

Controle de Constitucionalidade e Democracia na Alemanha e no Brasil

EMERSON ADEMIR BORGES DE OLIVEIRA

Mestre e Doutorando em Direito Constitucional pela Universidade de São Paulo, Advogado da Petróleo Brasileiro S.A.

Submissão: 19.09.2014

Decisão Editorial: 25.06.2015

Comunicação ao autor: 25.06.2015

RESUMO: O princípio democrático está inscrito nas Constituições contemporâneas como fundamental para o desenvolvimento do Estado Constitucional. Embora o conceito possa variar, é certo que existem alguns pressupostos e características que permitem avaliar o *status* democrático de uma sociedade, bem como a existência de efetividade aos direitos diretamente decorrentes da democracia, vale dizer, direitos voltados à instrumentação do princípio. O projeto constitucional se inscreve cotidianamente e passa a exigir o agir do Poder Público, em qualquer de suas funções, pois a efetivação da Constituição é dever de todos. Quando ausente a efetividade, passa-se a cogitar a transcrição dos direitos sobre a democracia pela veia constitucional. E ultrapassada a vertente meramente aplicadora da lei – concepção liberal da separação de poderes –, o Judiciário se ergue como criador do Direito em um aspecto interpretacionista. Surge, então, a discussão acerca dos limites da interpretação e das técnicas de controle de constitucionalidade para efetivação da democracia. Isto é, a discussão acerca do liame que separa a interpretação criadora da criação interpretativa, assim como o modo técnico-racional utilizado pelo Judiciário para realizar o princípio democrático. De qualquer forma, torna-se imprescindível a análise circunstanciada do modo de interpretação, até mesmo para que nunca se perca de vista o dever de racionalidade que deve permear a decisão jurisdicional. O objetivo não é negar o evidente processo criativo do Judiciário, mas entender seu funcionamento, de modo que seu exercício não exceda a interpretação razoável dos preceitos constitucionais.

PALAVRAS-CHAVE: Democracia; controle de constitucionalidade.

ABSTRACT: The democratic principle is present in the contemporary Constitutions as the central for the development of the constitutional State. Although the concept may vary, there are some assumptions and characteristics that allow the evaluation of a society's democratic status, as well as the existence of effective directly democratic rights. In other words, rights capable of exercising the principle. The constitutional project is performed daily and it requires the action of government, in all of its functions, since the execution of the Constitution is an obligation of all. When the effectiveness is left beside, its common to cogitate the transcription of rights about democracy in the Constitution.

And once the thought of the Judiciary only as a law enforcer – liberal conception of the separation of powers – is overcome, the Judiciary assumes a role of rights creator in an interpretationist aspect. That's when the discussion about the limits of interpretation and judicial review techniques in the effectiveness of democracy comes to surface. In other words, the discussion that involves the bond that separates creative interpretation from interpretative creation, as the technical-rational mode used by the Judiciary to accomplish the democratic principle. Either way, it becomes essential the detailed analysis of the form of interpretation adopted, as a way to never leave aside the rational duty that should permeate judicial decision. The goal is not to deny the obvious creative process of Judiciary, but to understand its function so its exercise never exceeds the reasonable interpretation of fundamental precepts.

KEYWORDS: Democracy; judicial review.

SUMÁRIO: Introdução; O Tribunal Constitucional alemão e o enfrentamento da conformação legislativa; O modelo constitucional alemão da *Wehrhafte demokratie*; O papel exercido pelo Tribunal Superior Eleitoral e pelo Supremo Tribunal Federal; A interpretação razoável que não viole o sentido do texto; Conclusão; Referências.

INTRODUÇÃO

O constitucionalismo moderno trouxe o peso aos Tribunais para decidirem acerca da constitucionalidade das normas. E as Constituições modernas tiveram a perspicácia de elencar o Estado Democrático como fundamental para a sobrevivência da sociedade. Nesse jogo, a democracia se viu lançada a um princípio base do Estado Constitucional. O controle a partir dela se tornou inevitável.

A sensibilidade se aguça ao se colocar, como ocorre com a textura normativa das Constituições modernas, diante de um princípio extremamente aberto e amplo, como a democracia. A democracia pode ser, por exemplo, a base processual e ao mesmo tempo a finalidade material. Como assevera a Professora Monica Caggiano, “o alargamento do campo de ação do Poder Judiciário decorreu da preocupação com o futuro democrático”¹.

O que preocupa os juristas é exatamente a flexibilidade que marca a interpretação de princípios tão abertos. Afinal de contas, como proteger as regras constitucionais a partir de uma interpretação ampla da Constituição? Estaria o instrumento democrático ao sabor pura e simplesmente da composição da Corte?²

1 CAGGIANO, Monica Herman Salem. *Democracia x constitucionalismo*, p. 18.

2 “É fato que os ‘mortos’ não devem governar os ‘vivos’; mas disso não decorre a exigência de demolição da ideia de rigidez constitucional. A própria previsão de reforma da Constituição – quer por via revisional, quer por via de emenda – atende razoavelmente à necessidade de adaptar as Constituições à realidade fática. E mais que isto, rompida a estabilidade constitucional e o núcleo duro do postulado do Estado de Direito, qual seria a estrutura jurídica, sólida o suficiente para garantir e preservar a democracia? A fragilidade e

Não se afirme, por evidente, que a atividade prática da Corte Constitucional derive apenas da falha da instância política, mas é um fato que não deve ser desprezado. Como ressalta Leonardo Martins, o Tribunal Constitucional Federal alemão, pronunciando-se sobre quase todas as questões polêmicas de hermenêutica, mostrou-se muito mais ativo quando os demais Poderes fugiram ao debate, “transferindo questões políticas incômodas ao crivo do controle de constitucionalidade, antes mesmo de haver aperfeiçoado o momento eminentemente político da conformação legislativa”³.

De qualquer forma, parece que a postura mais agressiva do Judiciário é fato contemporâneo que decorre de uma soma de fatores, a partir não apenas do aspecto político – como no caso do Legislativo preferir não enfrentar certos temas polêmicos, como ocorreu com o aborto de anencéfalos no Brasil –, mas também do aspecto jurídico que envolve o controle de constitucionalidade e a força cada vez mais focada que se visualiza na Constituição.

O enaltecimento das normas constitucionais e a transformação do direito constitucional em centro das atenções do ordenamento jurídico do Estado, de forma que hodiernamente se fale constantemente em constitucionalização do direito civil, do direito processual etc., carreu toda a discussão para uma comparação de conformidade com o texto constitucional⁴.

Nesse entrevero, a democracia se rendeu ao charme do constitucionalismo, e os Tribunais tiveram a agudeza de introduzir em suas discussões os direitos que diziam respeito, direta ou indiretamente, à efetivação da democracia, sobretudo aqueles pertinentes à seara eleitoral.

Como ressalta com particular destreza o mestre Canotilho, a “Constituição, ao consagrar o princípio democrático, não se ‘decidiu’ por uma teoria em abstracto [...] Procurou uma ordenação normativa para um país e para uma realidade histórica”⁵.

Continua o professor de Coimbra:

É com base na articulação das “bondades materiais” e das “bondades procedimentais” que a Constituição respondeu aos desafios da legitimidade-legitimação

a expansividade dos processos de interpretação constitucional já demonstraram flagrante fracasso quando do aniquilamento da democrática Constituição de Weimar, abrindo as portas para o nazismo. *A segurança jurídica e a democracia ainda se encontram na dependência do velho constitucionalismo.*” (CAGGIANO, Monica Herman Salem. *Democracia x constitucionalismo*, p. 20)

3 MARTINS, Leonardo. *Direito processual constitucional alemão*, p. 5.

4 Conforme ressalta Leonardo Martins ao tratar do direito alemão: “O problema da constitucionalização é um problema típico do sistema concentrado alemão. Trata-se de um fenômeno de desaparecimento gradual da fronteira entre o direito constitucional e o resto do ordenamento jurídico, sobretudo do direito privado. Foram os esforços pela otimização da vigência das normas constitucionais, principalmente as normas que garantem os direitos fundamentais, que o criaram” (MARTINS, Leonardo. Op. cit., p. 77).

5 CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*, p. 287.

ao conformar normativamente o princípio democrático como *forma de vida*, como *forma de racionalização do processo político* e como *forma de legitimação do poder*. O princípio democrático, constitucionalmente consagrado, é mais do que um *método* ou *técnica* de os governantes escolherem os governados, pois, como princípios normativos, considerando nos seus vários aspectos políticos, económicos, sociais e culturais, ele aspira a tornar-se *impulso dirigente* de uma sociedade.⁶

Pouco a pouco, a democracia invadiu os espaços antes reservado aos Poderes mais claramente políticos, e as decisões construídas pelas motivações jurídicas contornaram os aspectos políticos da teoria democrática, conferindo, no âmago de cada cidadão, novos desenhos para o Estado Constitucional⁷. É sempre pertinente lembrar que a democracia deve ser vista como um processo dinâmico, a ser construído por toda sociedade e insuscetível de solução de continuidade por ideologias perversas, salvo sob o modo revolucionário.

Discutir se essas decisões são razoáveis dentro do esperado do Judiciário, ou se, ao contrário, eivaram de um excesso de Poder; se tais decisões são racionalmente fundamentadas; e, principalmente, de que forma os Tribunais costumeiramente têm enfrentado a temática é o objetivo a que nos propomos.

O TRIBUNAL CONSTITUCIONAL ALEMÃO E O ENFRENTAMENTO DA CONFORMAÇÃO LEGISLATIVA

A Alemanha viu por bem adotar o sistema concentrado típico de controle de constitucionalidade, assim como fez a grande maioria das ordens constitucionais europeias. Segundo esse modelo, tem-se um órgão exclusivamente destinado à análise das questões de constitucionalidade “equidistante dos demais órgãos dos poderes Legislativo e Executivo”⁸.

Esse controle concentrado tem o caráter de ser sempre vinculante, ainda que a decisão parta de um caso concreto. Até porque apenas o Tribunal Constitucional tem a atribuição de ofertar declarações de inconstitucionalidade, o que significa que, enquanto isso não ocorrer, nenhum juiz poderá ter qualquer lei por inconstitucional⁹.

Para a doutrina especializada alemã, esse Tribunal tem o caráter de “órgão constitucional”, sobreposto aos demais por ter a finalidade de interpretar e

6 CANOTILHO, J. J. Gomes. Op. cit., p. 288.

7 “Da mesma forma que o princípio do estado de direito, também o princípio democrático é um princípio jurídico-constitucional com dimensões materiais e dimensões organizativo-procedimentais.” (CANOTILHO, J. J. Gomes. Op. cit., p. 287)

8 MARTINS, Leonardo. Op. cit., p. xx.

9 MARTINS, Leonardo. Op. cit., p. 1-2.

aplicar as normas constitucionais. Böckenförde defende, nessa linha, que o TCF tem o *status* de “intérprete autêntico da *Grundgesetz*”¹⁰.

Assim, o TCF não seria tão somente *independente* em relação aos demais órgãos constitucionais (Presidência Federal, Chanceler Federal, Câmara Federal e Conselho Federal), como, de resto, todo tribunal é, mas também teria autonomia para decidir questões sobre a interpretação da Constituição em última instância, como “defensor máximo da Constituição”.¹¹

E apesar das tentativas de ter o TCF quase como “senhor” da Constituição tedesca, é certo que, consoante as críticas em sentido contrário, o Tribunal não refoge à necessidade de motivação racional de sua decisão, bem como outros princípios processuais, como a própria inércia para movimentar a questão de constitucionalidade, o que é essencial para diferenciar a função jurisdicional da legislativa.

O fato é que, para compensar os déficits parlamentares, o TCF realmente avançou na seara política, preocupando pelos riscos da hipertrofia do sistema jurídico¹². Mas a “criação de pautas positivas da atividade legiferante” pelo TCF, ao invés de simplesmente declarar a inconstitucionalidade, ao extrapolar positivamente sua função constitucional, muitas vezes corresponde justamente às expectativas da própria Constituição, desde que, é claro, isso não signifique expurgar o Legislativo de sua função.

Nesse sentido, pode parecer mais preocupante a atual situação do Tribunal Constitucional Federal em relação ao nosso Supremo Tribunal Federal, especialmente porque a pauta positiva advém precipuamente da conformação legislativa encabeçada pela Corte, atividade naturalmente pertencente ao Legislativo.

Tratando dos direitos fundamentais, esclarece o Ministro Gilmar Mendes:

A vinculação da atividade legislativa é essencial não só para a proteção dos direitos fundamentais, como também para a concretização destes em inúmeras hipóteses.

A exigência de que o âmbito de proteção de determinado direito somente pode sofrer restrição mediante lei ou com fundamento em lei (reserva legal) já seria suficiente para ressaltar a importância vital da vinculação do legislador aos direitos fundamentais. Se a ele compete, em certa medida, fixar os exatos contornos de um direito fundamental, mediante o estabelecimento de limitações ou restrições, mister se faz que tal tarefa seja executada dentro dos limites prescritos pela própria Constituição.¹³

10 MARTINS, Leonardo. Op. cit., p. 2.

11 MARTINS, Leonardo. Op. cit., p. 3.

12 MARTINS, Leonardo. Op. cit., p. 6.

13 MENDES, Gilmar Ferreira. *Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade*, p. 116.

Tais anotações coadunam com o entendimento do Tribunal alemão em decisão de 1979 de que cabe ao legislador a conformação de determinadas temáticas:

Parâmetros do exame de constitucionalidade são aqueles direitos fundamentais individuais que marcam as condições e limites constitucionais da liberdade de conformação do legislador junto à introdução de uma participação ampliada...

[...]

A *Grundgesetz*, que se limitou em seu primeiro capítulo aos direitos fundamentais clássicos, não contém nenhuma fixação ou garantia imediata de uma determinada ordem econômica. Diferentemente da Constituição de Weimar (art. 151 *et seq.*), a *Grundgesetz* também não normatizou princípios constitucionais concretos para a configuração da ordem econômica. Ao contrário, ela deixa tal configuração ao legislador, que, considerando os limites a ele impostos pela mesma *Grundgesetz*, é livre para decidir [que modelo econômico irá adotar], sem que necessite de uma legitimação mais ampla do que a sua legitimação democrática geral. Uma vez que tal tarefa legislativa de configuração, bem como a garantia dos direitos fundamentais, diz respeito aos elementos constitutivos da Constituição democrática, ela não pode ser limitada em virtude de uma interpretação dos direitos fundamentais que vá além do que prescrevem os direitos fundamentais individualmente considerados.¹⁴

Ocorre, todavia, que, frequentemente, estamos frente a questões que, embora sejam de atribuição conformativa do legislador, esta simplesmente não ocorreu, colocando em risco o exercício do próprio direito constitucionalmente assegurado.

Em situações como tais, estamos diante de um quadro de inconstitucionalidade por omissão, em relação o qual o Tribunal Federal trabalhou com o desenvolvimento da técnica do “apelo ao legislador” (*Appellentscheidung*), a partir de decisão proferida em 1955.

Segundo Gilmar Mendes, o dever de legislar pode decorrer de uma “exigência constitucional” ou “norma-tarefa” (*Verfassungsauftrag*) ou de um “dever de proteção” (*Schutzpflicht*), em que se “obriga o Estado a atuar na defesa e proteção de certos valores”¹⁵.

Além disso, o Tribunal tem reconhecido o “dever geral de adequação” (*allgemeiner Nachbesserungsvorbehalt*), “que impõe ao legislador a obrigação de corrigir as consequências danosas ou perversas para os direitos fundamentais resultantes da aplicação da legislação existente”¹⁶.

14 BVerfGE 50, 290.

15 MENDES, Gilmar F. *Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade*. Op. cit., p. 413.

16 MENDES, Gilmar F. *Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade*. Op. cit., p. 413.

Na prática, a despeito da garantia constitucional de igualdade dos filhos havidos fora do casamento, na decisão BVerfGE 25, 167, entendeu o Tribunal que ainda não havia decorrido prazo razoável para que o Parlamento tivesse cumprido seu dever constitucional de legislar. Mas, diante da precisão da norma, entendeu o *Bundesverfassungsgericht* que os juízes e Tribunais poderiam aplicá-la diretamente. O Tribunal entendeu da mesma forma em BVerfGE 3, 225.

No BVerfGE 49, 89, tratou o Tribunal de determinar diretrizes sobre como deveria atuar o legislador, no intuito de rever a legislação acerca da utilização pacífica da energia atômica.

Tais decisões rompem com a medida de que cabe ao Tribunal Constitucional declarar ou não a inconstitucionalidade de determinada norma, e não realizar a conformação legislativa ou oferecer diretrizes de como deve ser realizada pelo Legislativo. Por evidente, essa sistemática traz os riscos de se vislumbrar uma ofensa à atribuição definida a este Poder, com redirecionamento para o Judiciário, além de sua competência de legislador negativo ou mesmo de intérprete da norma.

Mas mais emblemática é a decisão proferida em 19 de julho de 1966. Com base no princípio da “igualdade de chances” (*Chancengleichheit*), decorrente da necessária “neutralidade” do Estado, o Tribunal entendeu inconstitucional a disposição contida no § 18 da Lei dos Partidos no sentido de que os partidos políticos que obtivessem no mínimo 2,5% dos votos válidos receberiam certo reembolso das despesas eleitorais.

Entendeu o Tribunal que não poderiam ser desconsideradas as agremiações que tivessem obtido 0,5% dos votos, isto é, 167.000 votos, na época, muito embora entendesse não ser desejável a fixação de percentual mínimo¹⁷. Diante de tal “luz” concedida pela Corte, viu por bem o legislador em fixar na lei tal percentual de 0,5%.

Não que a igualdade de chances não decorra da ordem constitucional, precipuamente do princípio da neutralidade e do pluralismo que circundam o Estado alemão, assim como ocorre com o brasileiro. Mas a conformação oferecida pelo Tribunal, neste caso, é pura legislação, extrapolando por completo a posição jurídica para adentrar à seara política.

Esses são efeitos naturalmente indesejáveis da jurisdição constitucional, vez que desloca o centro de tomada de decisões políticas para o Judiciário. Tampouco é racional defender que a fixação de um percentual mínimo como tal é adequada e condizente com a *Grundgesetz*. A altitude que poderia ter o Tribunal alcançado é, como se sabe, afirmar se a existência de um percentual

17 BVerfGE 20, 56.

mínimo é constitucional com base na igualdade de chances ou, no máximo, afirmar que determinado percentual fixado é desproporcional, mas por conta de seus efeitos retaliarem a alegada *Chancengleichheit*. Neste último caso, entendemos, apenas se o percentual apresentado realmente pudesse ser classificado como tanto, isto é, completamente fora das condições razoáveis esperadas.

O MODELO CONSTITUCIONAL ALEMÃO DA *WEHRHAFTE DEMOKRATIE*

O direito alemão construiu, com base em sua experiência totalitária, após a redemocratização do Estado, um modelo constitucional de “democracia que se defende” (*Wehrhafte demokratie*).

De acordo com Leonardo Martins, a “tese implícita nesse modelo é de que a democracia pode ser destruída por processos em si democráticos, como a eleição de um partido totalitário”¹⁸. Trata-se de uma preocupação evidentemente de cunho histórico e com vistas a salvaguardar a democracia alemã, conquistada no pós-Guerra, da ingerência de modelos que se apresentam enquanto democráticos, mas com facetas obscuras e que visem, após a conquista, desvirtuar a própria finalidade e conceito do instituto.

Em seu trabalho, o supracitado professor potiguar apresenta quatro contrapontos processuais decorrentes do princípio da “democracia que se defende”, que merecem aqui destaque.

Em primeiro lugar, deve-se mencionar o *processo para a proibição de partido político*, com fundamento no art. 21 II 2 da *Grundgesetz*, com vistas a proibir o funcionamento de partidos que advoguem contra a democracia, embora tentem se valer do instituto para autopromoção.

O processo, todavia, é raro, eis que, até por conta do formato do Estado Democrático alemão, a agressão à democracia deve ser patente. Em 23 de outubro de 1952, foi proibido o funcionamento do Partido Socialista do Reich (*Sozialistische Reichspartei*) e em 17 de agosto de 1956 sofrera proibição o Partido Comunista da Alemanha (*Kommunistische Partei Deutschlands*). Em 2001, pretendeu-se o trancamento do Partido Nacionalista Alemão (*Nationale Partei Deutschlands*), que, no entanto, não obteve sucesso¹⁹.

Leonardo Martins ressalta que a “dificuldade consiste no modo de constatar a inconstitucionalidade de um partido”, o que torna o processo particularmente difícil. O efeito da declaração de proibição é a perda de personalidade e de capacidade jurídica *ex nunc*²⁰.

18 MARTINS, Leonardo. Op. cit., p. 49.

19 MARTINS, Leonardo. Op. cit., p. 49.

20 MARTINS, Leonardo. Op. cit., p. 49.

A propositura de tal processo deve ser feita por um dos legitimados: Câmara Federal, Conselho Federal (*Bundesrat*) e Governo Federal. Deverá ter voto favorável de pelo menos dois terços do Senado competente do Tribunal Constitucional.

Vê-se, pois, tal processo com particular reserva, ante o fato de a flexibilidade existente vir a desenhar politicamente os partidos, que não se apresentam pura e simplesmente por sua denominação ou mesmo por seu projeto. É assim, por exemplo, que a esquerda brasileira moldou-se às necessidades ideológicas e de mercado, assumindo uma postura extremamente próxima da direita antes criticada.

Mas não se deve olvidar que a história do país tedesco apresenta fundamentos razoáveis para se crer que um golpe na democracia pode advir dos próprios instrumentos servidos por esta, como dantes ocorrera. Quando se crê muito externada e extremada a projeção partidária, absolutamente em direção oposta aos direitos decorrentes do princípio democrático, é proporcional que a proibição seja efetuada, risco que não se deve correr para não corroer o Estado democrático edificado sobre tanto sangue.

Por ser medida extremamente excepcional, nota-se que o Tribunal Constitucional, assim como os legitimados ativos, souberam dela fazer uso razoável, razão pela qual apenas os dois mencionados partidos sofreram de trancamento na história pós-Guerra alemã.

Num segundo momento, Leonardo Martins ressalta a possibilidade de *destituição de direito fundamental* (*Grundrechtsverwirkung*), com fundamento no art. 18 da *Grundgesetz*, decorrente do abuso da utilização de tais direitos, “entre os quais principalmente os de comunicação social, de reunião, de associação profissional etc., para combater a ordem fundamental livre e democrática”²¹.

A legitimação ativa para o pedido é conferida à Câmara Federal, ao Conselho Federal, ao Governo Federal e a qualquer governo estadual, tendo como sujeito passivo os partidos políticos que forem acusados do abuso, sendo necessários os votos de dois terços do Senado competente do Tribunal Constitucional. A decisão possui efeitos *ex nunc*²².

Igualmente, dado seu caráter agressivo, trata-se de processo de difícil ocorrência.

Tal proposição parte da premissa de que a atribuição e a garantia de um direito não possibilitam seu abuso. E de que, nessa toada, não se pode garantir que qualquer direito seja absoluto.

21 MARTINS, Leonardo. Op. cit., p. 50.

22 MARTINS, Leonardo. Op. cit., p. 50.

Em 1912, consoante as lições civilistas, o caso *Clement Bayard*, julgado francês, reconheceu, de forma taxativa, a teoria do abuso de direito. Naquela ocasião, a Corte de Amiens entendeu que extrapolava o livre exercício do direito de propriedade a conduta de um proprietário de um terreno que instalara lanças pontiagudas para evitar que ali pousassem dirigíveis.

Entre nós, profícuas lições trouxeram ao Código Civil a confecção do art. 187, que previu o “abuso de direito” como configurador de ato ilícito: “Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes”.

Na Alemanha, tal questão já era prevista no § 226 do BGB: “O exercício de um direito é inadmissível quando ele só possa ter por escopo infringir um dano a outrem”. Na Grécia, o art. 281 do Código Grego: “O exercício de um direito é proibido se ultrapassa manifestamente os limites impostos pela boa-fé, pelos bons costumes ou pelo escopo social ou econômico do direito”. Também em Portugal, o Código Civil de 1966 trouxe previsão análoga em seu art. 334.

O exercício dos direitos de acordo com a sua finalidade tem muita proximidade com o escopo social da norma. Porque a norma, ao ser elevada ao plano constitucional, traz em si não apenas uma pretensão da sociedade, mas uma finalidade que, se visa a atingir com tal preceito, seria inadmissível defender que todo direito traz uma previsão ampla de utilização, independentemente dos meios que se valem e dos fins que se buscam.

O desvirtuamento da finalidade da norma constitucional com a utilização fora de seus liames da boa-fé constitui um “não-direito”, isto é, uma utilização da norma constitucional por meio da inversão do fim pretendido, o que, como assevera o nosso Código Civil, acaba constituindo um ato ilícito, vale dizer, um ato que não se afigura com o que possa ser considerado legal pela norma.

O ato talqualmente atacado pela *Grundgesetz* o é pelo fato de não se afinar com a finalidade da Constituição a pretensão de alguém valer-se do direito constitucional para relegar direitos constitucionais alheios.

Claro que tal limitação na seara dos direitos fundamentais é extrema, dado o grau de importância de tais direitos para além dos ordenamentos pátrios. Mas, novamente, a história alemã coloca os partidos políticos, por ora, em meio à lupa verificadora de sua compatibilidade com o fim do próprio Estado: o atingimento da democracia.

Em um terceiro contraponto, Martins ressalta o *processo de denúncia contra o Presidente Federal (Bundespräsident)*, por conta de uma violação dolosa da Constituição ou de lei federal, praticada durante o mandato. O processo se inicia com denúncia proposta pela Câmara Federal ou pelo Conselho Federal.

De acordo com o art. 61 da *Grundgesetz*, que fundamenta o pedido, a denúncia deve ser assinada por um quarto dos membros da Câmara ou do Conselho²³.

No trâmite do processo perante o Tribunal Constitucional, o Presidente poderá ser suspenso do exercício da presidência. A decisão irá aferir se houve ou não a ofensa à lei fundamental ou à lei federal e poderá declarar a perda do mandato²⁴.

Trata-se de um caso especial de averiguação da responsabilidade do governante por violação da Constituição, a ser julgado pela Corte Constitucional, após denúncia do Legislativo. Entre nós, configurará *crime de responsabilidade* do Presidente da República atentar contra a Constituição e cumprimento das leis, a ser julgado pelo Senado Federal, após aprovação de dois terços da Câmara dos Deputados, em que será suspenso de suas atribuições (arts. 85, *caput*, e VII; 86, *caput*, e § 1º, II; 52, I; 51, I; todos da Constituição Federal).

Nota-se, pois, que o *crime de responsabilidade* na Alemanha tem seu julgamento desviado para a Corte Constitucional, evidentemente mais competente para uma análise técnica da violação da Constituição. Ao Senado Federal, no nosso caso, acabaria competindo um julgamento mais político, menos preocupado com a real violação acima delineada.

No caso brasileiro, os crimes de responsabilidade são caracterizados por “infrações político-administrativas”²⁵. No *Grundgesetz*, a violação possui caráter semelhante, não se configurando crime, mas sim uma infração intencional ao determinado pela lei federal ou pela Constituição. A penalidade proferida tem cunho nitidamente político.

Impende destacar, todavia, que tal responsabilidade perpassa por outra questão mais complexa: a interpretação constitucional. Por essa razão é que se torna prudente o destaque de que a violação deverá ser *intencional*. Assim, apenas diante de uma situação de violação flagrante, em que o Presidente toma conhecimento de tal composição é que se poderia asseverar ter incorrido no art. 61 da *Grundgesetz*.

Novamente, deve-se salientar que a imposição ao Presidente dos ditames constitucionais possui preocupação sensível com a manutenção do Estado Democrático alemão.

Por fim, e em quarto lugar, Leonardo Martins destaca a *denúncia contra juiz de direito*, com denúncia oferecida pela Câmara Federal e fundamento no art. 98 da *Grundgesetz*, por violação da lei fundamental e da ordem constitu-

23 MARTINS, Leonardo. Op. cit., p. 50.

24 MARTINS, Leonardo. Op. cit., p. 50-51.

25 MENDES, G. F.; COELHO, I. M.; BRANCO, P. G. G. *Curso de direito constitucional*, p. 927.

cional de um Estado-membro. O julgamento pelo Tribunal Constitucional, ao condenar o juiz, poderá impor as penas de exoneração quando a infração for dolosa ou a transferência ou aposentadoria compulsórias na ausência de dolo específico²⁶.

O paradoxo é que tal previsão vem disposta logo após o art. 97 prever a independência dos juízes, com subordinação apenas à lei.

Tal responsabilidade constitui perigosa previsão, que, em excesso, pode tornar o Judiciário subserviente às forças políticas, sempre que um de seus membros impor uma derrota interpretativa a um agente político. Para tornar a situação ainda mais crítica, o supracitado artigo trouxe previsão de penas graves, ainda que ausente dolo específico.

Ora, ninguém poderia, assim como em relação aos demais poderes, defender um Judiciário irresponsável. Tão menos que o Judiciário não erra ou que alguns de seus membros podem, porventura, atuar com dolo para desvirtuar a finalidade do Direito.

O problema é que estamos diante justamente daquele Poder que tem entre suas atribuições interpretar as leis e a Constituição, o que pode, racionalmente, conduzir a resultados diversificados, ainda que minoritários ou totalmente opostos à criação legal ou jurisprudencial, expondo os juízes a acusações infundadas acerca da violação da Constituição.

O que talvez equilibre o instrumento é o fato de que serão tais juízes julgados pelo Tribunal Constitucional Federal, sendo necessário o voto de dois terços dos membros para que haja condenação. O julgamento interno ao Judiciário mantém sob a égide deste a avaliação acerca da responsabilidade de seus membros, bem como a prudência que deve permear toda avaliação acerca de questões interpretativas, o que somente pode ser compreendido por outros juízes.

Entre nós, cumpre ressaltar que, de acordo com o art. 96, III, da Constituição, caberá aos Tribunais de Justiça a qual se encontram diretamente vinculados os juízes o julgamento acerca do cometimento de crimes de responsabilidade.

Ainda, o art. 103-B concede ao Conselho Nacional de Justiça outras atribuições acerca da averiguação da responsabilidade dos juízes. Mas é importante ressaltar que o Conselho se configura órgão interno ao Judiciário, com jurisdição submetida ao Supremo Tribunal Federal.

26 MARTINS, Leonardo. Op. cit., p. 51.

Sem dúvida, a configuração de um dispositivo semelhante ao mencionado na Alemanha decorre do fato histórico que liga o papel do Judiciário no Estado Nazista à manutenção do totalitarismo.

É o que ressalta o economista Luiz Gonzaga Belluzzo:

O Judiciário era rápido e eficiente na União Soviética de Stalin ou na Alemanha de Hitler. Os processos terminavam sempre de forma previsível e o contraditório não passava de uma encenação. Tudo estava justificado pelas razões superiores do Reich de Mil Anos ou pelos imperativos da construção do socialismo.²⁷

Não que fosse essa uma vontade livre e independente do próprio Judiciário. Mas restou ao Poder, para manter-se incólume, ser subserviente ao regime, sob pena de sofrer extinção. Nesse momento, os preceitos dos juízes passaram a ser metamorfosear a legislação e a Constituição para o atingimento da finalidade de manutenção do regime nazista.

Por essa razão, quis a Lei Fundamental de Bonn salvaguardar-se dos juízes antidemocráticos, que se valessem de uma interpretação claramente contrária aos preceitos constitucionais, para buscar outras finalidades que não aquelas do Estado Democrático alemão.

O modelo da *Wehrhafte demokratie* apresenta, consoante as disposições acima constantes da *Grundgesetz*, uma preocupação com a busca dos fins do Estado Democrático de Direito. Uma vez enaltecida a proposta democrática, cumprirá ao Estado proteger-se de sua distorção ou inutilização, o que significa também se valer contra propostas de *atalhamento constitucional*, em que são utilizados preceitos permitidos pela própria Constituição para ultrapassar a finalidade perquirida.

O PAPEL EXERCIDO PELO TRIBUNAL SUPERIOR ELEITORAL E PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

A conexão à moda das Constituições contemporâneas entre o Estado de Direito e a democracia permitiu a edificação do alcunhado Estado Democrático de Direito em que, para sua manutenção, tornou-se imprescindível a defesa, por alguém legitimado para tanto, de seus preceitos.

Assim sendo, a fiscalização, mesmo quando de caráter objetivista, em último termo visa à salvaguarda dos valores de igualdade e liberdade. Toma-os como pontos de referência básicos quando dirigida ao conteúdo dos atos, à inconstitucionalidade material. E tão pouco deixa de se lhes reportar, quando voltada para a inconstitucionalidade orgânica e formal, na medida em que não se concebe maioria sem observância dos procedimentos constitucionalmente estabelecidos.

27 BELLUZZO, Luiz Gonzaga. Estado de exceção. *Carta Capital*, 22 set. 2012. Disponível em: <<http://www.cartacapital.com.br/politica/estado-de-excecao/>>. Acesso em: 21 jan. 2013.

Ela só é contramajoritária ao inviabilizar ou infringir esta ou aquela pretensão da maioria, não considerada no contexto global do sistema.²⁸

Jorge Miranda destaca, com igual relevância, a anotação de John Rawls acerca da Suprema Corte dos Estados Unidos: tem ela como propósito o “paradigma da razão pública”. E, ao aplicá-la, as Cortes Constitucionais evitam a corrosão da ordem constitucional por legislações passageiras²⁹.

O professor português ainda destaca que, na defesa da razão pública, o Supremo não possui papel apenas defensivo, mas também o de realizar tal razão e assegurar seu efeito contínuo³⁰.

Cá, coube ao Supremo Tribunal Federal o papel de guardião da Constituição desde a previsão na Constituição de 1934 da figura da *representação interventiva*, embora a arguição de inconstitucionalidade direta viesse a ser tratada apenas pela Constituição de 1946, com a Emenda nº 16, de 1965³¹.

A Constituição de 1988 teve o mister de expandir substancialmente o rol de legitimados, antes restrito ao Procurador-Geral da República, conferindo maior tonalidade democrática ao controle de constitucionalidade, bem como passou a prever mais instrumentos para tal exercício, como a ação declaratória de constitucionalidade, criada pela Emenda nº 3, de 1993, e a arguição de descumprimento de preceito fundamental, para ocupar um espaço até então imune ao controle³².

Ademais, tal ampliação acabou conferindo um significado especial ao controle de constitucionalidade, convertendo-o em maior parte ao modelo abstrato, ao permitir que as controvérsias mais relevantes fossem levadas a julgamento perante o Supremo Tribunal Federal com efeitos *erga omnes*³³.

Mas no modelo de controle de constitucionalidade típico do *judicial review*, também adotado no Brasil, o Supremo Tribunal Federal não é o único responsável jurisdicional pela guarda da Constituição.

E caberá aos Tribunais, pelo voto da maioria absoluta de seus membros, ou dos membros do órgão especial, declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, consoante o disposto no art. 97 da Constituição – *cláusula de reserva de plenário*.

28 MIRANDA, Jorge. *Teoria do Estado e da Constituição*, p. 510.

29 MIRANDA, Jorge. Op. cit., p. 510-511.

30 MIRANDA, Jorge. Op. cit., p. 511.

31 MENDES, Gilmar Ferreira. *Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade*. Op. cit., p. 197-206.

32 MENDES, Gilmar Ferreira. *Controle abstrato de constitucionalidade: ADI, ADC e ADO: comentários à Lei nº 9.868/1999*. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 62.

33 MENDES, Gilmar Ferreira. *Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade*. Op. cit., p. 208.

Muitas vezes é possível averiguar certa “provocação” judiciária, em que outro Tribunal Superior acaba se manifestando sobre a constitucionalidade de determinado ato normativo como que se antecipando à decisão a ser proferida pelo Supremo³⁴, ou, ao menos, incitando a Corte Maior ao debate e a considerar as motivações utilizadas pelo Tribunal Menor.

No tocante à *verticalização das coligações partidárias*, o Tribunal Superior Eleitoral proferira a palavra inicial, consoante a Consulta nº 715, que, ao ser respondida de forma negativa, culminou na edição das Resoluções nºs 20.993/2002 e 21.002/2002 e na Instrução Normativa nº 55, todas do TSE.

Naquela ocasião, os consulentes questionaram se os

partidos políticos que ajustarem coligação para eleição de Presidente da República não poderão formar coligações para eleição de governador de estado ou do Distrito Federal, senador, deputado federal e deputado estadual ou distrital com outros partidos que tenham, isoladamente ou em aliança diversa, lançado candidato à eleição presidencial.

Para o Tribunal Superior Eleitoral, aplicar-se ia ao caso uma “teoria dos conjuntos”, em que o nível federal englobaria o estadual, pois o contrário criaria “situações de bicefalia, ou, se preferirem, de esquizofrenia partidária, no nível estadual”, levando a “indesejáveis dissidências regionais em relação aos partidos, os quais, na forma da Constituição Federal, têm caráter nacional”. Ainda, na continuação do seu voto, a Ministra Ellen Gracie destacou que a verticalização presta favor à “consistência ideológica das agremiações e das alianças”, aperfeiçoando o sistema político-partidário³⁵.

A base para tal construção seria, de acordo com o Tribunal, a previsão constante do art. 17, I, da Constituição, no sentido de que os partidos políticos possuem “caráter nacional”, e, assim, “nacionais” devem ser as suas coligações.

A ousada construção não durou. Por razões políticas, fora promulgada a PEC 548/2002, transformando-se em Emenda Constitucional nº 52/2006, que passou a prever a inexistência de “obrigatoriedade de vinculação entre as candidaturas em âmbito nacional, estadual, distrital e municipal”, nos termos do art. 17, § 1º, da CF.

Antes, porém, a matéria fora levada ao Supremo Tribunal Federal, embora não tenha restado conhecida, “por conta do entendimento de que a Resolução atacada em verdade regulamentava o art. 6º da Lei nº 9504/1997”³⁶.

34 No Brasil, cumpre ressaltar um aspecto muitas vezes decisivo do Tribunal Superior Eleitoral: em sua composição de, no mínimo, sete membros, três são integrantes do Supremo Tribunal Federal.

35 Consulta nº 715 – voto da Ministra Ellen Gracie.

36 BORGES DE OLIVEIRA, Emerson Ademir. Ativismo judicial e o papel das Cortes Constitucionais nas correções de rota da crise da democracia representativa. *Revista de Direito Público*, Porto Alegre, n. 40, 2011. p. 33.

A Emenda nº 52 fora atacada pela Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3.685, em que se reconheceu violação ao art. 16 da CF, ante a tentativa de aplicar o preceito da inexistência de verticalização para as eleições que vinham a seguir, sem que tivesse decorrido o prazo de um ano para que as alterações surtisserem efeito.

Mas, na ADIn 3.686, ajuizada pela Associação Nacional dos Membros do Ministério Público, extinta por ausência de pertinência temática, pretendeu-se uma discussão atinente à possibilidade da modificação realizada pela supracitada emenda.

Parecer do Professor Thales Tácito Pontes Luz de Pádua Cerqueira trouxe algumas considerações a respeito, no conteúdo da referida ação direta:

Via de consequência, o papel do Ministério Público Eleitoral, fiscal da lei e da democracia, é também vedação material implícita à possibilidade de emendas constitucionais, data máxima vênua, pois alterar disposições por emenda que subtraia do titular da democracia qualquer forma de fiscalização ou atuação é, via oblíqua, quebrar o manto da democracia para instalar, pelo Poder Econômico ou Político, sem qualquer tecnicismo jurídico, a demagogia (forma corrompida da democracia, segundo Aristóteles), com o rótulo de “democracia”.

Além disso, num sentido ideológico, concluiu-se:

Assim, para a sociedade, é importante que as alianças políticas não sejam somente jogo de cena. O eleitor quer saber o que realmente está em jogo e não entende alguns cenários, em que um partido rival se alia ao outro, com ideologias completamente distintas, apenas pensando em aumentar o tempo de propaganda eleitoral na televisão. Desta forma, em que pese muitos eleitores sequer acompanharem ou entenderem a decisão do TSE, a vinculação das coligações é de fundamental importância para acabar com a fragilidade partidária brasileira e para deixar transparente ao eleitor a ideologia de cada partido.

Para tal corrente, a verticalização estaria afinada com a proposta ideológica partidária, resgatando os posicionamentos estatutários e ideais partidários. Além disso, haveria, nesse entender, violação ao preceito fundamental de que os partidos devem ter caráter nacional.

Na Consulta nº 715 do TSE, por exemplo, o Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira, ao trazer suas impressões, tratou de ressaltar que “a ideia da ‘verticalização das coligações’ (ou expressão equivalente) melhor atende e aprimora o sistema eleitoral, o fortalecimento dos partidos e, em consequência, a própria democracia”.

Nota-se, pois, neste julgado, que o Tribunal Superior Eleitoral preferiu um enfrentamento substancial da demanda, que acabou rechaçado pelo Supremo Tribunal quando fora confrontado pelo Legislativo com a edição da Emenda

nº 52. Aqui, o “aviso” do TSE não serviu para que o STF se aprofundasse na questão.

Ainda sim, o Ministro Celso de Mello acabou adentrando à questão dantes provocada e destacado que “a competência reformadora outorgada ao Poder Legislativo da União não defere à instituição parlamentar o inaceitável poder de violar o ‘sistema essencial de valores da Constituição, tal como foi explicitado pelo poder constituinte originário’”³⁷.

Já entendi em outra ocasião que tais premissas seriam corretas, não sendo possível afastar a proposta do caráter nacional das amarras ideológicas decorrentes do pluralismo:

Na mesma linha, indissociável a composição ideológica de um determinado partido, razão pela qual este assume caráter nacional – às vezes até internacional, como a ideologia que rege o Partido Verde. Não há como apresentar uma proposta para o campo federal e outra para o campo estadual, sob pena de desarranjo interno, o que retira a unidade partidária.³⁸

Atualmente, no entanto, após as construções desenvolvidas em outro trabalho³⁹, principalmente aquela atinente à justificação racional direta da decisão, é de se lamentar que o Supremo tenha fugido à provocação do TSE, mas pelo propósito de ver declarada inconstitucional a pretensão da verticalização.

Nem por um esforço hermenêutico muito grande é possível afirmar que o texto constitucional esclarece que o caráter nacional dos partidos conduz à necessidade de verticalização das coligações partidárias.

Muito pelo contrário, eis uma interpretação construtivista, para afirmar caber no texto aquilo que lá não está escrito nem de maneira subliminar. Quem quiser pode ler qualquer coisa. Do “caráter nacional” pode-se extrair até mesmo a proibição de Diretórios Estaduais ou Municipais tomarem quaisquer decisões, pois, afinal, o partido somente poderia ser reconhecido por sua posição nacional, o que soaria, além de centralizador, absurdo. Uma conclusão como essa não pode ser retirada pura e simplesmente da interpretação da Constituição.

O caráter nacional quer indicar, isso sim, que os Partidos devem ter um mesmo objetivo em todo território nacional e devem ser organizados e registrados junto ao Tribunal Superior Eleitoral.

37 ADIn 3.685, Relª Min. Ellen Gracie, voto do Ministro Celso de Mello.

38 BORGES DE OLIVEIRA, Emerson Ademir. Ativismo judicial e o papel das Cortes Constitucionais nas correções de rota da democracia representativa. Op. cit., p. 36.

39 BORGES DE OLIVEIRA, Emerson Ademir. *O impacto do controle de constitucionalidade na evolução da democracia*. 164 f. Dissertação (Mestrado em Direito do Estado) – Faculdade de Direito, USP, São Paulo, 2013.

Ao depois, tal entendimento confrontaria com a liberdade de organização de que dispõem os partidos políticos, o que inclui a escolha, consoante os cargos disputados, de partidos que perfaçam as suas coligações. Denota-se incompatibilidade dos preceitos, mas um está claramente explícito na Constituição – *liberdade de organização partidária* –, enquanto o outro é fruto de uma construção bastante fértil a partir da simplista redação sobre o *caráter nacional* dos partidos.

Em momento algum é possível justificar racionalmente a *verticalização* pura e simplesmente pela concepção de caráter nacional dos partidos. Assim, como muitas vezes é dificultoso ao intérprete ler o que está escrito no texto constitucional, também é imprescindível não ler aquilo que não está escrito.

Com a temática da *fidelidade partidária* é diferente.

O art. 17, § 1º, da CF passou a prever que os estatutos dos partidos políticos devem conter “normas de disciplina e fidelidade partidária”, esmiuçadas nos arts. 23 a 26 da Lei nº 9.096/1995.

Duverger lembra que “o mandato partidário tende a sobrelevar o mandato eleitoral”⁴⁰, deixando claro que os mandatos pertencem aos partidos, não aos candidatos⁴¹.

Aqui, igualmente, o STF viu-se impelido a alterar seu posicionamento inscrito no MS 20.927, a partir da provocação do TSE nas Consultas nºs 1.398 e 1.423. E o fez no julgamento dos Mandados de Segurança nºs 26.602, 26.603 e 26.604, corroborando a conclusão antes apresentada pelo Tribunal Superior Eleitoral.

Naquela ocasião, o TSE respondeu afirmativamente ao seguinte questionamento realizado pelo então Partido da Frente Liberal: “Os partidos e coligações têm o direito de preservar a vaga obtida pelo sistema eleitoral proporcional, quando houver pedido de cancelamento de filiação ou de transferência do candidato eleito por um partido para outra legenda?”

Ainda, na Consulta nº 1.398, o Ministro Relator Asfor Rocha trouxe algumas considerações pertinentes quanto à propriedade do mandato:

Não se há de permitir que seja o mandato eletivo compreendido como algo integrante do patrimônio privado de um indivíduo, de que possa ele dispor a qual-

40 DUVERGER, Maurice. *Os partidos políticos*. Rio de Janeiro: Zahar, 1970. p. 388.

41 “Em modelos, como o brasileiro, nos quais os partidos políticos detêm o monopólio das candidaturas, não há como perquirir uma vaga de representante popular afastado dos programas partidários. De forma a delinear de forma mais clara a representação, a exigência de filiação partidária permite uma identificação entre o candidato e os eleitores que se identificam não com ele, mas com a proposta partidária.” (BORGES DE OLIVEIRA, Emerson Ademir. *Ativismo judicial e o papel das Cortes Constitucionais nas correções de rota da democracia representativa*. Op. cit., p. 36)

quer título, seja oneroso ou seja gratuito, porque isso é a contrafação essencial da natureza do mandato, cuja justificativa é a função representativa do servir, ao invés de servir-se.

A ideia terá ainda substancial fundamento se imaginarmos que os partidos são verdadeiros “entes intermediários entre o povo e o Estado, integrados no processo governamental”⁴².

Ainda mais considerando que no Brasil não vige o instituto do *recall*, segundo o qual os representados poderiam revogar o mandato do representante. O mandato representativo livre, obviamente, traz a implicação de afinamento com algum programa partidário, o que deveria conduzir o representante à eleição. No direito comparado, a Constituição da República Portuguesa assevera que o parlamentar que trocar de legenda perderá o mandato (art. 160, c). Entre os espanhóis, reina ojeriza ao *transfuguismo*.

Nesse sistema, a mudança de legendas acaba representando “violação à vontade do eleitor e um falseamento do modelo de representação popular pela via da democracia de partidos”⁴³. Fidelidade é garantia da vontade do eleito-rado.

Diante de tais argumentos, o Supremo confirmou a tese da Justiça Eleitoral. O Ministro Gilmar Mendes ressaltou, no julgamento do MS 26.602, que o “processo de formação política transcende o momento eleitoral e se projeta para além desse período”. A democracia representativa não se consuma com a eleição do representante, mas se mantém intacta ao longo de todo mandato.

Diante de tal chancela de constitucionalidade, a questão voltou ao Tribunal Superior Eleitoral, a fim de ser regulamentada, o que restou realizado com a edição da Resolução nº 22.610, com redação posteriormente dada pela Resolução nº 22.733, que foram atacadas pelas Ações Diretas de Constitucionalidade nºs 3.999 e 4.086, em que o Supremo novamente circulou a constitucionalidade da questão.

Consoante a lição de Gilberto Amado, é certo que “o voto proporcional é dado às ideias, ao partido, ao grupo”⁴⁴. Isso não significa, obviamente, que o exercente do mandato deva perder sua autonomia de opinião e voto⁴⁵, aliás, assegurados inclusive contra a lei penal, mas é evidente que o desalinhamento com a postura ideológica do partido torna o seu exercício desconexo com a vontade dos representados que o elegeram.

42 CAGGIANO, Monica Herman Salem. *Sistemas eleitorais x representação política*. Brasília: Senado Federal, 1990. p. 65.

43 MENDES, G. F.; COELHO, I. M.; BRANCO, P. G. G. *Curso de direito constitucional*. Op. cit., p. 777.

44 AMADO, Gilberto. *Eleição e representação*. Brasília: Senado Federal, 1999. p. 53.

45 CLÉVE, Clemerson Marlin. *Fidelidade partidária*. Curitiba: Juruá, 1999. p. 26.

As belas e profícuas lições, bem como seu substancial e pertinente fundamento, acabam, a nosso ver, representando uma questão secundária na discussão. É claro que são totalmente válidas, mas nada subsidiariam se o próprio art. 17, § 1º, da CF não previsse expressamente a necessidade de que os partidos disponham sobre e obedeçam as normas de *fidelidade partidária*, de forma que a interpretação passa a ter como relevo apenas a necessidade ou não do próprio TSE regulamentar o tema.

Mas é que, por evidente, embora os estatutos possam ter em seu conteúdo a normatização da fidelidade partidária, pouco adiantaria se não houvesse uma regulamentação a atingir todos de forma equânime e indistinta. Até para que haja base normativa para a impetração de instrumentos com vistas a efetivar o direito sempre que desrespeitado.

Aqui a regulamentação pelo TSE decorre de forma lógica do preceito contido no referido artigo, sendo racional crer que, se se exige que os mandatários sejam fiéis às propostas que os elegerão, é no mínimo esperado que tal direito conferido aos partidos tenha meios de ser efetivado.

Antes da edição da Lei de Ficha Limpa (Lei Complementar nº 135/2010), Tribunal Superior Eleitoral e Supremo Tribunal Federal trocaram figuras também na temática da *inelegibilidade por vida pregressa*.

Para alguns Tribunais⁴⁶, até então, o art. 14, § 9º, da CF⁴⁷ seria autoaplicável, estabelecendo inelegibilidades para perfis incompatíveis com mandatos eletivos.

O Tribunal Superior Eleitoral entendeu, todavia, que a simples pendência de inquérito criminal ou processo-crime não legitimaria a inelegibilidade, consoante Acórdãos nºs 1.069 e 1.133. Na ADPF 144, de autoria da Associação dos Magistrados Brasileiros, o Supremo Tribunal Federal declarou que o dispositivo em questão não seria autoaplicável.

Mas a celeuma voltou a se instalar com a edição da Lei Complementar nº 135/2010, que modificou o art. 1º da LC 64/1990, criando hipóteses de inelegibilidade baseadas na vida pregressa do candidato.

Passou-se a articular acerca da aplicação nas novas disposições já para as eleições de 2010, dada a publicação da lei no Diário Oficial da União no dia 7 de junho de 2010. A posição foi chancelada pelo Tribunal Superior Eleitoral na Consulta nº 1.120, de relatoria do Ministro Hamilton Carvalhido, inclusive para englobar condenações anteriores à lei.

46 Um desses Tribunais foi o Regional Eleitoral do Rio de Janeiro, consoante Acórdãos nºs 31.258 e 31.241.

47 “Art. 14. [...] § 9º Lei complementar estabelecerá outros casos de inelegibilidade e os prazos de sua cessação, a fim de proteger a probidade administrativa, a moralidade para 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.”

Os irresignados pretenderam junto ao Supremo, num primeiro momento, o respeito ao art. 16 da CF (anualidade eleitoral). Em 24 de setembro de 2010, no Recurso Extraordinário nº 630.147, após empate de 5 a 5, o STF decidiu suspender o julgamento, em face do impasse. Posteriormente, em 27 de outubro, no RE 631.102, após novo empate, o STF concluiu pela aplicação do art. 205 do Regimento Interno da Corte, mantendo-se, assim, a decisão proferida pelo TSE.

Com a nomeação do Ministro Luiz Fux, o STF finalmente tomou uma posição sobre a questão, no RE 633.703. Fux, seguindo votos dos Ministros Peluso e Gilmar Mendes, concluiu pela inaplicabilidade da nova lei para as eleições de 2010, por conta do art. 16 da Constituição. Ressaltou o ministro: “O intuito da moralidade é de todo louvável, mas a norma fere o art. 16 da Constituição Federal”.

A questão voltou à baila agora para discutir sobre a possibilidade de criação de tal causa de inelegibilidade por vida pregressa em face da presunção de inocência, no já mencionado Recurso Extraordinário nº 630.147 (recorrente Joaquim Roriz).

Em uma construção de proporcionalidade, diante do conflito de princípios em questão⁴⁸, o Supremo concluiu pela possibilidade da inelegibilidade por vida pregressa, em homenagem à moralidade administrativa.

O voto do Ministro Ricardo Lewandowski, no referido recurso, é elucidativo:

Com efeito, em uma necessária ponderação de valores, penso que a presunção de não culpabilidade, em se tratando de eleições, cede espaço – sem ser, evidentemente, desprezada – aos valores constitucionais estabelecidos no art. 14, § 9º, da Constituição.

Nada impede, a meu ver, que o legislador complementar defina outras hipóteses de inelegibilidade, *como a renúncia ou a condenação por órgão colegiado*, sem trânsito em julgado, em homenagem aos princípios da probidade administrativa e da moralidade para o exercício do mandato. Em outras palavras, em se cuidando de postulantes a cargos eletivos, o interesse público sobrepõe-se aos interesses exclusivamente privados.

48 Pertinente a metodologia do Tribunal Constitucional alemão, segundo ensina Gilmar Mendes: “Ressalte-se, porém, que o Tribunal não se limita a proceder a uma simplificada ponderação entre princípios conflitantes, atribuindo precedência ao de maior hierarquia ou significado. Até porque, como observado, dificilmente se logra estabelecer uma hierarquia precisa entre direitos individuais e outros valores constitucionalmente contemplados. Ao revés, no juízo de ponderação indispensável entre os valores em conflito, contempla a Corte as circunstâncias peculiares de cada caso. Daí afirmar-se, correntemente, que a solução desses conflitos há de se fazer mediante a utilização do recurso à *concordância prática* (*praktische Konkordanz*), de modo que cada um dos valores jurídicos em conflito ganhe realidade” (MENDES, Gilmar Ferreira. *Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade*, p. 82-83).

Nesse caso em particular, o Judiciário, que vinha inovando num primeiro momento, recebeu o aporte legal, com a edição da Lei Complementar nº 135, subsidiando suas decisões, a partir não mais da criação legal, mas da interpretação.

De qualquer forma, mostraram-se corretas tanto a decisão acerca da inaplicabilidade para as eleições de 2010, com fulcro no art. 16 da Constituição, já que flagrante a violação ao princípio da anualidade eleitoral; bem como a decisão que, por concordância prática, colocou na balança os valores envolvidos e entendeu que, primeiramente, o dispositivo efetiva mandamento constitucional, constante no art. 14, § 9º, da CF, e, em segundo lugar, é razoável se valer da moralidade administrativa para minimizar os efeitos da presunção de inocência, em face dos aspectos públicos relevantes envolvidos.

Noutro caso, em que a temática envolvia a *captação de sufrágio*, o Supremo referendou a posição defendida pelo Tribunal Superior Eleitoral⁴⁹.

A celeuma envolve a edição do art. 41-A da Lei nº 9.504/1997, a vedar a captação de sufrágio, entendida como a atividade do candidato consistente em “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”.

A captação de sufrágio ataca uma das questões mais substanciais do voto: seu exercício *livre* – preceito decorrente do voto *secreto*, consoante art. 60, § 4º, da CF –, aspecto tão essencial que pétreo. É a lição de José Afonso da Silva:

O sufrágio é um *direito público subjetivo democrático*, que cabe ao povo nos limites técnicos do princípio da universalidade e da igualdade de voto e de elegibilidade. É direito que se fundamenta, como já referimos, no princípio da soberania popular e no seu exercício por meio de representantes.⁵⁰

Sobre o tema, já dissemos:

O problema da captação de sufrágio é justamente o fato de atacar a liberdade do seu exercício, culminando por viciar a vontade popular, o que, em reflexo, atinge a própria representatividade. Isto é, o eleitor assume como representante não o candidato que melhor se afina com seus ideais e apresenta as melhores propostas, mas sim aquele que apresenta maiores vantagens de cunho nítida e exclusivamente pessoal.⁵¹

No julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3.592, ajuizada pelo Partido Socialista Brasileiro, com vistas a derrubar a previsão constante

49 Vide: REspE 25.241; RO 882; REspE 25.295; REspE 25.215.

50 SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 30. ed. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 355.

51 BORGES DE OLIVEIRA, Emerson Ademir. Ativismo judicial e o papel das Cortes Constitucionais nas correções de rota da democracia representativa. Op. cit., p. 46.

do art. 41-A da Lei nº 9.504/1997, sob argumento de ter tratado de matéria reservada à lei complementar, o Supremo chancelou posição antes já tomada pelo TSE de que as sanções de registro ou cassação do diploma na Lei das Eleições não constituem novas hipóteses de inelegibilidade, mas visam a “reforçar a proteção à vontade do eleitor, combatendo, com a celeridade necessária, as condutas ofensivas ao direito fundamental ao voto”⁵².

Assim, o eleitor economicamente frágil teria a seu lado garantias para que não seja instrumento de fácil captura pelos elegíveis a viciar sua vontade e desvirtuar o interesse da “pólis”⁵³.

Nota-se, ao longo desse tópico, quão constante o Tribunal Superior Eleitoral tem debatido as questões políticas de relevo com o Supremo Tribunal Federal, seja por conta da composição daquele, seja mesmo pelos fundamentos ou até pelo fato de que as questões constitucionais tratadas naquele admitem recurso extraordinário a serem julgados por este.

De qualquer forma, no tocante ao desenho do controle de constitucionalidade em questões políticas brasileiras, ambos os Tribunais têm apresentado sua contribuição para a fundamentação que guia a decisão final.

A INTERPRETAÇÃO RAZOÁVEL QUE NÃO VIOLE O SENTIDO DO TEXTO

Um dos preceitos que guiam a interpretação jurisdicional do Direito e a criação decorrente de tal processo é a base racional da construção jurídica, de modo que o produto não divirja daquilo que razoavelmente possa ser deduzido do texto.

Não que os sentidos do texto sejam tão inequívocos, pois, sendo assim, questionaríamos o próprio processo de interpretação. E nem é preciso discorrer sobre a falácia da máxima *in claris cessat interpretatio*.

Mas é evidente que não pode o intérprete produzir a construção que inverta completamente a lógica do texto, de modo a permitir aquilo que o legislador proibiu. Assim, por exemplo, diante da proibição constante no art. 5º, XLVII, *b*, de nosso texto constitucional, não poderia a interpretação concluir pela possibilidade de pena de caráter perpétuo, eis que o produto se contrapõe frontalmente à previsão normativa.

De outro modo, no entanto, em face do art. 5º, LV, da CF, pode-se conferir interpretação para entender que o termo “os recursos a ela inerentes” possui lógica e aplicação quando existente a previsão legislativa de tais recursos, o que

52 MENDES, G. F.; COELHO, I. M.; BRANCO, P. G. G. *Curso de direito constitucional*. Op. cit., p. 736.

53 ADIn 3.592. Voto do Ministro Carlos Ayres Britto.

coaduna com a doutrina que defende a inexistência de uma garantia geral de duplo grau de jurisdição⁵⁴.

Talvez a maior problemática acerca da justificação das decisões, que, por vezes, ultrapassa a lógica do razoável, seja o fato de o julgador primeiro pretender o resultado e, em segundo, construir a linha para chegar ao resultado pretendido. Essa é uma vertente exclusivamente política da questão, em que o julgador se vale de uma discricionariedade que não possui para se imiscuir em questões que não são puramente de sua alçada.

Não se pode olvidar, evidentemente, que o problema de interpretação jurisdicional é sempre a atribuição concretista do teor abstrato da norma passada. Conforme ressalta Radbruch, “a interpretação jurídica não é pura e simplesmente um *pensar de novo* aquilo que já foi pensado, mas, pelo contrário, um *saber pensar até ao fim* aquilo que já começou a ser pensado por um outro”⁵⁵. O que não significa, no entanto, que cabe ao intérprete o papel de legislar as novas realidades e expectativas, mas sim construir evolutivamente a expectativa ancorada no passado, apesar da posição que coloca a jurisdição constitucional no centro das decisões políticas⁵⁶.

54 Nesse sentido: MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Curso de processo civil*. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 2, 2007. p. 493-497.

55 RADBRUCH, Gustav. *Filosofia do direito*. Coimbra: Arménio Amado Ed., v. 1, 1961. p. 274. Ainda a lição kelseniana: “O insustentável dualismo entre Estado e direito que força a teoria da integração a considerar todas as funções fundamentais como, simultaneamente, pertencendo e não pertencendo ao Estado, acaba por se encontrar em uma situação bem difícil em face da função legislativa. Pois, sobretudo através desta função, o Estado manifesta-se como autoridade e justamente nela deve-se reconhecer um nível particularmente expressivo e significativo do processo de produção do direito, independentemente de este processo seguir sobre os trilhos da jurisdição ou da administração” (KELSEN, Hans. *O Estado como integração*. São Paulo: Martins Fontes, 2003. p. 93-94).

56 “No âmbito da jurisdição constitucional, por exemplo, o exercício dessa criatividade, em rigor, não conhece limites, não só porque as Cortes constitucionais estão situadas fora e acima da tradicional tripartição dos poderes estatais, mas também porque a sua atividade interpretativa se desenvolve, essencialmente, em torno de enunciados abertos, indeterminados e plurissignificativos – as fórmulas *lapidares* que integram a parte *dogmática* das constituições. Nesse contexto de *ativismo judicial*, alguns juristas mais enfáticos chegam a anunciar, entre nós, um sensível deslocamento do centro das decisões politicamente relevantes do Legislativo e do Executivo – por eles reputados inertes –, em direção ao Poder Judiciário, porque acreditam que a *nova magistratura* estaria disposta a resgatar as promessas de emancipação social inseridas na Constituição de 1988. No plano externo, por força da normatividade da Constituição e da sua presença em todo tipo de conflito, e não apenas nos de natureza política, que se travavam entre os órgãos supremos do Estado, Prieto Sanchís afirma que o novo constitucionalismo desemboca na onipotência judicial, juízo do qual participa Andrés Ibáñez, ao dizer que já ocorreu, e continua a ocorrer, uma *transferência do poder político do legislador para o juiz*. Intérpretes finais da Constituição e juízes últimos de sua própria autoridade, as modernas Cortes constitucionais – de resto com ampla aceitação nas sociedades democráticas –, acabaram se transformando em *quarto poder, gabinete na sombra, variante do Poder Legislativo, legislador complementar, parlamento de notáveis, legislador positivo, juiz soberano, contracapitão, instância suprema de revisão* ou, ainda, em verdadeira *constituente de plantão*, confirmando, assim, as célebres palavras de Charles Hughes – então Governador do Estado de Nova York e, depois, membro da Suprema Corte dos Estados Unidos – quando afirmou que os americanos viviam sob uma Constituição, mas que essa Carta Política era aquilo que os juízes diziam que ela o era.” (MENDES, G. F.; COELHO, I. M.; BRANCO, P. G. G. *Curso de direito constitucional*. Op. cit., p. 58-59)

Mas são sempre atuais as palavras de Hegel: “A Constituição é racional quando o Estado determina e em si mesmo distribui a sua atividade em conformidade com o conceito, isto é, de tal modo que cada um dos poderes seja em si mesmo a totalidade”⁵⁷.

Continua a lição o mestre de Stuttgart:

O caráter fundamental do Estado político é a unidade substancial como idealidade dos seus momentos. Nela [...] se dissolvem e ao mesmo tempo se conservam os diferentes poderes e as diferentes funções, mas só se conservam quando a sua legitimidade é, não independente, mas determinada unicamente pela ideia do todo.⁵⁸

De tal forma que, mesmo para os fiéis defensores ativistas da Constituição, a medida de separação, permanecendo o Judiciário em suas funções interpretativas, sem avançar além da razoável interpretação, deve ser o respeito ao equilíbrio de poderes conforme propugnado não apenas pelo texto constitucional, mas pela lógica do Estado.

Não se pode olvidar, ainda, que o pluralismo, marca registrada do ascendente Estado Constitucional contemporâneo, acaba fornecendo à interpretação um sem-número de possibilidades de respostas interpretativas, em oposição a um ideal meramente estético pré-moderno.

A multiplicidade de respostas, como se sabe, sempre traz a questão acerca da utilização de um método, de forma que o percorrer interpretativo possa oferecer respostas plausíveis, racionais, e que perpassem por métodos científicos de análise. É justamente o que Bauman critica na arte pós-moderna que raramente rompia com o espírito do tempo (*Zeitgeist*)⁵⁹, como se a insegurança de se produzir resultados autossuficientes, imunes à condição moderna, barrasse a criatividade.

Mas, no Direito, a criatividade gerada pela pluralidade não pode ser de tal modo inovadora que rompa com a necessidade de se justificar racionalmente a construção do pensamento. Melhor dizendo, no Judiciário. O local para o espírito criador deitará sob a árvore governamental e, de certa forma, legislativa.

Analisando friamente, e com base no pensamento do *Chief Justice* Hughes, quando de sua posição junto à Suprema Corte norte-americana, é claro que as Cortes Constitucionais poderão realizar as construções menos ortodoxas e deixar os juristas mais perplexos acerca de suas teses mirabolantes sobre a

57 HEGEL, Georg Wilhelm Friedrich. *Princípios da filosofia do Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 1997. p. 244.

58 HEGEL, Georg Wilhelm Friedrich. Op. cit., p. 252.

59 BAUMAN, Zygmunt. *Legisladores e intérpretes: sobre modernidade, pós-modernidade e intelectuais*. Rio de Janeiro: Zahar, 2010. p. 184-185.

criação do Direito e a aplicação da lei. A Constituição terá o sentido que o Supremo Tribunal Federal dizer que ela tem, sem que isso, aparentemente, signifique uma repulsa generalizada ao sistema instituído pelo Poder Constituinte.

Pelo contrário, a revolução jurisdicional pode se mostrar tão silenciosa a ponto de jamais ser captável, justamente porque se faz de um modo tão gradual e lento que os ataques à Corte parecem mais ataques pessoais aos seus membros em decorrência de determinados votos em um ou outro caso emblemático.

É então que os limites que circundam a interpretação racional podem ser rompidos pela obscuridade do posicionamento ético-moral dos julgadores, sem que, no entanto, jamais definam seus votos embasados em tais premissas. Como já dissemos, procurará o julgador edificar uma suposta estrada racional para justificar a sua posição antecedente.

Em um *hard case* altamente simbólico⁶⁰ – a tal ponto que a solução dada pela controvérsia tardou em chegar –, o Supremo brasileiro entendeu que a inexistência de uma previsão de excludente para o aborto de fetos anencefálicos no Código Penal violava preceitos fundamentais. Nessa construção, o Supremo partira de um conceito de “vida digna” do feto, que nunca seria usufruída, vale dizer, potencialmente inexistente, em face da dignidade da mãe.

Para o Ministro Ricardo Lewandowski, no entanto, especialmente ativista em questões eleitorais, não seria tarefa do Supremo adentrar a tal discussão, atuando como legislador positivo. Contrariando a tese vencedora, o Ministro ressaltou que tal discussão deveria ser levada a público e tomada pelo Congresso Nacional.

O fato é que, partindo da necessidade de se tratar de uma questão de saúde pública, a Corte, diante da resistência do Legislativo, se viu impelida a oferecer uma solução ao questionamento, e o fez, justificando racionalmente, mas no intuito de alcançar um resultado, digamos, “desejável”.

Não oferece grandes complicações a compreensão de que, com base em um quadro de conflito de princípios, a Corte poderá erguer praticamente qualquer construção que deseje, tanto para se mostrar ativa, quanto para se mostrar inativa. Diga-se, por exemplo, quando se acovardou frente ao Sistema Financeiro para afirmar que o § 3º do art. 192 da Constituição – revogado pela EC 40/2003 –, ao estabelecer que os juros reais eram limitados a 12% ao ano, consoante a vontade do poder constituinte, tinha aplicabilidade condicionada à edição de lei complementar⁶¹.

60 Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54 – relatoria do Ministro Marco Aurélio. A ADPF fora proposta em 2004, mas julgada apenas nos dias 11 e 12 de abril de 2012, tendo como resultado 8 votos favoráveis e 2 contra. Consoante afirmara o Ministro Ayres Britto, o julgamento era um “divisor de águas no plano da opinião pública”.

61 Súmula nº 638 do Supremo Tribunal Federal.

E é para controlar a ampla possibilidade de controle de preceitos abertos que o predicativo “razoável” deverá sempre guiar a interpretação realizada. O julgamento puramente estético é uma ameaça não apenas à racionalidade dos julgados, mas ao equilíbrio do próprio Estado. Tampouco parece equilibrada qualquer posição que direcione a Corte Constitucional para uma superposição, capaz de se colocar acima dos poderes do Estado para estabelecer, no fundo, que um Judiciário acima dos demais, em verdade, se coadunaria com a existência de um falso equilíbrio. É uma autoafirmação muito distante do verdadeiro detentor do poder.

Assim, mais do que não violar o sentido do texto, a interpretação razoável tem a missão de manter, a partir de sua própria estrutura, o nivelamento do Poder estatal.

CONCLUSÃO

Quando se fala em projeto constitucional, por evidente, os teóricos do Estado sempre apontam uma consequência inerente à existência de uma diretriz duradoura. O problema de como o passado possa guiar o futuro, sem que no futuro se pretenda desviar dos objetivos do passado, mas tão somente articulá-los para oferecer respostas temporalmente mais adequadas sempre existiu e sempre existirá na temática do tempo do Direito.

Mais do que isso, questiona-se se o projeto democrático seria realmente eterno. Mas esse é um problema de base, visto que, se o Estado é uma ficção jurídica criada para organizar e direcionar a sociedade, isto é, o povo, nada mais natural e consequente do que o modelo que se apresenta leve em consideração a ampla participação popular, o que culmina na própria democracia. Assim, enquanto houver Estado Constitucional, a democracia lhe perseguirá.

Nesse novo paradigma do Estado, ao melhor modelo das revoluções científicas de Kuhn⁶², a defesa dos preceitos constitucionais de uma Constituição materialmente garantidora, apesar de requisitada de todos os Poderes do Estado, acabará encontrando no Judiciário seu fiel guardião. Assim, o Judiciário sai de uma posição pré-revolucionária bastante amíúde e passiva para assumir no contexto contemporâneo o papel protagonista: a última palavra do Estado Constitucional.

Seja no *judicial review* ou no modelo kelseniano, a ideia que circunda o controle de constitucionalidade apresenta-se da mesma forma: a necessidade

62 “Uma teoria científica, após ter atingido o *status* de paradigma, somente é considerado inválida quando existe uma alternativa disponível para substituí-la [...]. Decidir rejeitar um paradigma é sempre decidir simultaneamente aceitar outro e o juízo que conduz a essa decisão envolve a comparação de ambos os paradigmas com a natureza, *bem como* sua comparação mútua.” (KUHN, Thomas. *A estrutura das revoluções científicas*. 5. ed. São Paulo: Perspectiva, 1997. p. 108)

de que o Judiciário garanta a supremacia da Constituição por meio do controle dos atos estatais inferiores a ela, restando, assim, assegurado o projeto constitucional de outrora, mas sempre pendente de mutações interpretativas.

Evidente que o esforço trará em si o risco do abuso, na medida em que os liames entre a interpretação jurisdicional e a legislação judiciária não se mostram sempre tão óbvios. Partindo da premissa de Kelsen, de que a tarefa do julgador sempre terá em si uma vertente criativa⁶³, torna-se necessário delimitar até que ponto essa criação não adentra à esfera detidamente legislativa.

Essa preocupação é esposada por Cappelletti:

Vimos que a criatividade constitui um fator inevitável da função jurisdicional, e que existem, por outro lado, importantes razões para o acentuado desenvolvimento de tal criatividade em nosso século, correspondendo a características e exigências fundamentais de nossa época, econômicas, políticas, constitucionais e sociais. Mas, em consequência dessas premissas, há neste ponto uma segunda questão a requerer resposta. Devemos inquirir se a atividade judiciária, ou sua mais acentuada medida, torna o juiz legislador; se, em outras palavras, assumindo os juízes (ou alguns deles, como os constitucionais e comunitários) papel acentuadamente criativo, a função jurisdicional termina por se igualar à legislativa, e os juízes (ou aqueles outros juízes) acabam por invadir o domínio do poder legislativo.⁶⁴

Ainda, deve-se ressaltar que o controle de constitucionalidade traz ao Judiciário o papel de abordar temas que, por estarem materialmente inseridos na Constituição, não eram objeto de análise jurisdicional no direito pré-revolucionário, inclusive questões políticas tidas como inerentes à análise governamental ou de abrangência das atividades legislativas.

Tampouco se pode olvidar que, talqualmente a legislação, não há como afastar a identificação do conteúdo moral das decisões, seja pela formação ideológica do julgador, seja pela influência da confecção da norma, ou mesmo pelo fruto decorrente da interpretação realizada de forma não imune ao ambiente moral.

Diante desse quadro, alguns doutrinadores oferecem a saída da racionalização das decisões judiciais, de modo que os julgadores possam, na medida da construção jurisdicional, justificá-las sob a égide de fundamentos que ofereçam subsídio lógico-estrutural para os motivos determinantes, modelo bastante significativo diante de preceitos polissêmicos ou do embate de princípios constitucionais. Destacamos o trabalho de Neil McCormick, Robert Alexy e Ana Paula de Barcellos.

63 KELSEN, Hans. *Jurisdição constitucional*. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007. p. 124 e ss.

64 CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes legisladores?* Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1999. p. 73.

Analizando a temática na jurisprudência alemã, Leonardo Martins apresenta o modelo da democracia que se defende (*wehrhafte demokratie*), em que a Lei Fundamental de Bonn, diante da experiência tedesca, busca coibir atos que pareçam democráticos e inofensivos, mas que perseguem finalidades anti-democráticas⁶⁵.

É que, como já se disse, eleições livres podem conduzir a detentores do poder com cunho totalitário, desvirtuando a democracia inicialmente perquirida.

Na jurisprudência brasileira, a ascensão de preocupações tanto com um modelo mais participativo do controle de constitucionalidade como com a efetivação do princípio democrático conduziram à ampla participação não apenas da Corte Constitucional, mas, sobretudo, do Tribunal Superior Eleitoral, que, de forma didática, muitas vezes antecipava a posição a ser definida mais tarde pelo próprio Supremo.

Entre nós, as técnicas de controle, de forte influência alemã, muitas vezes apresentaram sugestões pouco ortodoxas diante da tese de nulidade das leis inconstitucionais, para estruturar preceitos que modificariam o pressuposto de que *the unconstitutional statute is not law at all*, como defendia Willoughby no *judicial review* norte-americano⁶⁶.

Nesse contexto, nasceram teses de *interpretação conforme a Constituição*, precipuamente quando a declaração de nulidade fosse um mal maior do que remediar-se dentro da razoabilidade a interpretação do preceito. É o que o *Bundesverfassungsgericht* exercitou com a redução do percentual de 5% para 0,5% no caso das cláusulas de barreira.

No Brasil, no entanto, a temática das cláusulas de barreira sofrera interpretação distinta, sendo-lhe preferível declarar nulidades totais e parciais. É que a *interpretação conforme* enquanto técnica de interpretação oferece o alto risco do Judiciário adentrar à discussão de cunho nitidamente legislativo.

Ao tratar a temática da inelegibilidade por vida pregressa, o Supremo considerou a necessidade de previsão legal para tanto, mas, naquela ocasião, já oferecia parâmetros para a lei que viria (LC 135), como que apelando ao legislador para que, diante do forte princípio da moralidade pública, regulasse a temática, permitindo o bloqueio eleitoral.

A ausência das leis diante de mandamentos constitucionais sempre se apresentou como um problema renitente no Estado Constitucional, ainda mais

65 MARTINS, Leonardo. Op. cit., p. 49 e ss.

66 WILLOUGHBY, Westel Woodbury. *The constitutional law of the United States*. New York: Baker, Voorhis, v. 1, 1910. p. 9-10.

após a mudança de paradigma que possibilitara às Cortes o ingresso em questões que outrora eram limitadas ao debate político.

A jurisprudência, ademais, demonstrou que, sempre chamado, quase sempre o Parlamento se mostra inerte à advertência, recalcitrante em sua omissão, deixando graves problemas da sociedade sem a devida regulação legislativa.

Nessas situações, a sociedade buscará nas Cortes o remédio, não mais para apenas advertir o Legislativo, mas também para sanar a omissão apontada, o que, se não realizado de forma cautelosa, indicará um atropelado ingresso do Judiciário na vida legislativa.

Como procuramos demonstrar, é evidente que os motes interpretacionistas podem conduzir a resultados diversos. E mesmo em face de quadros que exigem a justificação racional da construção jurisprudencial, não assusta a possibilidade ampla de entendimento do Judiciário, por vezes procurando conduzir sua motivação para alcançar a finalidade pressuposta.

Nesse íterim, mostra-se ideal que a *interpretação razoável* ofereça algumas bases para que a interpretação, ao cabo, não ofereça solução completamente desvirtuada tanto do texto legal quanto do objetivo proposto de sua confecção, ainda que se valendo da necessidade de se adentrar ao mundo das mutações constitucionais.

A luta pela efetivação do princípio democrático traz em si mais do que a simples apuração de que se trata de um dever de todos. Oferecerá sempre o questionamento de quem exatamente e de que forma buscará implementar direitos que servem para estruturar a democracia.

Nesse diapasão, é natural que as dificuldades se apresentem, ainda mais considerando o embate de poderes, a possibilidade da quebra dos equilíbrios, a abertura dos preceitos e a ampla margem interpretativa.

A razoabilidade, a racionalidade e a utilização da técnica podem oferecer asfalto para que, nos dizeres do mestre Bonavides, se coloque a navegar “o barco constitucional”⁶⁷.

REFERÊNCIAS

AMADO, Gilberto. *Eleição e representação*. Brasília: Senado Federal, 1999.

BAUMAN, Zygmunt. *Legisladores e intérpretes: sobre modernidade, pós-modernidade e intelectuais*. Rio de Janeiro: Zahar, 2010.

67 BONAVIDES, Paulo. *A Constituição aberta: temas políticos e constitucionais da atualidade*. Belo Horizonte: Del Rey, 1993. p. 243.

- BELLUZZO, Luiz Gonzaga. Estado de exceção. *Carta Capital*. 22 set. 2012. Disponível em: <<http://www.cartacapital.com.br/politica/estado-de-excecao/>>. Acesso em: 21 jan. 2013.
- BONAVIDES, Paulo. *A Constituição aberta: temas políticos e constitucionais da atualidade*. Belo Horizonte: Del Rey, 1993.
- BORGES DE OLIVEIRA, Emerson Ademir. Ativismo judicial e o papel das Cortes Constitucionais nas correções de rota da crise da democracia representativa. *Revista de Direito Público*, Porto Alegre, n. 40, p. 25-49, 2011.
- _____. O impacto do controle de constitucionalidade na evolução da democracia. 164 f. Dissertação (Mestrado em Direito do Estado) – Faculdade de Direito, USP, São Paulo, 2013.
- CAGGIANO, Monica Herman Salem. *Democracia x constitucionalismo: um navio à deriva?* Cadernos de Pós-Graduação em Direito: estudos e documentos de trabalho, v. 1, p. 5-23, 2011.
- _____. *Sistemas eleitorais x representação política*. Brasília: Senado Federal, 1990.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2007.
- CAPPELLETTI, Mauro. *Juizes legisladores?* Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1999.
- CLÈVE, Clemerson Marlin. *Fidelidade partidária*. Curitiba: Juruá, 1999.
- DUVERGER, Maurice. *Os partidos políticos*. Rio de Janeiro: Zahar, 1970.
- HEGEL, Georg Wilhelm Friedrich. *Princípios de filosofia do direito*. São Paulo: Martins Fontes, 1997.
- KELSEN, Hans. *O Estado como integração: um confronto de princípios*. São Paulo: Martins Fontes, 2003.
- _____. *Jurisdição constitucional*. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007.
- KUHN, Thomas. *A estrutura das revoluções científicas*. 5. ed. São Paulo: Perspectiva, 1997.
- MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Curso de processo civil*. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 2, 2007.
- MARTINS, Leonardo. *Direito processual constitucional alemão*. São Paulo: Atlas, 2011.
- MENDES, Gilmar Ferreira. *Controle abstrato de constitucionalidade: ADI, ADC e ADO: comentários à Lei nº 9.868/1999*. São Paulo: Saraiva, 2012.
- _____. *Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.
- _____; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.
- MIRANDA, Jorge. *Teoria do Estado e da Constituição*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011.
- RADBRUCH, Gustav. *Filosofia do direito*. Coimbra: Arménio Amado Ed., v. 1, 1961.
- SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 30. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.
- WILLOUGHBY, Westel Woodbury. *The constitutional law of the United States*. New York: Baker, Voorhis, v. 1, 1910.