de ditadura, encontrou vazão nos corredores e nas salas do congresso, ansiosa por forjar uma nova Lei Fundamental.

Entretanto, em um contexto de redemocratização negociada, o trâmite deliberativo da reabertura foi permeado por antagonismos. Se acaso se buscasse sintetizar o desfecho da Constituinte em duas palavras, estas seriam: conciliação e antagonismo. O intento de aglutinar, em um único texto, ideais e princípios conflitantes resultou na ausência de uma plena vitória para qualquer grupo. As concessões advindas de ambas as partes assinalam o desfecho de um processo genuinamente democrático.

A conciliação, portanto, pode ser vista como um artifício destinado a suavizar os antagonismos, viabilizando, dessa forma,

a coexistência pacífica entre as polaridades antagônicas. Em outras palavras, representa uma estratégia para harmonizar as divergências arraigadas na sociedade. São inúmeras as manifestações de dissenso, como as expressas em manifestações públicas, a judicialização de demandas, a eleição de uma terceira via, e outras maneiras de demonstrar o inconformismo diante do *status quo*. Uma dessas possibilidades é a iniciativa popular, mediante a qual a sociedade civil se mobiliza para apresentar novas legislações ou alterações no ordenamento jurídico, decorrentes do descontentamento com os mecanismos jurídicos atualmente disponíveis.

Quando se vislumbra uma conciliação consagrada e permeada pela participação popular, almeja-se que esse pacto transcenda não apenas as gerações vindouras, mas também seja reconfigurado à luz dos desafios e peculiaridades inerentes a cada momento histórico. Nesse contexto, a iniciativa popular assume um protagonismo ainda maior, viabilizando uma participação direta da sociedade no processo de ordenamento jurídico. Diante disso, emerge o questionamento: como a iniciativa popular de emendas foi gestada e implementada a partir de 1988?

Constata-se que a iniciativa popular se encontra limitada às normas infraconstitucionais, de modo que, em um primeiro momento, o artigo busca identificar na “festa da democracia” o processo de abertura e encerramento da participação popular. Posteriormente, a investigação se volta para reflexões acerca dos debates travados na constituinte sobre o mencionado mecanismo, bem como sua implementação desde 1988 no âmbito Federal. Em síntese, é evidente que tal mecanismo não foi plenamente concretizado, tendo em vista que o Congresso carece de instrumentos para autenticar as assinaturas das propostas. Tal deficiência é superada por meio da subscrição da iniciativa por parte de parlamentares, os quais viabilizam, assim, a tramitação das proposições. Por derradeiro, convém ressaltar que a presente

pesquisa se materializou mediante uma revisão bibliográfica, bem como a análise documental dos anais da constituinte.

I) A FESTA DA DEMOCRACIA

O processo de redemocratização brasileiro foi marcado por um processo lento e gradual. Mais do que isso, a constituinte de 1987-1988 se desenvolveu mediante 20 meses de acordos e negociações. Isso reflete não apenas a existência de um amplo processo conciliatório, mas também a inexistência de algum grupo que pudesse pautar a constituinte como quisesse. Marcos Nobre (2008, p. 98) identifica que este cenário leva a disputa para “*clinchs* políticos”, ou seja, momentos em que a luta é obstaculizada pois um boxeador agarra o outro para não levar mais golpes. Em suma, são momentos de indecisões, de impasses que refletem a impossibilidade de uma decisão definitiva sobre determinado assunto.

É por esta razão que a chamada Constituição Cidadã pode ser identificada como uma Constituição sem Vencedores, na qual o texto constitucional acabou por acolher todos os conflitos sociais sem decidir de forma definitiva (Rodrigues, 2020, p. 471). Isto não seria um demérito, pelo contrário, abre margem para se pensar a Constituição não por meio da falta, mas sim por meio de uma experiência institucional plural, de forma a possibilitar a leitura da constituição como um mapa político-jurídico dos conflitos sociais brasileiros (Rodrigues, 2020, p. 473-478).

Isto se dá em razão da lógica do processo constituinte marcado por: i) multiplicidade de demandas, pautas e temas; ii) esquiva de vetos definitivos; iii) engessamento jurídico dos acordos alcançados (Nobre, 2008, p. 98). Isso significa que, ao invés de solucionar os problemas diretamente, a constituinte optou por explicitar e, assim, oferecer meios para que estes pudessem ser solucionados ao longo do tempo. Este é o ponto radicalmente democrático, estabelecer a presença de valores concorrentes ou

contraditórios em um mesmo texto constitucional (Rodrigues, 2020, p. 468).

Interessante notar a possibilidade da legitimidade democrática do processo de redemocratização não a partir dos consensos formulados em torno da chamada Constituição Cidadã, mas justamente o contrário, a partir dos dissensos e inconformismos que marcaram a elaboração da Lei Fundamental. O próprio desenho institucional da Assembleia Nacional Constituinte contribuiu para este fato, pois estabeleceu a existência de 8 comissões temáticas compostas por 3 subcomissões cada³.

Isso gerava uma pluralidade de foros de deliberação e a descentralização dos trabalhos da constituinte que se iniciavam sem um Anteprojeto para pautar o debate. Em suma, a agenda seria pautada pelas Subcomissões, que encaminhariam seus anteprojeto às Comissões Temáticas, responsáveis por enviar seus substitutivos à Comissão de Sistematização. Nota-se durante a execução dos trabalhos uma ampla participação popular, seja por meio de audiências públicas (Backes; Azevedo; Araújo,

3 As comissões temáticas eram: I - Comissão da Soberania e dos Direitos e Garantias do Homem e da Mulher; II - Comissão da Organização do Estado; III - Comissão da Organização dos Poderes e Sistema de Governo; IV - Comissão da Organização Eleitoral, Partidária e Garantia das Instituições; V - Comissão do Sistema Tributário, Orçamento e Finanças; VI - Comissão da Ordem Econômica; VII - Comissão da Ordem Social; VIII - Comissão da Família, da Educação, Cultura e Esportes, da Ciência e Tecnologia e da Comunicação. Por sua vez, as Subcomissões estavam distribuídas da seguinte maneira: à Comissão I: Ia - Subcomissão da Nacionalidade, Soberania e Relações Internacionais, Ib - Subcomissão dos Direitos Políticos, Direitos Coletivos e Garantias, Ic - Subcomissão dos Direitos e Garantias Individuais; à Comissão II: Ila - Subcomissão da União, Distrito Federal e Territórios, Ilb - Subcomissão dos Estados, Ilc - Subcomissão dos Municípios e Regiões; à Comissão III: IIIa - Subcomissão do Poder Legislativo, IIIb - Subcomissão do Poder Executivo, IIIc - Subcomissão do Poder Judiciário e Ministério Público; à Comissão IV: IVa - Subcomissão do Sistema Eleitoral e Partidos Políticos, IVb - Subcomissão da Defesa do Estado, Sociedade e Segurança, IVc - Subcomissão da Garantia da Constituição, Reformas e Emendas; à Comissão V: Va - Subcomissão dos Tributos, Participação e Distribuição de Receitas, Vb - Subcomissão do Orçamento e Fiscalização Financeira, Vc - Subcomissão do Sistema Financeiro; à Comissão VI: VIa - Subcomissão dos Princípios Gerais, Intervenção do Estado, Regime da Propriedade do Subsolo e Atividade Econômica, VIb - Subcomissão da Questão Urbana e Transporte, VIc - Subcomissão da Política Agrícola e Fundiária e Reforma Agrária; à Comissão VII: VIIa Subcomissão do Direito dos Trabalhadores e Servidores Públicos, VIIb - Subcomissão da Saúde, Seguridade e Meio Ambiente, VIIc - Subcomissão dos Negros, Pessoas Deficientes e Minorias; à Comissão VIII: VIIIa - Subcomissão da Educação, Cultura e Esportes, VIIIb - Subcomissão da Ciência e Tecnologia e Comunicação, VIIIc - Subcomissão da Família, Menor e Idoso.

2009), mobilizações sociais (Brandão, 2011) ou apresentação de emendas populares ao anteprojeto.

A constituinte era composta majoritariamente por figuras associadas a uma perspectiva conservadora. Pode-se dizer que 33% dos parlamentares poderiam ser identificados como de direita, 25% como centro-direita; 11% como centro; 14% como centro-esquerda; e, 17% como esquerda (Lima, 2009, p. 120). O cenário estabelecido fazia com que o “bloco conservador” tivesse preferência numérica, com a presença do PDS, PFL, PL e fração substantiva do PMDB, enquanto o “bloco progressista” era formado pelo PCB, PC do B, PDT, PSB, PT e uma pequena parcela do PMDB (Pilatti, 2019, p. 13). Herdados os senadores da eleição de 1986, a Assembleia Nacional Constituinte se iniciava da seguinte forma:

Tabela 1⁴ - Composição Partidária na ANC

Partidos	Total	Deputados	Senadores/86	Senadores/82
PMDB	306	260	38	8
PFL	132	118	7	7
PDS	38	33	2	3
PDT	26	24	1	1
PTB	18	17	-	1
PT	16	16	-	-
PL	7	6	-	1
PDC	6	5	-	1
PCB	3	3	-	-
PC do B	3	3	-	-
PSB	2	1	-	1
PSC	1	1	-	-
PMB	1	-	1	-

Fonte: PILATTI, 2019, p. 24.

Embora houvesse presença relevante de representantes ligados à ala conservadora, um evento influencia de forma

4 Apesar do PSDB participar dos momentos finais constituintes, não foi eleito diretamente para tanto, uma vez que tal partido surge a partir de uma do PMDB. Destaca-se também que é possível notar no decorrer do processo constituinte uma certa fluidez dos constituintes de seus respectivos partidos.

relevante os rumos do processo deliberativo. Isto pois, Mario Covas é eleito como líder do PMDB, passando à frente do candidato apoiado pelo presidente da ANC Ulysses Guimarães. Dois fatores se mostram relevantes para esta vitória: i) críticas à Ulysses em razão de sua centralidade decisória (Pilatti, 2019, p. 53; Paixão, 2014, p. 444); ii) apoio de Sarney à Covas com a intenção de enfraquecer a liderança de Ulysses (Carvalho, 2017, p. 54).

Desde o início do processo constituinte é possível notar a relevância singular dos líderes partidários. Tanto é assim que ao aprovar o Regimento Interno da Assembleia Nacional Constituinte (RIANC) Ulysses Guimarães diz: “O Regimento da Assembleia Nacional Constituinte é obra condominial dos Líderes dos Partidos com representação nesta Casa” (Diário Assembleia Nacional Constituinte, 1987b, p. 273). O papel desempenhado pelos líderes partidários favorece os partidos minoritários, que independentemente do número da bancada, tinha um certo peso nas negociações.

Não obstante, os dois maiores partidos se destacam durante as conciliações a respeito dos procedimentos iniciais dos debates constituintes, o PMDB e o PFL. Isto pois, as duas bancadas estabeleceram um acordo em relação à composição das mesas, sejam das Subcomissões ou das Comissões Temáticas. A ideia era assegurar que todos os partidos pudessem ter algum representante em postos de relevo durante o andamento dos trabalhos (Pilatti, 2019, p. 64). Assim, cada líder partidário iria indicar alguém para ocupar as cadeiras que sua legenda teria direito (Bastos, 2019, p. 104). Tal dinâmica ressalta ainda mais a importância dos líderes de cada partido, em especial das duas maiores bancadas. Feita a conciliação, a distribuição ficou da seguinte maneira:

Tabela 2 - Distribuição de Presidências e Relatorias na ANC

Cargos/Partidos	PMDB	PFL	PDS	PDT	PTB	PT	PDC
Presidências de Comissões	-	7	1	-	-	-	-
Relatoria de Comissões	8	-	-	-	-	-	-
Relatoria de Subcomissões	13	5	2	1	1	1	1
Presidência de Subcomissões	15	5	1	2	1	-	-
Total Geral	36	17	4	3	2	1	1

Fonte: PILATTI, 2019, p. 64.

Com isso, o bloco progressista que era minoria dentre os constituintes passava a ter possibilidade de influenciar de maneira mais enfática o processo de deliberação e o andamento dos trabalhos. Covas, como líder do PMDB, favoreceu a indicação de nomes ligados à “esquerda”, de forma que dos 8 relatores das Comissões Temáticas, 6 estavam alinhados aos progressistas, 1 ligado aos conservadores e 1 era considerado moderado (PILATTI, 2019, p. 64). Ademais, tanto os presidentes e relatores das comissões quanto os relatores das subcomissões, fariam parte da Comissão de Sistematização. Dessas 40 vagas, 18 estavam reservadas aos progressistas, 20 nas mãos dos conservadores e 2 restavam aos moderados (PILATTI, 2019, p. 65). Se em números totais os progressistas estavam em desvantagem, com o desenho institucional da Assembleia Nacional Constituinte a paridade de forças se igualava.

Até os trabalhos da Comissão de Sistematização, pode-se dizer que os progressistas estavam conseguindo garantir a presença de suas pautas no Anteprojeto Constitucional (Cardoso, 2017, p. 183). No entanto, no momento em que o projeto foi encaminhado ao Plenário, ocorre a chamada “rebelião conservadora” (Pilatti, 2019, p. 196). Os trabalhos constituintes foram paralisados até que fosse feita uma reforma no Regimento Interno da Assembleia Nacional Constituinte (RIANC).

Em suma, as justificativas para tal mobilização orbitavam

os seguintes pontos: i) 93 membros da Comissão da Sistematização tinham decidido o texto constitucional que agora não poderia ser emendado; ii) a composição da Comissão de Sistematização era dissonante do plenário; iii) o texto da Comissão de Sistematização era muito “radical” para as expectativas dos “moderados” do plenário (Pilatti, 2019, p. 198). Após a Constituinte, nas entrevistas registradas na obra “1988: segredos da constituinte” (Carvalho, 2017), é possível notar que os próprios constituintes progressistas reconheciam a centralização dos trabalhos e que de certo modo a demanda por ampliar a possibilidade participativa era legítima.

Este é o episódio que dá origem ao bloco suprapartidário intitulado “Centrão”. A paralisação dos trabalhos da constituinte marcava não apenas a articulação deste grupo, mas também a tentativa de obstaculizar as demandas ligadas ao bloco progressista. Dentre as alterações perpetradas, pode-se notar uma ligada diretamente à possibilidade da iniciativa popular, tema do próximo capítulo.

II) O OSTRACISMO PRAGMÁTICO

No artigo “A Decisão Pela Não-Democracia: a recusa da iniciativa popular de emendas na constituinte brasileira” (Lima; Pires, 2022) é possível compreender os pontos principais pelos quais a iniciativa popular de emenda não foi aprovada no texto final da Constituição Cidadã. Assim, durante o processo constitucional, pode-se destacar três momentos principais: i) a tentativa dos militares em controlar por completo o processo de redemocratização; ii) a impossibilidade do regime ditatorial de pautar por completo a constituinte; iii) a mobilização popular singular durante os debates constituintes; iv) o descontentamento dos conservadores diante dos rumos do texto constitucional

(Lima; Pires, 2022, p. 446-460).

Fato é que a constituinte é marcada por uma ampla participação popular que se restringe ao longo do tempo com o deslocamento das decisões para as negociações entre os grupos políticos (Mauês; Santos, 2008, p. 356). Isto pois, com a reforma do Regimento Interno da Assembleia Nacional Constituinte (RIANC) vários impasses passaram a ser superados por meio de concessões pontuais entre os grupos políticos em disputa. Isso significa que o espaço de deliberação constitucional é maior do que o Congresso. Conforme se nota nas entrevistas contidas na obra “1988: segredos da constituinte” (Carvalho, 2017) o momento de “*happy hour*” também era um momento de negociação. No entanto, as conciliações estabelecidas nos bastidores permearam todo o processo constituinte, inclusive seu nascedouro.

A questão é que se no início do processo havia uma participação cidadã mais ativa, por meio de mobilizações, audiências públicas e possibilidade de propositura de emendas, nos momentos finais a única forma de participação se restringe aos protestos. Este fato endossa ainda a discussão em torno do referendo da Constituição que iria disponibilizar ao povo a possibilidade de aceitar ou recusar o texto formulado entre os vinte meses de deliberação entre 1987 e 1988. Este fechamento de portas para a participação popular é visto na própria redação do texto constitucional.

Tabela 3 - Evolução nos Projetos de Constituição da Iniciativa Popular de Emendas

Substitutivo 1 (26/8/1987) Comissão de Sistematização	Substitutivo 2 (18/9/1987) Comissão de Sistematização	Projeto A (24/11/1987) Plenário (início do 1º Turno)	Projeto B (5/7/1988) Plenário (início do 2º Turno)	Projeto C (15/9/1988) Plenário (final do 2º Turno)	Projeto D (21/9/1988) Comissão de Redação Final
[art. 93] § 2º A iniciativa popular pode ser exercida pela apresentação, à Câmara Federal, de projeto de lei ou proposta de emenda à Constituição devidamente articulado e subscrito por, no mínimo, três décimos por cento do eleitorado nacional, distribuídos em, pelo menos, cinco Estados, com não menos de um décimo por cento dos eleitores de cada um deles.	[art. 71] § 2º A iniciativa popular pode ser exercida pela apresentação, à Câmara Federal, de projeto de lei ou proposta de emenda à Constituição devidamente articulados e subscritos por, no mínimo, zero vírgula três por cento do eleitorado nacional, distribuídos em, pelo menos, cinco Estados, com não menos de zero vírgula um por cento dos eleitores de cada um deles.	[art. 75] § 2º A iniciativa popular pode ser exercida pela apresentação, à Câmara dos Deputados, de projeto de lei ou proposta de emenda à Constituição evidentemente articulados e subscritos por, no mínimo, zero vírgula três por cento do eleitorado nacional, distribuídos em, pelo menos, cinco Estados, com não menos de zero vírgula um por cento dos eleitores de cada um deles.	[art. 63] § 2º A iniciativa popular pode ser exercida pela apresentação à Câmara dos Deputados de projeto de lei subscrito por, no mínimo, um por cento do eleitorado nacional, distribuído pelo menos em cinco Estados, com não menos de zero vírgula três por cento dos eleitores de cada um deles.	[art. 61] § 2º A iniciativa popular pode ser exercida pela apresentação à Câmara dos Deputados de projeto de lei subscrito por, no mínimo, um por cento do eleitorado nacional, distribuído pelo menos em cinco Estados, com não menos de três décimos por cento dos eleitores de cada um deles.	[art. 61] § 2º A iniciativa popular pode ser exercida pela apresentação à Câmara dos Deputados de projeto de lei subscrito por, no mínimo, um por cento do eleitorado nacional, distribuído pelo menos em cinco Estados, com não menos de três décimos por cento dos eleitores de cada um deles.

Fonte: LIMA, 2013, p. 175.

Conforme se nota, até o início do primeiro turno no Plenário, havia a possibilidade de iniciativa popular tanto para leis infraconstitucionais, quanto para emendas à Constituição. Isso ilustra uma potencialidade democrática maior que permitia à sociedade refundar diretamente o pacto constitucional

diretamente. Evidentemente, tal mecanismo exige uma organização da sociedade civil para arregimentar apoio popular suficiente para provocar a deliberação. No entanto, ainda se apresenta como um instrumental capaz de elasticar o *locus* deliberativo e democratizar a provocação da instituição de uma lei.

A própria Constituinte foi uma experiência da iniciativa popular emendas aos Anteprojetos constitucionais. Tal possibilidade adveio da emenda nº 942 protocolada por Mario Covas (PMDB) ao Regimento Interno da Assembleia Nacional Constituinte (RIANC). A proposta institucionalizar nos trabalhos da constituinte a previsão “de propostas que configurem emendas ao Projeto de Constituição, desde que subscritas por mais de trinta mil cidadãos brasileiros, em listas organizadas por pelo menos tais entidades associativas legalmente constituídas” (DIÁRIO ASSEMBLEIA NACIONAL CONSTITUINTE, 1987a, p. 458). A proposta foi aceita pelo então relator Fernando Henrique Cardoso (PMDB) indicou ter conciliado “o princípio da participação com a ideia de representação” (DIÁRIO ASSEMBLEIA NACIONAL CONSTITUINTE, 1987a, p. 421).

Esta é inclusive uma das razões pelas quais o processo de feitura da Constituição Cidadã é também chamado de “festa da democracia”. O povo não apenas ocupou o espaço deliberativo, mas também pôde participar ativamente do processo constituinte. Foram 122 emendas populares com aproximadamente 12 milhões de signatários (Anais da Assembleia Nacional Constituinte, 1988, p. 21-56). Assim, apresenta-se o primeiro desafio, autenticar a veracidade das assinaturas e conferir os elementos mínimos para o encaminhamento das propostas.

Era humanamente impossível a conferência de todos os elementos das assinaturas das iniciativas populares. Assessor da secretaria-geral da Câmara e atuante durante a constituinte, Mozart Viana, relata em entrevista a impossibilidade de conferir a exigência das 30 mil assinaturas (Carvalho, 2017,

p. 328). Os documentos eram levados em carrinhos e muitas vezes armazenados em malas. Em que pese a existência dessa dificuldade, as emendas tramitaram pela constituinte e influenciaram a formação do texto constitucional.

Como visto, a iniciativa popular de emendas foi retirada após o primeiro turno da votação em Plenário, logo após a chamada rebelião conservadora. A paralisação dos trabalhos até a reforma do Regimento Interno da Assembleia Nacional Constituinte (RIANC) demonstrou a força política dos grupos descontentes com o andamento dos trabalhos e com o rumo do texto constitucional. Embora tivessem sido capazes de reestabelecer as “regras do jogo”, não demonstravam capacidade para definir por completo as votações seguintes.

O que se nota após a reforma do Regimento Interno da Assembleia Nacional Constituinte (RIANC), é a possibilidade de “buracos negros”. Isto pois, uma ferramenta instituída foi o destaque de votação separada (DVS). Tal mecanismo, oriundo do Senado foi fruto de um acordo realizado após a paralisação dos trabalhos pelo Centrão (Carvalho, 2017, p. 207). Com a inovação, surgiu a possibilidade de um dispositivo ser apartado do texto do substitutivo para votação separada em Plenário. Para que o trecho destacado permanecesse, seria necessária a maioria absoluta de votos, o que era difícil no contexto estabelecido. Dessa maneira, era possível simplesmente a supressão de um dispositivo sobre determinada matéria, criando o chamado “buraco negro” no texto constitucional. Em suma, o destaque de votação separada (DVS) impunha a necessidade de negociações, uma vez que nenhum dos grupos presentes no processo constitucional tinha a capacidade para sustentar seu domínio.

No entanto, havia particularidades na constituinte que dificultavam o estabelecimento de acordos: i) ausência de partidos disciplinados que votassem de acordo com as orientações partidárias; ii) processo de elaboração a partir de subcomissões que tornou o texto constitucional detalhado e exponenciou os

pontos de dissenso (Maués; Santos, 2008, p. 376-377). Com isso, o resultado foi um texto constitucional em que os acordos estabelecidos, por vezes, não incorporaram minorias relevantes⁵ (Maués; Santos, 2008, p. 376-377). A necessidade de acordos se nota inclusive em relação à iniciativa popular para emendas (CARDOSO, 2017, p. 188).

Tabela 4⁶ - Disposição de Votos 2P02040-2

PARTIDO	ORIENTAÇÃO	SIM ²	NÃO	ABSTENÇÃO	TOTAL
PMDB	SIM	206	34	2	240
PFL	SIM	95	4	2	99
PDS	SIM	30	2	1	32
PDT	NÃO	2	22	-	24
PTB	SIM	12	1	-	13
PT	NÃO	1	12	-	13
PL	Sem orientação no Plenário	3	1	-	4
PDC	Sem orientação no Plenário	4	-	1	5
PC do B	Sem orientação no Plenário	-	3	-	3
PCB	SIM	3	-	-	3
PSB	NÃO	1	2	-	3
PMB	Sem orientação no Plenário	1	-	-	1
PSC	Sem orientação no Plenário	1	-	-	1
TOTAL	-	359	81	6	446

Fonte: Diário da Assembleia Nacional Constituinte, 1988a, p. 86-89.

No caso, Mario Covas (PMDB) orientou seu partido a aprovar a alteração para a retirada da iniciativa popular de emendas. Com isso o bloco progressista perdeu a sua força diante das negociações estabelecidas. O que se nota é uma concessão mútua, no qual um grupo aceita posição divergente para alcançar êxito em outra temática. Em relação a esta votação, é possível

⁵ No artigo referido, considera-se minorias relevantes a partir do desvio padrão de 85 votos contrários.

⁶ O voto de Ulysses Guimarães constou como “abstenção” no painel eletrônico, no entanto, manifestou posteriormente seu voto sim. Dois constituintes também não registraram seu voto, manifestando-se em sentido positivo posteriormente, são eles: José Carlos Coutinho (PL/RJ) e Gidel Dantas (PMDB/CE) (DIÁRIO ASSEMBLEIA NACIONAL CONSTITUINTE, 1988a, p. 89 – 90). Cabe destacar que a tabela foi elaborada a partir do painel eletrônico.

notar a negociação capitaneada pelo PMDB e o “Centrão”⁷, instituição suprapartidária.

A iniciativa popular de emendas não se coloca em mesmo patamar de normas infraconstitucionais, pois alterar a Constituição diz respeito a uma manifestação constituinte. Possibilita uma maior participação democrática ao permitir ao povo influenciar o processo de reforma constitucional e, assim, desempenhar um papel fundamental na construção e consolidação da organização jurídico-política da sociedade.

O poder constituinte é a manifestação máxima da soberania popular, representando a capacidade do povo de criar, modificar e adequar sua Constituição. Historicamente, essa manifestação de poder tem se expressado em momentos passados, como em revoluções, assembleias constituintes e processos de independência. Possibilitar a iniciativa popular de emendas é abrir espaço para uma manifestação soberana mais autêntica ao longo do tempo, que transcenda, ao menos em parte, a mera representação.

Tal mecanismo desempenha um papel relevante ao permitir que a sociedade civil exerça influência direta na reforma ou atualização da Constituição. Trata-se de uma forma concreta e efetiva de participação popular nos processos legislativos e na evolução do ordenamento jurídico do país. Ao garantir que um determinado número de cidadãos, previamente estabelecido na legislação, possa propor emendas à Constituição, a iniciativa popular promove a abertura do debate público e a inclusão de diferentes perspectivas, fortalecendo a democracia participativa. Esse mecanismo possibilita que demandas da sociedade que, porventura, não encontrariam espaço nos debates parlamentares, sejam levadas ao conhecimento das instâncias decisórias. Isso se mostra ainda mais relevante ao considerar que a Constituinte

⁷ Isto pois o próprio 2P02040-2 foi apelidado como “Emenda Centrão” nos debates constituintes.

de 1987-1988 foi permeada por dissensos e questões não completamente conciliadas.

A iniciativa popular de emendas é, portanto, uma forma de reestabelecer o diálogo de maneira aberta e possibilitar que a própria sociedade se envolva diretamente na resolução de seus conflitos de maneira pacífica. Se a Constituição Cidadã é fruto do dissenso e da conciliação, trazer a sociedade para um debate ativo é uma forma de democratizar a reconfiguração do pacto constitucional ao longo do tempo. Mais além, ao considerar questões irresolutas na Assembleia Nacional Constituinte, o mencionado dispositivo traria formas de lidar com tal situação. Diante disto, a iniciativa popular de emendas se comporta como um instrumento capaz promover a Constituição como um reflexo fiel dos valores e aspirações da sociedade, fazendo com que a Lei Fundamental seja mais legítima, representativa e reverbere os interesses plurais da sociedade.

A emenda constitucional não deve ser vista apenas como uma forma de alterar o texto constitucional, mas também de interpretá-lo. O *backlash* visto em relação à regulação da vaquejada pode ser visto como um exemplo, uma vez que a decisão prolatada na ADI n. 4.983/2016 gerou uma mobilização social capaz de provocar a política parlamentar a tomar uma medida contrária, ou seja, gerou um cenário no qual a Constituição se constrói não apenas pela interpretação do STF, mas também pela sociedade civil (Chueiri; Macedo, 2018, p. 146-147). As emendas possuem a função de acompanhar as demandas sociais e a abertura democrática deste processo apresenta um caminho de contato com o poder constituinte (Contiades, Fontiadou, 2017, p. 227). Ampliar a participação popular nas reformulações da Constituição oferece maior legitimidade democrática para as alterações vindouras, contribuindo para sua resiliência ao longo do tempo (Contiades, Fontiadou, 2015, p. 29).

Nesse sentido cabe retomar a ideia de democracia

dualista, na qual existiriam duas decisões distintas a serem tomadas no cenário político, a decisão do povo e a decisão do governo. A primeira se refere ao momento constituinte, no qual o povo decide e estabelece uma ordem jurídico-política, enquanto a segunda diz respeito às tarefas do cotidiano, momento em que a Constituição é implementada (Ackerman, 2015, p. 24 – 25). Tal distinção se mostra relevante para demonstrar a diferença entre os dois momentos, que por vezes são aproximados. Decidir sobre o momento constituinte não é análogo à implementação propriamente dita da Constituição.

Aproveitando tal raciocínio, Colón-Ríos (2012, p. 35 – 56) diferencia duas dimensões da democracia. A primeira se refere justamente à governança diária, na qual as pessoas escolhem seus representantes, decidem políticas públicas, asseguram suas liberdades políticas e colocam o texto constitucional em prática. Por sua vez, a segunda dimensão é a decisão a respeito da Lei Fundamental, não somente no momento de uma Assembleia Nacional Constituinte (ANC), mas também ao longo do tempo. Assim, pode-se notar que a segunda dimensão não se encerra no momento de criação de uma Constituição, indicando a existência de um poder constituinte permanente.

Tendo estas considerações em mente, necessário fazer algumas ressalvas. A distinção inicial entre uma dimensão “cotidiana” e outra dimensão “constituinte” não pode ser vista de maneira tão enfática. Isto pois, no momento em que se interpreta a Constituição para implementá-la, está-se colocando as duas dimensões em contato direto. Significa dizer que ambas as dimensões estão intrinsecamente ligadas, de modo que a referida diferenciação não importa em uma dicotomia intransponível. Isto posto, mesmo que uma legislação ou política pública não diga respeito diretamente a alteração de um dispositivo constitucional, a prática perpetrada pelas inovações infraconstitucionais corrobora para a construção de sentido da Constituição.

Na obra “Constituição e Democracia”, Marcos Barbosa Pinto (2009, p. 22) expõe uma preocupação interessante: “por que admitimos, em uma democracia, que decisões tomadas no passado, materializadas na Constituição, limitem as decisões políticas do presente?”. Em outras palavras, o que o referido autor coloca em discussão é o motivo pelo qual uma Constituição, em especial a brasileira, deve ter força normativa superior às normas infraconstitucionais. Tal preocupação ilustra a preocupação de fundamentar a superioridade constitucional para além do dogma, considerando a especificidade do processo de redemocratização brasileiro. Em sua análise compreende que “a Constituição de 1988 deve prevalecer sobre as leis ordinárias porque ela decorre de um processo constituinte superior do ponto de vista democrático” (Pinto, 2019, p. 101). Isto pois, a constituinte de 1987 e 1988 foi um processo singular na história nacional em relação a ampla possibilidade de participação popular.

No entanto, até o presente momento, é possível notar um total de 129⁸ emendas constitucionais, que tiveram um processo participativo muito restrito quando comparado ao momento constituinte brasileiro. Significa dizer que se a legitimidade constitucional é sustentada pela singularidade do seu processo de feitura, as alterações ao longo do tempo carecem de tal participação. Mesmo que o controle constitucional de emendas indique a ausência de uma dissonância do texto constitucional original, pode-se dizer que ao longo do tempo as alterações em seu conjunto podem gerar um certo desvio que passa despercebido quando avaliado isoladamente. A iniciativa popular de emendas poderia ser uma saída democrática para solucionar o impasse, pois uma alteração promovida pelo corpo representativo pode provocar uma iniciativa da sociedade civil em sentido contrário, de forma a demonstrar explicitamente o descontentamento com a

8 O presente levantamento foi realizado por meio das informações disponibilizadas pela Presidência da República, até o dia 14 de agosto de 2023 no link: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc/quadro_emc.htm>.

inovação constitucional.

Contudo, tal mecanismo, como visto anteriormente, foi retirado da Lei Fundamental. Diante disto, mesmo que não haja iniciativa popular para emendas constitucionais, a existência de tal mecanismo para legislação infraconstitucional ainda se apresenta de forma relevante para oportunizar à sociedade civil uma forma de reivindicar os signos constitucionais. As duas dimensões da democracia (Colón-Ríos, 2012) não são tão distantes como se imaginaria em um primeiro momento. Quando se coloca em prática e se implementa o texto constitucional, naturalmente se está atribuindo um valor específico ao seu texto e, por conseguinte, corroborando para a construção do sentido da Constituição. Desta forma, a iniciativa popular, mesmo que de leis infraconstitucionais, pode ser utilizada para influir nas concepções em torno do que se considera, ou não, constitucional.

No entanto, mesmo diante da existência jurídica e formal de tal mecanismo, nota-se a persistência da problemática notada na constituinte: a dificuldade de autenticar as assinaturas e conferir os requisitos mínimos da proposta. Até hoje, em âmbito federal, as iniciativas populares de emenda não possuem efeito prático. Isto pois, apesar da previsão constitucional, não há possibilidade prática para averiguar os elementos necessários para a propositura. O Congresso Nacional não foi equipado com ferramentas para lidar com este tipo de dispositivo.

A situação é contornada por meio da própria atuação dos parlamentares, que iniciam o processo legislativo subscrevendo a proposta. Assim, a matéria não tramita como uma iniciativa popular, mas sim de autoria de um congressista. Caso nenhum representante tenha interesse em assinar a proposta, chega-se a um impasse prático diante da Constituição. A título de exemplo, as legislações pós 88 que tiveram grandes mobilizações populares em busca de apoio e assinaturas, como a alteração da Lei de Crimes Hediondos em razão do caso Daniella Perez, a “Lei da

Ficha Limpa” e as “10 medidas contra a corrupção”, tiveram seus trâmites iniciados por representantes e não como iniciativa popular propriamente dita.

Em um país com urnas eletrônicas seguras, poder-se-ia pensar em uma possibilidade de o TSE coletar de maneira digital a assinatura de apoio das iniciativas populares. No entanto, diante da ausência de interesse político e da subscrição das propostas já realizadas por congressistas, o mecanismo permanece inerte diante do ostracismo pragmático.

CONCLUSÃO

O processo de redemocratização brasileiro se erigiu sob a égide de uma notável efervescência participativa, outorgando-lhe o epíteto de “festa da democracia”. Como corolário deste enlevo democrático, desponta a promulgação da Constituição cidadã, obra impregnada de acalorados debates e do árduo desafio de harmonizar ideais e princípios diametralmente conflitantes num único e harmônico corpo constitucional. Em que pese a negociação em torno do processo de redemocratização, os antagonismos se mantiveram flagrantemente proeminentes ao longo de todo o itinerário deliberativo.

Nesse contexto, emerge com preeminência a conciliação, a qual se erige como um esteio fundamental na empreitada de atenuar os conflitos societários, visando a harmonização das perspectivas diametralmente opostas. A chamada Constituição Cidadã, evidencia-se como produto resultante desse processo conciliatório, cujo epicentro reside na inexistência de vencedores plenos. A propósito, tal circunstância pode contribuir para a compreensão da substancial quantidade de emendas constitucionais. A ausência de uma corrente detentora da capacidade de imposição absoluta de suas aspirações no âmbito do

texto constitucional enseja um ciclo de reexame da Constituição em resposta a cada contenda política.

No cenário exposto, a iniciativa popular se consagrou como uma expressão de relevância ímpar, representando uma forma altamente significativa de participação direta da sociedade no complexo seio do ordenamento jurídico. Falar em iniciativa popular significa explorar a capacidade da sociedade civil em exercer um papel político ativo, transcendendo o mero exercício do voto em momentos pontuais. Consiste em analisar um dispositivo que amplia o espaço democrático, possibilitando outros meios institucionais para que os indivíduos possam se organizar e apresentar suas demandas.

Evidentemente, tal mecanismo não pode ser tratado com ingenuidade, ainda mais considerando o cenário de erosão constitucional. Nesse sentido, algumas críticas poderiam ser enunciadas sobre a possibilidade em questão: manipulação de interesses, complexidade e informações inadequadas, simplificação excessiva do objeto da iniciativa, ausência de debate público, instabilidade, falta de técnica, capacidade de mobilização e participação desigual.

Sobre essas críticas, cabe aqui um breve contraponto a cada uma delas. A respeito da manipulação de interesses, destaca-se a dificuldade em diferenciar o que seria um interesse autêntico e outro manipulado. Para que este argumento faça sentido é necessário ter um método para tanto. Mesmo assim, considerando que isso seja possível, é necessário destacar que tal fato também ocorreria no sistema político convencional, o que esvazia de certo modo o argumento em relação à iniciativa popular especificamente.

Em relação à complexidade e informações inadequadas, tem-se a necessidade de uma ampla divulgação a respeito da temática objeto da iniciativa popular. Nota-se que tal fato não se relaciona apenas com inovações advindas da iniciativa

popular, mas sim de toda e qualquer alteração legislativa, de modo que o acesso à informação se faz imprescindível para o desenvolvimento democrático independentemente da existência do referido mecanismo participativo. Assim, a iniciativa popular oferece um espaço potencial para ampliar o espaço de discussão da inovação legislativa, o que se relaciona com duas outras críticas: simplificação excessiva do objeto da iniciativa, ausência de debate público. Se antes uma nova legislação fica restrita aos representantes, com a iniciativa popular há uma nova maneira de promover alterações. O ponto central é que a exclusividade dos representantes para iniciar e aprovar uma lei não aumenta o debate público ou a exposição da complexidade da temática. Sendo assim, o mecanismo apresentado oferece uma maior propensão para a deliberação.

Instabilidade e inconstância são preocupações que permeiam de modo geral os estudos contemporâneos a respeito da democracia. De um lado, tem-se uma ordem jurídico-política estabelecida colocando limites para as deliberações; de outro, os anseios populares, muitas vezes compatíveis com o que se concebe como democracia⁹. A questão é que a dissonância entre as demandas populares e a institucionalidade oferece espaço para instabilidade política. Considerando esta questão, a iniciativa popular pode ter efeito positivo, pois oferece um espaço para que a sociedade proponha diretamente inovações legislativas em consonância com seus anseios amenizando assim a dissonância entre suas demandas e a institucionalidade. Ademais, as alterações legislativas inconstantes não afetam exclusivamente normas advindas de iniciativa popular, inclusive a experiência nacional não demonstra este risco.

O argumento relacionado à falta de especialização técnica não se sustenta ao passo que a iniciativa de lei não precisa ser

⁹ Para exemplificar a questão, pode-se dizer que demandas como: água, luz, educação, saúde e outras análogas não são incompatíveis, a princípio, com um ideal democrático.

aprovada *ipsis literis*, de forma que eventuais erros técnicos seriam sanados em seu trâmite nos órgãos representativos. E aqui reside um argumento importante, a iniciativa popular não prescinde ou diminui o papel exercido pelos representantes, pelo contrário, oportuniza um meio de contato direto entre eleitos e eleitores. Dessa forma, eventuais excessos e descaminhos provenientes da iniciativa popular deveriam ser sanados pela própria institucionalidade estabelecida. Por fim, a capacidade de mobilização e participação desigual em torno da iniciativa popular é um problema decorrente de uma sociedade marcada pelo contraste socioeconômico. No entanto, o mecanismo em questão oportuniza um caminho para grupos sub-representados expressarem diretamente suas necessidades e preocupações.

Tais críticas não estão diretamente ligados à ideia da iniciativa popular, mas sim às questões inerentes a uma sociedade que adota o sistema democrático. Se considerarmos a expansão do espaço político como uma questão problemática dentro desse contexto, deparamo-nos com um paradoxo intrigante em que o próprio dilema da democracia se revela. O cerne da questão reside na profundidade do comprometimento de uma sociedade em abraçar os princípios democráticos e na maneira como ela pretende se estruturar para realizar essa intenção. Isso está intrinsecamente ligado à disposição dessa sociedade em se colocar diante dos dissensos que lhe permeiam. Em suma, a iniciativa popular outorga à sociedade civil organizada o ensejo de submeter ao escrutínio institucional novas legislações ou alterações no arcabouço jurídico, almejando assim atender às insatisfações suscitadas pelos mecanismos preexistentes. Em outras palavras, esta abertura desempenha um papel crucial na manifestação institucionalizada do dissenso social.

A participação popular desempenhou uma função singular no momento constituinte de conciliação, de modo que a reconfiguração tanto das leis infraconstitucionais quanto da

própria Constituição se encaminhou a ser diretamente permeada pela sociedade. Contudo, ainda no alvorecer do primeiro turno do Plenário da Assembleia Nacional Constituinte, a iniciativa popular sofreu o detrimento de sua existência no que tange às emendas constitucionais. É possível constatar, portanto, que a presença social, que se fez latente no início do processo constituinte, progressivamente se circunscreveu ao longo desta trajetória. Contudo, é justamente a presença popular na elaboração da Lei Fundamental que serve como suporte para sustentar a supremacia constitucional. Tal justificativa escapa a mera dogmática para fundamentar um argumento normativo em prol da singularidade e superioridade da Constituição Cidadã.

Apesar de tal fechamento, a iniciativa popular manteve-se consagrada no bojo do texto constitucional, entretanto, sua efetivação tem sido severamente obstada em virtude da inexistência de dispositivos congressuais para autenticar as subscrições das propostas. Desse modo, até o presente momento, o mecanismo participativo não logrou uma implementação adequadamente concretizada, restando aos cidadãos, por conseguinte, a apelar aos parlamentares para que suas proposições consigam tramitar no âmbito do Congresso. Cabe destacar que, mesmo diante da inexistência da iniciativa popular de emendas, a utilização de tal mecanismo para alterações infraconstitucionais pode funcionar como uma forma de estabelecer os signos constitucionais. Isto pois o sentido da Constituição não se estabelece apenas no momento constituinte, mas sim no dia a dia com a sua implementação.

Desta feita, ressaltam-se dois elementos preponderantes para elucidar a lacuna de implementação. Em primeiro lugar, destaca-se a facilidade em contornar a carência de infraestrutura congressual para certificar a autenticidade das subscrições. Isto decorre do fato de que tais proposições são endossadas por parlamentares, viabilizando assim que a vontade popular expressa por meio da iniciativa possa deflagrar inovações legislativas. Em

segundo lugar, há um nexos com a ausência de vontade política para instituir mecanismos de averiguação das assinaturas consignadas na iniciativa popular. Tal circunstância pode emanar tanto da conveniência de contornar a problemática, como também do desinteresse em fomentar um protagonismo popular mais ativo. Deste modo, a iniciativa popular, em sua acepção técnica, depara-se com um ostracismo pragmático, uma vez que, desde 1988, todas as proposições são iniciadas exclusivamente por representantes eleitos.

Efetivamente, independentemente da falta de aptidão do Congresso para acolher as iniciativas populares, sua previsão no texto constitucional propiciou e estimulou mobilizações sociais voltadas a modificações infraconstitucionais. Em contraposição, as emendas constitucionais, mesmo quando apoiadas pela sociedade, nunca foram precedidas por uma mobilização visando a coleta de assinaturas desde o ano de 1988. Tal circunstância denota que a previsão constitucional, ainda que não plenamente concretizada, confere incentivo à atuação social e concede aceitação por parte dos representantes em relação às propostas. Caso a previsão abarcasse também as emendas, é provável que o cenário político assumiria contornos diversos.

REFERÊNCIAS

ACKERMAN, Bruce. **We the people I**: fundamentos de la história constitucional estadunidense. Quito: IAEN, 2015.

ASSEMBLEIA NACIONAL CONSTITUINTE. **Emendas Populares**. Vol. 258. Brasília: Centro Gráfico do Senado Federal, janeiro de 1988.

BACKES, Ana Luiza; AZEVEDO, Débora Bithiah de; ARAÚJO, José Cordeiro de. Audiências públicas na Assembleia Nacional Constituinte: a sociedade na tribuna. **Brasília: Câmara dos Deputados, Edições Câmara**, p. 41-58, 2009.

BASTOS, Marcus Vinícius Fernandes. **Comissão Afonso Arinos, Assembleia Nacional Constituinte e a elaboração do texto da Constituição de 1988**: construção procedimento e legitimidade. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019.

BRANDÃO, Lucas Coelho. **Os movimentos sociais e a Assembleia Nacional Constituinte de 1987-1988**: entre a política institucional e a participação popular. 2011. Dissertação (Mestrado em Sociologia) - Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2011.

CARDOSO, Rodrigo Mendes. **A Participação Popular na Constituinte de 1987 – 1988**. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2017.

CARVALHO, Luiz Maklouf. **1988**: segredos da constituinte, os vinte anos que agitaram e mudaram o Brasil. Rio de Janeiro: Record, 2017.

CHUEIRI, Vera Karam de; MACEDO, José Arthur Castillo de. Teorias constitucionais progressistas, backlash e vaquejada. **Sequência (Florianópolis)**, p. 123-150, 2018.

COLÓN-RÍOS, Joel. **Weak Constitutionalism**: Democratic legitimacy and the question of constituent power. New York: Routledge Taylor & Francis Group, 2012.

CONTIADES, Xenophon; FONTIADOU; Alkmene. Amendment-Metrics: The Good, the Bad and the Frequently Amended Constitution. In: ALBERT, Richard; CONTIADES, Xenophon; FOTIADOU, Alkmene. **The foundations and traditions of constitutional amendment**. Oxford: Hart Publishing, 2017.

CONTIADES, Xenophon; FOTIADOU, Alkmene. On resilience of constitutions. What makes constitutions resistant to external shocks?. **ICL Journal**, v. 9, n. 1, p. 3-26, 2015.

DIÁRIO ASSEMBLEIA NACIONAL CONSTITUINTE. **Atas de Plenário**. Ano I, nº 1, Brasília: 1987a.

DIÁRIO ASSEMBLEIA NACIONAL CONSTITUINTE. **Resolução nº 2 de 1987**. Ano I – nº 33. Brasília: 25 de mar. de 1987b.

LIMA, Luziano Pereira Mendes. **A atuação da esquerda no processo constituinte:** 1986-1988. Brasília: Câmara dos Deputados, Edições Câmara, 2009.

MAUÉS, Antonio Gomes Moreira; SANTOS, Élide Lauris dos. Estabilidade constitucional e acordos constitucionais: os processos constituintes de Brasil (1987-1988) e Espanha (1977-1978). **Revista Direito GV**, v. 4, p. 349-387, 2008.

NOBRE, Marcos. Indeterminação e estabilidade: os 20 anos da Constituição Federal e as tarefas da pesquisa em direito. **Novos estudos CEBRAP**, p. 97-106, 2008.

PILATTI, Adriano. **A Constituinte de 1987 – 1988:** progressistas, conservadores, ordem econômica e regras do jogo. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2019.

PINTO, Marcos Barbosa. **Constituição e Democracia.** Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

PIRES, Matheus Conde; LIMA, Jairo. A decisão pela não-democracia: a recusa da iniciativa popular de emendas na constituinte brasileira. **História Constitucional**, n. 23, p. 445-465, 2022.

RODRIGUEZ, José Rodrigo. Originalismo democrático como modelo interpretativo da Constituição brasileira. **Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito (RECHTD)**, v. 11, n. 3, p. 461-479, 2019.



Justicia,
Cidadanía
e Servicio