

Financiamento de Campanhas Eleitorais de Mulheres: os Julgamentos da ADIn 5617, pelo STF, e da Consulta nº 0600252-18, pelo TSE — Positivismo Jurisprudencial Ou Ativismo “Constitucional”?

Financing of Women’s Electoral Campaigns: the Judgments of ADIn 5617, by STF, and Consultation nº 0600252-18, by TSE — Jurisprudential Positivism Or “Constitutional” Activism?

PEDRO HENRIQUE COSTA DE OLIVEIRA¹

Centro Universitário FIBRA e Faculdade de Belém (FABEL), Belém, Pará, Brasil.

ELÍCIO AUGUSTO VELLOSO BASTOS²

Centro Universitário do Estado do Pará – CESUPA, Belém, Pará, Brasil.

RESUMO: Este ensaio objetiva analisar, sob a ótica do positivismo jurisprudencial – expressão cunhada por Pedro de Vega García, para representar a última etapa do positivismo no âmbito da evolução da doutrina constitucional do século XX –, as decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, no julgamento da ADIn 5617, e pelo Tribunal Superior Eleitoral, na Consulta nº 0600252-18, em que se discutiu o financiamento das campanhas eleitorais das mulheres. A partir das doutrinas de Pedro de Vega García, Ingeborg Maus e Dominique Rousseau, discute-se, neste estudo, se a decisão proferida em sede de controle de constitucionalidade extrapola os limites das funções atribuídas ao STF no exercício da jurisdição constitucional, ou se, ao revés, concretiza princípios constitucionais e direitos fundamentais. Conclui-se que a decisão do STF – e consequentemente do TSE –, ao corrigir e implantar política pública atua, democraticamente, de forma a cumprir as metas e comandos constitucionais, portanto compatível com a ordem jurídico-constitucional. Trata-se de uma pesquisa de abordagem qualitativa, tendo como procedimento o levantamento bibliográfico e documental, com consulta à jurisprudência.

PALAVRAS-CHAVE: Financiamento de campanhas eleitorais de mulheres; cota de gênero; positivismo jurisprudencial; jurisdição constitucional; controle judicial de políticas públicas.

ABSTRACT: This essay aims to analyze, from the point of view of positivism jurisprudential – an expression coined by Pedro de Vega García, to represent the last stage of positivism in the context

1 Orcid: <<http://orcid.org/0000-0003-1691-6833>>.

2 Orcid: <<http://orcid.org/0000-0001-8183-5920>>.

of the evolution of the constitutional doctrine of the 20th century – the decisions rendered by the Federal Supreme Court, in the ADI judgment nº 5617, and by the Superior Electoral Court, in Consultation nº 0600252-18, which discussed the financing of women’s electoral campaigns. Based on the doctrines of Pedro de Vega García, Ingeborg Maus and Dominique Rousseau, it is discussed in this study whether the decision rendered in the control of constitutionality goes beyond the limits of the functions attributed to the Supreme Court in the exercise of constitutional jurisdiction, on the contrary, it embodies constitutional principles and fundamental rights. It is concluded that the decision of the STF – and consequently of the TSE –, in correcting and implementing public policy acts, democratically, in order to fulfill the goals and constitutional commands, thus compatible with the juridical-constitutional order. It is a qualitative research, having as a procedure the bibliographical and documentary survey, with consultation to the jurisprudence.

KEYWORDS: Financing of women’s electoral campaigns; gender quota; jurisprudential positivism; constitutional jurisdiction; judicial control of public policies.

SUMÁRIO: Introdução; 1 A ADIN 5617 e a Consulta TSE nº 252-18: Inconstitucionalidade dos Artigos 9º da Lei nº 13.165/2015 e 44 da Lei nº 9.096/1995; 2 A evolução da doutrina constitucional: o positivismo jurisprudencial; 3 Jurisdição constitucional e a implementação de políticas públicas pelo poder judiciário: entre a guarda da Constituição e o ativismo judicial; 3.1 A jurisdição constitucional, democracia e concretização dos direitos fundamentais das minorias; 3.2 A constituição dirigente, controle judicial de políticas públicas, positivismo jurisprudencial e ativismo judicial: uma tentativa de delimitação conceitual; 4 Financiamento de campanha de mulheres e judiciário: Positivismo jurisprudencial ou ativismo jurisdicional?; Considerações finais; Referências.

INTRODUÇÃO

O ano de 2018 foi um divisor de águas no tocante à efetivação dos direitos político-eleitorais das mulheres no Brasil. Inobstante o avanço da legislação eleitoral, a partir da instituição de políticas públicas de gênero nas candidaturas, persiste o grave déficit de representação política das mulheres, a ensejar o reforço e incremento dessas políticas, a fim de atenuar a desigualdade de representação entre homens e mulheres, ou, numa perspectiva mais otimista, alcançarmos a paridade de representação por meio do voto popular.

Os países latino-americanos, no final do século XX, mais precisamente na década de 1990, iniciaram um movimento com vistas a fomentar uma maior presença feminina nos espaços político-decisórios, instituindo a mundialmente conhecida “cota eleitoral de gênero”. O Brasil implementou tal política pública em 1997.

Depois de mais de duas décadas da introdução deste instituto no ordenamento jurídico brasileiro, até 2014 não se conseguiu atingir a marca de 10% de representação feminina na Câmara dos Deputados. Somente em

2018 – acredita-se que também pela influência das decisões judiciais que serão analisadas neste ensaio –, tal marca fora ultrapassada com a eleição de 77 deputadas federais, perfazendo 15% de parlamentares eleitas.

Nesse contexto, o Supremo Tribunal Federal (STF), em março de 2018, determinou que os partidos políticos aplicassem no mínimo 30% dos recursos da fatia do fundo partidário destinada ao financiamento das campanhas eleitorais, julgando procedente a ADIn 5617 proposta pelo Ministério Público Federal (MPF), que impugnava dispositivos da Lei nº 13.165/2015, a qual estipulou um limite de gastos de 15% nas campanhas de mulheres, podendo ser empregado, no mínimo, 5%, aplicando a técnica de interpretação conforme à Constituição ao equiparar o patamar legal mínimo de candidaturas femininas (hoje o do art. 10, § 3º, da Lei nº 9.504/1997, isto é, ao menos 30% de cidadãos), ao mínimo de recursos do fundo partidário a lhes serem destinados. O julgamento, entretanto, não foi unânime.

Por seu turno, o Tribunal Superior Eleitoral, seguindo a mesma *ratio decidendi*, em maio de 2018, estendeu a previsão de emprego de no mínimo 30% de recursos também em relação ao Fundo Especial de Financiamento de Campanha – FEFC, bem como ao tempo de propaganda eleitoral no rádio e na televisão.

Se admitirmos que o STF – e conseqüentemente o TSE – ultrapassou os limites de suas funções no exercício da jurisdição constitucional, invadindo o campo de atuação parlamentar, significaria sustentar que, ao invés de se utilizar da técnica de interpretação conforme, a Suprema Corte brasileira criou judicialmente o direito.

Assim, importante saber se, de fato, o STF atuou como legislador positivo, reproduzindo o positivismo jurisprudencial, ou se a decisão proferida em controle de constitucionalidade privilegia as metas e objetivos constitucionais, bem como efetiva princípios – mormente o da igualdade – e concretiza Direitos Fundamentais.

O texto está estruturado em seis seções. Após essa introdução, faz-se uma análise detalhada das decisões proferidas pelo STF e pelo TSE. A evolução da doutrina constitucional no século XX e o positivismo jurisprudencial são discutidos na seção três. Na seção quatro, aborda-se o exercício da jurisdição constitucional e o papel do Poder Judiciário na implementação de políticas públicas. A quinta seção apresenta, a partir das premissas teóricas levantadas, a conclusão do autor em relação à problemática discutida. A última seção traz as considerações finais do texto.

1 A ADIN 5617 E A CONSULTA TSE Nº 252-18: INCONSTITUCIONALIDADE DOS ARTIGOS 9º DA LEI Nº 13.165/2015 E 44 DA LEI Nº 9.096/1995

A partir do final do século XX, vários países começaram a instituir políticas de cotas de gênero nas candidaturas com o fito de aproximar a distância inalcançável na representação política entre homens e mulheres. O objetivo era garantir maior participação feminina no poder político. Nessa senda, a política de cotas femininas nas candidaturas foi introduzida no Brasil por força da Lei nº 9.100/1995, que prescrevia, no art. 11, § 3º, a exigência do registro de, no mínimo, 20% (vinte por cento) de candidaturas de mulheres por coligação ou partido.

Não tendo alcançado o propósito idealizado, a minirreforma subsequente – atual Lei das Eleições (Lei nº 9.504/1997) – ampliou o espaço de ocupação feminina no processo eleitoral para 30% (trinta por cento). A cota, entretanto, deixou de ser “feminina”, passando a ser de gênero, inobstante o fato de que até hoje as mulheres sempre são minoria.

A experiência demonstra que o sistema eleitoral de cotas de gênero nas candidaturas (art. 10, § 3º, da Lei nº 9.504/1997) tem revelado insuficiência prática no que tange à garantia de efetiva igualdade de participação política entre homens e mulheres. Da forma como está implementada, mais do que uma política pública distributiva, considera-se também uma engenharia eleitoral de manutenção do *status quo* da elite política masculina brasileira.

Incrível que, em pleno século XXI, no ano de 2015, o Congresso Nacional tenha deflagrado norma tão violenta aos direitos políticos fundamentais das mulheres, os quais restavam totalmente admoestados pela flagrante inconstitucionalidade de aspectos importantes da Lei nº 13.165/2015.

Sim, porque referida Lei nº 13.165/2015, na contramão da luta pela igualdade de gênero na política, produziu incontestável desigualdade, invertendo o próprio sistema de cotas eleitorais. O art. 9º da referida legislação previa limite mínimo e máximo para o financiamento de campanhas eleitorais de mulheres: um verdadeiro “teto de gastos”. O fundo partidário somente poderia destinar às campanhas femininas o máximo de 15% dos recursos, sendo que o mínimo alcançava o percentual de 5%. A distorção da norma era evidente.

Em vista de tal fato, o MPF, então, interpôs a ADIn 5617/DF com o fito de provocar o STF a declarar a inconstitucionalidade da referida norma, argumentando que, além de agravar a desigualdade entre homens e mulheres

– uma vez que 85% dos recursos seriam destinados às campanhas eleitorais masculinas e apenas 15% às femininas –, tal norma violaria a autonomia partidária, visto que impediria que o partido político dividisse os recursos de forma igualitária às campanhas de candidatos e candidatas.

A positivação de uma norma como essa confirma a força e presença firme da cultura patriarcal no Brasil, realidade que somente será mudada quando as mulheres ocuparem, de fato, os espaços de poder e influenciarem as tomadas de decisões políticas no país.

A ADIn 5617 chama atenção para o já conhecido fato de que a ausência de recursos financeiros nas campanhas femininas sempre foi a razão para a pouca efetividade da política de cotas, uma vez que, ainda que garantindo 30% de candidaturas, estas não dispunham de meios para estruturar suas campanhas eleitorais. O MPF consignou que a redação do art. 9º da Lei nº 13.165/2015 reveste-se de flagrante inconstitucionalidade, restringindo, indevidamente, a possibilidade de reserva do montante dos recursos do fundo partidário para aplicação em campanhas femininas ao máximo de 15%.

A pretexto de salvaguardar recursos mínimos para as campanhas das candidatas mulheres, a norma acabou por criar odiosa distinção entre os limites de aplicação dos recursos nas campanhas eleitorais masculinas (85%) e femininas (15%).

Em março de 2018, o STF julgou procedente a ação direta para declarar: i) a inconstitucionalidade da expressão “três”, contida no art. 9º da Lei nº 13.165/2015, eliminando o limite temporal até então fixado; ii) dar interpretação conforme à Constituição ao art. 9º de tal lei de modo a (a) equiparar o patamar legal mínimo de candidaturas femininas (hoje o do art. 10, § 3º, da Lei nº 9.504/1997, isto é, ao menos 30% de mulheres), 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, 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; iii) a inconstitucionalidade, por arrastamento, do § 5º-A e do § 7º do art. 44 da Lei nº 9.096/1995.

O STF, portanto, ao interpretar o art. 9º da Lei nº 13.165/2015 conforme à Constituição, determinou a distribuição de recursos do fundo partidário para as campanhas das mulheres na mesma proporção da cota de gênero para as candidaturas, isto é, no mínimo 30% (trinta por cento). Determinou, ainda, que, caso o percentual de candidaturas femininas supere os 30%, a

distribuição dos recursos deverá aumentar na mesma proporção. A decisão proferida, cuja relatoria coube ao Ministro Edson Fachin, não apenas se limitou a declarar a inconstitucionalidade da norma, como também estabeleceu os parâmetros mínimos de distribuição igualitária dos recursos entre as candidaturas de cada sexo.

Como dito alhures, um dos maiores entraves à efetiva representação das mulheres nos parlamentos do país é, justamente, a falta de recursos para investir nas campanhas eleitorais das candidatas, as quais, até então, eram totalmente alijadas dessa distribuição, cujo reflexo era sentido nas urnas, vez que suas candidaturas restavam inviabilizadas. Assim, o STF, ao adotar o critério de cotas nas candidaturas para uma distribuição mais equânime de recursos entre as candidaturas de cada sexo, pretendeu tornar a política de cotas mais efetiva, tendo em vista que agora, em tese, as mulheres terão melhores condições de disputar os pleitos³.

Também em março de 2018, na esteira do decidido pelo STF na ADIn 5617, o TSE, conhecendo consulta formulada por algumas senadoras e deputadas federais, proferiu decisão relevantíssima na luta por uma maior representação feminina na política.

A referida consulta – sob a relatoria da Ministra Rosa Weber – indagou ao TSE se a decisão proferida na ADIn 5617 aplicava-se à distribuição do Fundo Especial de Financiamento de Campanha, previstos nos arts. 16-C e 16-D da Lei das Eleições, bem como se também se aplicava à distribuição do tempo de propaganda eleitoral no rádio e na televisão, prevista nos arts. 47 e seguintes do mesmo diploma legal, devendo-se, por conseguinte, equiparar o mínimo de recursos do Fundo Especial e tempo de propaganda, ao patamar legal de 30% de candidaturas femininas, nos termos do art. 10, § 3º, da Lei nº 9.504/1997.

O TSE, aplicando a diretriz hermenêutica no sentido de que, onde houver o mesmo fundamento, haverá o mesmo direito, respondeu afirmativamente aos quesitos, inclusive em relação à distribuição do tempo de propaganda, disciplina cuja normatização em termos de percentual de gênero inexistente. Assim, o TSE entendeu por aplicar a mesma *ratio decidendi* ado-

3 Evidente que não se espera que a decisão em questão possa, por si mesma, produzir mudanças. Afinal, como a experiência vem demonstrando (o caso mais recente envolve acusações de liberação de cerca de R\$ 400 mil de verba pública eleitoral a uma candidata à deputada federal pelo PSL, de Pernambuco, supostamente “laranja”, eis que recebeu, ao final do pleito, apenas 274 votos) a criatividade para criar mecanismos de burla ao ordenamento jurídico parece ser inesgotável. Todavia, é inquestionável o avanço presente em tal decisão, e como ele pode ser usado para, como um excelente ponto de partida, reduzir as desigualdades de gênero também presentes do microcosmo eleitoral, inspirando e embasando lutas sociais e políticas com essa finalidade.

tada pelo STF na ADIn 5617, “com prevalência aos direitos à dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, da CF) e à igualdade de gênero (art. 5º, *caput*, da CF)”. Ainda nas palavras da relatora, “seguramente, não há outro caminho para a correção de histórica disparidade entre as representações feminina e masculina no parlamento” (Brasil; TSE, 2018).

Com efeito, tais decisões proferidas pelo STF e pelo TSE têm potencial para modificar o quadro de desigualdade na representação política das mulheres, visto que potencialmente eliminam dois dos entraves à efetiva participação feminina no processo eleitoral: ausência de recursos e baixíssima participação na propaganda eleitoral no rádio e televisão.

O Poder Judiciário atuou como verdadeiro poder político, como partícipe do processo de inclusão (Clève, 2016, p. 82-102). Com essas duas decisões, as mulheres passam a ter, doravante, em tese, maiores chances de ser eleitas no pleito eleitoral. Nossa análise pode ser otimista, mas acreditamos que um novo cenário político, de menos desigualdade, está sendo construído. Se não tivermos futuramente igualdade material na representação entre os sexos, certamente esse quadro de sub-representação feminina terá sido atenuado. Logo, não temos dúvida de que o Poder Judiciário brasileiro proporcionou, nesses dois casos, verdadeira conquista civilizatória ao reforçar e implementar uma política pública de gênero muito mais efetiva. É o que o trabalho pretenderá justificar nos tópicos seguintes.

2 A EVOLUÇÃO DA DOUTRINA CONSTITUCIONAL: O POSITIVISMO JURISPRUDENCIAL

A expressão “positivismo jurisprudencial” foi cunhada por Pedro de Vega García, abordando, então, o trânsito do positivismo jurídico ao positivismo jurisprudencial, iniciando sua abordagem a partir da Teoria do Estado de Jellinek.

Para Pedro García (1998, p. 65), a Teoria Geral do Estado de Jellinek marca o momento em que, pela primeira vez na história, o direito público adquire uma explicação sistemática, frente aos espíritos exegético e legalista que presidiram a maioria dos trabalhos de direito público do século passado e que levaram notáveis administrativistas franceses a reduzir o direito administrativo ao comentário das leis administrativas e à jurisprudência do Conselho do Estado, e, frente à tendência contrária, a considerar as questões de direito público como questões filosóficas, sociológicas, históricas e, em todo caso, metajurídicas. Nessa senda, abriu-se caminho para o nascimento de uma doutrina jurídica do Estado, assim como uma sistematização lógica do direito constitucional. No escólio de García (1998, p. 66):

O positivismo jurídico do final do século XIX havia partido da crença anti-dialética de considerar os fenômenos históricos, sociais e políticos como fenômenos naturais, o que definitivamente o conduziu à convicção de que, da mesma maneira como na ciência natural há leis universais e gerais, válidas para todos os tempos e lugares, também no âmbito do Direito, da Política e do Estado, era possível articular um sistema de validade universal. (tradução livre)

García (1998, p. 69) apresenta a evolução da doutrina constitucional do século XX, inserindo os grandes problemas ante os quais essa doutrina teve irremediavelmente de enfrentar em três momentos diferentes e que, convencionalmente, como etapas culturais objetivas, qualificou como: a) etapa do positivismo jurídico; b) etapa do positivismo sociológico; e, por fim, c) etapa do positivismo jurisprudencial.

Na etapa do positivismo jurídico, para García (1998, p. 69), toma-se como ponto de partida a inexorável depuração metodológica dos elementos políticos, sociais, históricos e filosóficos que haviam condicionado até então a exposição da Teoria do Estado; o positivismo aspirou à construção de uma Teoria do Estado forjada única e exclusivamente na razão jurídica. O Estado seria a fonte do direito público.

García (1998, p. 73) afirma que Kelsen realizou notável esforço para eliminar da Teoria do Direito e do Estado toda sorte de impurezas políticas, ideológicas, sociais e, definitivamente, metajurídicas. Aparece assim o Direito, enquanto normatividade positiva, como o único referencial válido para o jurista. É dizer, inexistente norma fora do direito positivo. Citando Siches, aduz que, para Kelsen, a palavra “Estado” assume expressão personificada da ordem jurídica total; assim, Estado e Direito seriam dois termos que acabam se confundindo, uma vez que o Estado é a expressão conceitual da unidade da ordem jurídica (García, 1998, p. 73).

Nesse contexto, em contraposição à doutrina da soberania do Estado-pessoa, a primazia que Kelsen outorga ao momento normativo frente ao momento decisório que o conduz a proclamar a soberania do Direito é o que permitirá também proceder à substituição da Teoria do Estado pela Teoria da Constituição (García, 1998, p. 74).

O positivismo sociológico inicia-se com a Constituição de Weimar, em 1919, e finda com o constitucionalismo que surge após a 2ª Guerra. Frente às formulações do positivismo jurídico que acabaram convertendo o Estado em uma realidade metafísica e a Constituição em uma entidade simbólica, a discussão abstrata e atemporal sobre os problemas do Estado e

do Direito em geral transformar-se-ia na disputa permanente sobre os problemas concretos que apresentavam a democracia liberal e o Estado Constitucional (García, 1998, p. 75). Para García (1998, p. 75):

É nessa atmosfera de tensões ideológicas que a problemática jurídica recua ante a problemática política, e na qual, frente ao positivismo jurídico, cabe bem falar do surgimento de um positivismo sociológico que, proclamando o valor supremo da realidade, relega a um segundo plano as considerações jurídicas. (tradução livre)

São nessas circunstâncias que surge um novo modelo de Estado, diferente do Estado Constitucional Liberal: total e autoritário, na Alemanha; e ético, fascista e corporativo, na Itália (García, 1998, p. 76-77). Com Pedro García (1998, p. 77), nem Hitler, tampouco Mussolini, precisaram romper com as instituições jurídico-constitucionais que os permitiu ascender ao poder, “o que tornou tolerável a convivência e, por que não dizer, a confusão ideológica das doutrinas e dogmas da Teoria do Estado anterior com as que impunham novas realidades políticas” (tradução livre).

Em síntese, o positivismo sociológico teve a necessidade de integrar os elementos fáticos e normativos, isto é, a realidade histórico-política e a realidade jurídica, num sistema unitário, o que significa que, em contraposição à metafísica na qual o positivismo jurídico acabou colocando a problemática constitucional, o direito constitucional resgatava as categorias do espaço e tempo e adquiria dimensões concretas e históricas evidentes (García, 1998, p. 84). No positivismo sociológico, pois, a linguagem aberta das normas possibilitaria a influência da realidade sobre o direito constitucional, bem como daria condições ao surgimento da última etapa do positivismo: o positivismo jurisprudencial.

Nessa senda, a doutrina constitucional forjada na época de Weimar acabaria condenada ao silêncio, precisamente sacrificada pela realidade política cruel dos totalitarismos. A Teoria Constitucional não ressurgiria novamente até que, com o fim da Segunda Guerra Mundial, surgisse um novo constitucionalismo nos países livres do fascismo e, por outro lado, o constitucionalismo dos países de Terceiro Mundo, os quais ascenderam à independência (García, 1998, p. 84).

Abria-se, assim, a terceira e última etapa: o positivismo jurisprudencial.

O constitucionalismo surgido após a 2ª Grande Guerra trouxe consigo dois dados característicos: desenvolvimento de técnicas e mecanismos jurídicos destinados a racionalizar e controlar o poder, bem como o esta-

belecimento e a universalização do constitucionalismo rígido em todos os Estados, assentando as bases para conferir aos preceitos constitucionais um autêntico valor normativo (García, 1998, p. 85).

As Constituições deixaram, assim, de entender-se como mero sistema simbólico de princípios ideológicos e de formulações políticas, para passarem a ser normas jurídicas com a mesma validade e eficácia que o resto dos preceitos do ordenamento (García, 1998, p. 85).

A Constituição, portanto, passa a pretender força normativa, é dizer, a valorização da Constituição como norma. O principal marco dessa nova compreensão foi consignado pelo Tribunal Constitucional Federal Alemão, a quando do julgamento do denominado Caso Lüth⁴, em que ficou assentado que os Direitos Fundamentais, em que pese apresentarem natureza jurídica de norma principiológica, consagrariam uma ordem objetiva de valores.

A expressão “positivismo jurisprudencial” tem dois possíveis alcances: as decisões do Poder Judiciário são, em verdade, o Direito (trabalho jurisdicional) e a Constituição, que é um universo normativo fechado, abarcando todo o espaço político necessário para a criação do direito. Pela argúcia de seus fundamentos, impende trazer à colação o magistério de García (1998, p. 85-86):

Nada haveria a objetar à relevância e ao valor atribuídos à jurisprudência constitucional, se não fosse pela exclusivista e ambiciosa pretensão de reduzir e concentrar nela toda a problemática da teoria constitucional, a que conduz realmente à distorção e ao abandono das questões capitais do direito público, em torno das quais giraram as grandes polêmicas no passado, e que, por não terem sido definitivamente solucionadas então, continuam sem solução na atualidade.

Um desses temas capitais do direito constitucional foi sempre o de como dar sentido e coerência ao princípio democrático. [...] Toda a história do pensamento constitucional do século XX se apresenta submetida à patética ambigüidade de, por um lado, partir da proclamação solene do princípio democrático e, por outro, de não encontrar os meios para lhe outorgar uma tradução política efetiva.

4 Sobre o caso Lüth, consultar: ALEXY, Robert. Direitos fundamentais, ponderação e racionalidade. In: PIOVESAN, Flávia; GARCIA, Maria (Org.). *Doutrinas essenciais: direitos humanos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 1, p. 915 a 927, 2011; DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. *Teoria geral dos direitos fundamentais*. São Paulo: Atlas, 2012. p. 249 a 264; e CANARIS, Claus-Wilhelm. *Direitos fundamentais e direito privado*. Coimbra: Almedina, 2009. p. 39 a 52 e 78 a 81.

Essa ambiguidade assumirá tonalidades mais dramáticas com a globalização [...], que implicará uma notável redução dos espaços políticos. [...]

[...], a redução de toda a problemática da Constituição a uma doutrina da interpretação jurisprudencial não passa de uma redução injustificada e falaciosa. Para além das questões jurisprudenciais existem outros problemas que são os que verdadeiramente afetam, ou deveriam afetar, a doutrina constitucional. (tradução livre)

Gilberto Bercovici (s.d., p. 07) aduz que o ressurgimento do positivismo jurídico, denominado “neoconstitucionalismo”, dá-se, atualmente, por meio da valorização da Constituição como norma. Com a atuação das Cortes constitucionais europeias e do Conselho Constitucional francês, a Constituição, cada vez mais, é debatida e compreendida apenas sob o aspecto jurisprudencial, ou seja, como um ato escrito pelo juiz constitucional.

Para Dominique Rousseau (1990, p. 06), esta nova ideia de Constituição repousa em três fundamentos: a garantia dos direitos dos governados, a oficialização de uma ideia de direito pelo órgão de controle de constitucionalidade e a criação de um espaço aberto ao reconhecimento indefinido de direitos e liberdades. Isto, em sua opinião, configuraria um “*Lazare constitutionnel*”⁵. Mais adiante, o autor assevera:

A primeira consequência imediata da jurisprudência do Conselho Constitucional é a de produzir uma desvalorização da escrita constitucional, no sentido de que ela não possui mais, e por ela mesma, um significado, se impondo como uma obrigação para os atores constitucionais. As disposições do texto são reduzidas à qualidade de simples palavras que apenas permitem um senso (significado) jurídico após o trabalho jurisdicional de interpretação; ou melhor, poderíamos qualificá-lo, antes da intervenção do Conselho Constitucional, de proposições subjetivas de normas para retomar a expressão de Michel Troper. (Rousseau, 1990, p. 16 – tradução livre)

Segundo Rousseau (1990, p. 16), se fôssemos dar uma explicação com base na psicanálise freudiana, utilizaríamos o mito do assassino do pai para dizer que o Conselho Constitucional mata o texto constitucional, toma o seu lugar e faz revivê-lo por sua voz, sua ação jurisprudencial. A ressurreição da constituição contemporânea da noção de Constituição como ato jurisprudencial deve passar por um apagamento da noção da Constituição como ato escrito. É precisamente este trabalho jurisdicional que faz da Constituição um ato vivo.

5 Tal expressão cunhada pelo constitucionalista francês deriva do personagem bíblico Lázaro, o qual foi ressuscitado por Jesus Cristo (João 11: 1-57). Pode ser entendida como “ressurreição da constituição”.

Concorda-se com Elísio Bastos (2009, p. 37) quando critica a teoria desenvolvida por Dominique Rousseau, aduzindo que tal raciocínio levará à noção de um Poder Constituinte permanente nas mãos da jurisdição constitucional.

Bercovici (s.d., p. 09) assevera que os neoconstitucionalistas são neopositivistas, renovando o ordenamento jurídico ao propor a Constituição jurisprudencial, com o tribunal constitucional assenhorando-se da Constituição, transformando-se em substituto do poder constituinte soberano. Aduz, na esteira da opinião de Dominique Rousseau, que o Conselho Constitucional francês encarna a própria soberania popular, “estabelecendo as bases sociais e filosóficas da comunidade nacional”.

Há, certamente, muitos riscos inerentes ao positivismo jurisprudencial. Bercovici (s.d., p. 08) alerta para o risco de supremacia do poder dos juízes – poder cujos membros não possuem investidura democrática, é dizer, não são eleitos pelo voto popular –, em detrimento do Poder Executivo e do Poder Legislativo, cenário em que os órgãos de controle de constitucionalidade são convertidos em taumaturgos.

Por seu turno, Pablo Verdú (1994, p. 75-76) assinala que, prescindindo do fato de que os transplantes de instituições nem sempre são bem sucedidos, o monopólio do conceito e da prática da Constituição pelos tribunais constitucionais leva, por vezes, a que estes não se limitem a defender e interpretar, como instância máxima, a Lei Fundamental, mas a ensenhorá-la. Expressando-se em termos alemães: não se reduzem a ser o guardião (*Hüter*) da Constituição, mas o Senhor (*Herr*) dela.

Gilberto Bercovici (s.d., p. 09-11) chama atenção para o fato de que o perigo do positivismo jurisprudencial e do excessivo intervencionismo dos órgãos de controle de constitucionalidade para as instituições democráticas existe até mesmo em democracias consolidadas. Aduz que tal situação é muito mais grave e ameaçadora para o Brasil, onde se juntam todos os vícios e problemas estruturais do Judiciário aos das Cortes Constitucionais no mesmo órgão, o STF, o qual, segundo Bercovici, estaria usurpando poderes constituintes.

Nessa senda, pertinente é a crítica de Ingeborg Maus (2000, p. 187), quando indaga: “A pergunta a ser feita é, portanto, a seguinte: não será a Justiça em sua atual conformação, além de substituta do imperador, o próprio monarca substituído?”.

Maus (2000, p. 200) critica a atuação do Judiciário alemão, em especial na jurisprudência de valores criada pela atuação judicial do TCF em

substituição ao Parlamento ao construir os valores da sociedade alemã, a partir de uma imprecisão capaz de suprir e ampliar voluntaristicamente os princípios constitucionais positivados.

Segundo Maus, quando o Judiciário encarna o *superego*, substituindo-se na figura do “Pai” – papel até então desempenhado pelo Monarca –, infantiliza a sociedade, a qual fica órfã e carente de tutela (e de ser tutelada).

Para Maus (2000, p. 185), não se trata da mera ampliação objetiva das funções do Judiciário, com o aumento do poder da interpretação, da crescente disposição para litigar ou da consolidação do controle jurisdicional pelo legislador. Uma representação da Justiça por parte da população que ganha contornos de veneração religiosa acompanha essa evolução.

De acordo com Maus, o tribunal constitucional arroga-se o poder de elaborar a interpretação devidamente constitucional, baseando suas decisões, no caso alemão, em fundamentos constitucionais anteriores à própria Constituição. Ou seja, a competência do tribunal constitucional não deriva da Constituição, mas está acima dela.

O TFC, ao reconhecer a existência de direitos suprapositivos que vinculam o legislador constitucional, procede ao exame de constitucionalidade da própria Constituição. Com Maus (2000, p. 191-192), “o TFC submete todas as outras instâncias políticas à Constituição por ele interpretada e aos princípios suprapositivos por ele afirmados, enquanto se libera ele próprio de qualquer vinculação”. É exatamente nesse contexto que Maus atribui ao tribunal constitucional alemão a prática de “teologia constitucional”.

Esposada a evolução da doutrina constitucional do século XX, em especial com o surgimento da última etapa do positivismo – o positivismo jurisprudencial –, cabe, doravante, analisar a doutrina do ativismo judicial, com enfoque na proteção e garantia dos direitos das minorias, para, após, concluirmos se a decisão prolatada pelo Judiciário, nos casos ora analisados, apaga e reescreve o texto constitucional ou, ao revés, o concretiza, a partir do emprego da técnica de interpretação conforme, na esteira do ensinamento de Verdú (1994, p. 41-45), segundo o qual não basta ter Constituição, mas é preciso estar em Constituição.

3 JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL E A IMPLEMENTAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS PELO PODER JUDICIÁRIO: ENTRE A GUARDA DA CONSTITUIÇÃO E O ATIVISMO JUDICIAL

Neste tópico, analisar-se-á o exercício da jurisdição constitucional como instrumento de realização dos objetivos constitucionais. Decerto a

Constituição apresenta-se como meio de realização de políticas públicas, visando, inclusive, concretizar os direitos fundamentais, os quais carregam, em seus núcleos, os valores supremos da sociedade.

3.1 A JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL, DEMOCRACIA E CONCRETIZAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS DAS MINORIAS

A jurisdição constitucional resulta do Estado de Direito, tem ela a importante missão de dar concretude ao projeto constitucional desenhado no texto da Carta Política. De acordo com Walber Agra (2015, p. 106), a jurisdição constitucional é a função do Estado que tem a missão de dar concretude aos mandamentos insertos na Constituição.

A jurisdição constitucional tem a incumbência de realizar os comandos constitucionais, de modo que, “se a jurisdição constitucional não for realizada segundo os parâmetros do regime democrático e dos direitos fundamentais, ela deixa de ser um esteio do Estado Democrático Social de Direito e passa a ser uma chancela da arbitrariedade” (Agra, 2015, p. 107).

Dentre diversos fatores que têm contribuído para a expansão global da jurisdição constitucional – a perda de legitimidade dos poderes políticos –, sobretudo nas democracias ocidentais, está a busca por uma maior força normativa aos direitos fundamentais, o que envolve a extração de comando de normas com textura aberta e, assim, gozando de um grande teor de abstração.

É certo que se deve ter o cuidado para não identificar no Poder Judiciário o principal agente protetor dos Direitos Fundamentais. Todavia, também não se pode negar que a identificação desses Direitos como formadores de uma ordem objetiva de valores culminou, na prática, com a oferta de uma maior relevância ao trabalho do intérprete, e com a oferta de uma grande amplitude aos limites de sua atuação.

Assim, esse processo de expansão da jurisdição constitucional leva alguns críticos (Maus, 2000; Bercovici, 2004; Agra, 2015) a sustentar que está havendo um processo de involução do Estado Democrático e Social de Direito, configurando-se um Estado Jurisdicional, em que os tribunais constitucionais e seus membros não adquirem legitimidade por intermédio do sufrágio universal, gerando reações por parte dos poderes políticos, cujos membros possuem investidura democrática, no sentido de limitar a atuação dos juízes.

Agra (2015, p. 111) discorre sobre a tensão entre o político e o jurídico, aduzindo que esse conflito decorre de duas funções e dois princípios:

a função fiscalizadora do órgão que exerce a jurisdição constitucional e a função de legislar por parte dos membros do Legislativo, bem como os princípios majoritário e da supralegalidade constitucional, este último possuindo maior densidade por ser oriundo do Poder Constituinte.

Todos os três Poderes devem atuar harmonicamente para assegurar os Direitos Fundamentais, inobstante reconheçamos que cada poder possui formas de atuação próprias. O Poder Legislativo, cuja atuação é pautada pelo princípio da soberania popular, possui a tarefa de representar os interesses da maioria. O Poder Judiciário, ao realizar e dar vida aos mandamentos constitucionais, não está vinculado aos interesses majoritários, podendo, assim, resguardar e proteger os direitos e interesses das minorias.

Indubitavelmente, o controle judicial de constitucionalidade das leis enquadra-se como uma das mais importantes atividades exercidas pela jurisdição constitucional, uma vez que é por meio dessa ferramenta que se garante, judicialmente, a supremacia da constituição. Como já se viu, os direitos fundamentais constituem-se como valores supremos da sociedade, devendo servir de parâmetro para o controle judicial da atividade do Estado.

Seguindo essa linha de raciocínio, Barroso (2006, p. 02) afirma que um dos fundamentos do controle de constitucionalidade é a proteção dos direitos fundamentais, inclusive das minorias, em face de maiorias parlamentares eventuais. No âmbito da jurisdição constitucional, Barroso (2006, p. 88-89) traça a relação – muitas vezes de tensão – entre a jurisdição constitucional e a democracia:

[...]. Constitucionalismo significa, em essência, limitação poder e supremacia da lei (Estado de direito, *rule of law*, *Rechtsstaat*). Democracia, por sua vez, em aproximação sumária, traduz-se em soberania popular e governo da maioria.

Entre constitucionalismo e democracia podem surgir, eventualmente, pontos de tensão: a vontade da maioria de pode ter de estancar diante de determinados conteúdos materiais, orgânicos ou processuais da Constituição. Em princípio, *cabe à jurisdição constitucional* efetuar esse controle e garantir que a deliberação majoritária observe o procedimento prescrito e não vulnere os consensos mínimos estabelecidos na Constituição. (grifos nossos)

De modo a compatibilizar democracia e jurisdição constitucional, Cláudio Neto e Daniel Sarmiento (2013, p. 132) afirmam que a democracia não equivale à mera prevalência da vontade das maiorias, mas corresponde a um ideal político mais complexo, que também envolve o respeito aos direitos fundamentais e a valores democráticos.

Souza Neto e Sarmiento (2013, p. 133-134) atribuem a essa relação – entre democracia e jurisdição constitucional – a expressão de “tensão sinérgica”, afirmando que o manejo adequado do controle de constitucionalidade tem o condão de proteger pressupostos necessários ao bom funcionamento da democracia, a exemplo das regras equânimes do jogo político e os direitos fundamentais. Entretanto, assinalam, na esteira do pensamento de Ingeborg Maus, que a jurisdição constitucional não pode se transformar no fórum central dos conflitos políticos, sociais e morais mais relevantes da sociedade, ou como a detentora do poder de ditar a “última palavra” sobre o sentido da Constituição.

Na esteira dos ensinamentos de Dworkin, asseveram que “os direitos fundamentais devem prevalecer, como ‘trunfos’, sobre a vontade das maiorias, pois expressam exigências morais que se impõem à política” (Souza Neto; Sarmiento, 2013, p. 153).

Conceber os Direitos Fundamentais como trunfos é pressupor sua indisponibilidade aos Poderes Públicos, mesmo quando este Poder esteja legitimado democraticamente pelo voto, contando com o apoio, ao menos em tese, da maioria da população. Grimm (2006, p. 276) aduz que, a partir do caso Lüth, o TCF alemão concluiu que as exigências dos direitos fundamentais não seriam apenas válidas para o legislador, mas também no momento de interpretação e aplicação das leis. Desta forma, a proteção dos direitos fundamentais foi alçada para o nível de aplicação do direito. É dizer, leis que restrinjam direitos fundamentais devem ser interpretadas à luz do direito fundamental restringido.

Grimm (2006, p. 279) pontua que, onde a política se deixa aprisionar pelo benefício de curto prazo para a próxima eleição, os direitos fundamentais lembram-lhe suas diretrizes de objetivos e obrigações de longo prazo, superiores aos interesses partidários. “Onde a política cede à pressão de poderosos interesses ou tem preferência por sua clientela, os direitos fundamentais lembram o preceito de igualdade de tratamento”.

Após a década de 1950, o ativismo constitucional extraiu sua legitimidade da defesa dos direitos fundamentais das minorias.

Com subsídio na doutrina de John Hart Ely, Sampaio (2002, p. 75-76) ressalta a importância da identificação, pela legislação, dos grupos sociais excluídos, como forma de protegê-los contra os atos discriminatórios da maioria que objetivem excluí-los de participar ativamente do processo político, como forma de desobstruir os canais das mudanças políticas. Esclarece o autor, contudo, que essa proteção limita-se a assegurar-lhes direitos de

igual participação, de correção procedimental, e não de prevalência de suas opções valorativas.

Para Sampaio (2002, p. 76-77), as minorias gozam de benefícios diante da atuação do juiz constitucional, visto que, imbuídos de iguais oportunidades de defender suas ideias, possuem maior probabilidade de êxito frente aos grupos majoritários e do processo legislativo, uma vez que os juízes “estariam mais capacitados [...] ‘a escutar as vozes dos excluídos’ e, com isso, assegurar a presença ‘das vozes até agora ausentes dos distintos grupos sociais emergentes’”.

Evidente que tal expectativa em relação ao Judiciário revela-se otimista, como será toda visão que cegamente aposte em qualquer dos Poderes Públicos como capacitados para proteger os Direitos Fundamentais, inclusive os da minoria.

Afinal, não deve ser esquecido que a teoria dos Direitos Humanos (e a ideia-força ínsita à referida teoria) nasce justamente tendo o Estado como o principal agente a ser por ela limitado, pelo que tais Direitos devem sempre buscar uma distância crítica do Estado, pelo que há sempre algo de contraditório em sustentar uma teoria de Direitos Fundamentais cuja proteção espera-se que seja, exclusiva ou prioritariamente, conduzida pelo Estado. É razoável supor que será sempre parcial o êxito de um limite cuja fiscalização caiba ao próprio poder a ser limitado. É razoável supor, todavia, que, sem o auxílio da força do Estado, a proteção dos Direitos Fundamentais também nunca será completa.

Seja como for, no Brasil, o STF é o órgão judiciário que, a um só tempo, exerce a jurisdição constitucional e funciona como última instância da jurisdição ordinária. Assim, espera-se que a atuação desse Tribunal seja no sentido de compatibilizar os valores democráticos com a proteção dos direitos fundamentais, abstendo-se de ser o fórum onde se soluciona questões eminentemente políticas.

3.2 A CONSTITUIÇÃO DIRIGENTE, CONTROLE JUDICIAL DE POLÍTICAS PÚBLICAS, POSITIVISMO JURISPRUDENCIAL E ATIVISMO JUDICIAL: UMA TENTATIVA DE DELIMITAÇÃO CONCEITUAL

A judicialização como consequência inexorável da Constituição Dirigente e dos Direitos Fundamentais como ordem objetiva de valores manifesta-se, consoante afirmam Tate e Vallinder (1995, p. 27-36), de dois modos distintos: com a transferência das decisões políticas para o Poder Judiciário e com a utilização de métodos judiciais de decisão para fora das Cortes

de direito propriamente ditas. O primeiro modo é o campo do ativismo judicial.

Com razão Barroso (2009), no sentido de que o ativismo é uma atitude do Magistrado que envolve uma forma proativa de interpretar a Constituição, aplicando-a direta e amplamente, fixando, com isso, obrigações aos demais Poderes, mas não apenas a eles, a todo e qualquer jurisdicionado. O ativismo poderá ser, assim, direcionado aos demais poderes políticos, mas, também, aos jurisdicionados em geral.

Tal fixação de obrigações pode ser feita dentro dos vastos limites da interpretação das normas principiológicas. Quando os ultrapassa, surge o positivismo jurisprudencial: a noção, ainda que velada, de que as decisões do Judiciário são, em verdade, o Direito.

Registre-se, ademais, que nossa Constituição da República revela-se como uma Constituição Dirigente. Ela serve para conferir validade e unidade às normas ordinárias, para definir as entidades básicas do Estado, suas respectivas competências e o modo de aquisição do poder político. Porém, o que lhe confere o adjetivo “dirigente” é a previsão, em seu corpo, explícita e implicitamente, de um programa de deveres que exigem do Estado, inclusive do Legislador, uma série de políticas públicas tendentes a transformar a realidade social, alterando a sociedade (Canotilho, 1997, p. 45).

Correto, portanto, Bercovici (2004, p. 11) quando aduz que, para Canotilho, “o núcleo da ideia de Constituição Dirigente é a proposta de legitimação material da Constituição pelos fins e tarefas previstos no texto constitucional”.

Bercovici (s.d., p. 03-04) também esclarece que a dimensão histórica das Constituições é complementada pela sua estrutura teleológica, orientada para o futuro, em que as Constituições contemporâneas pretendem a transformação da sociedade, por meio de um ordenamento que vale no presente e pode estabelecer as bases para o futuro. Para o autor, apesar de a Constituição, por si só, não resolver problemas sociais, ela permite a criação de uma política constitucional consciente e com o objetivo de realização dos seus conteúdos.

Assim, deposita-se a confiança da efetivação das “metas constitucionais” ao Poder Judiciário, o qual seria, em tese, o melhor caminho para a garantia e proteção dos direitos fundamentais (Bercovici, s.d., p. 04). A verdade é que a doutrina, especialmente a constitucional e processual, muito discute sobre a (im)possibilidade do Poder Judiciário interferir no processo

de *policy-making*, é dizer, sobre sua atuação na formulação e implementação de políticas públicas.

Fábio Konder Comparato (1998, p. 45-48) defende o controle de constitucionalidade das finalidades das políticas públicas, sejam elas expressas ou tácitas, bem como os meios utilizados para alcançar tais fins, de modo que se abrisse caminho para o Poder Judiciário atuar tanto no controle das políticas públicas, como na efetivação de direitos sociais.

Canotilho (2003, p. 945-946) é mais cauteloso, uma vez que identifica dificuldade no controle da constitucionalidade de políticas públicas, vez que a *policy* conformaria um padrão de conduta constitucional com o fito de realizar determinadas tarefas, retirando-se a escolha dos órgãos políticos. O constitucionalista português afirma, ainda, que os juízes não se podem transformar em conformadores sociais, bem como não seria democrático obrigar jurisdicionalmente os órgãos políticos a cumprirem determinado programa de ação.

O controle de constitucionalidade de políticas públicas só seria possível, segundo Canotilho (2003, p. 946), no que se refere à compatibilidade formal e material com os princípios e normas constitucionais. Osvaldo Canela Júnior (2011, p. 147) defende que a atuação do Poder Judiciário tem papel residual no processo de formulação e implementação de políticas públicas. Segundo o autor, os protagonistas desse processo são os poderes políticos: Legislativo e Executivo.

Por sua vez, Jean Carlos Dias (2016, p. 51-52) entende que, muito embora a função de *policy-maker* não seja uma atividade precípua do Poder Judiciário, sendo o Poder Executivo e o Poder Legislativo os legitimados para identificação dos objetivos públicos, não quer dizer que as *policies* não se submeterão à sua apreciação em caso de violação de direitos fundamentais.

Hodiernamente, com o aumento da disposição da sociedade para o litígio, muitas questões são levadas à apreciação do Poder Judiciário, inclusive questões políticas, antes afetas exclusivamente aos Poderes representativos. Os próprios partidos políticos, quando perdem determinada demanda no Parlamento, muitas vezes levam a questão ao conhecimento do Judiciário para tentar reverter o quadro.

Ada Pellegrini (2010, p. 18) justifica a intervenção do Poder Judiciário para corrigir os rumos das políticas públicas, quando equivocadas, ou para implementá-las, compatibilizando-as com os objetivos fundamentais da República (CF/1988, art. 3º). A autora assinala que, atuando nessas condições,

o controle exercido pelo Judiciário não fere o princípio da separação dos poderes (Grinover, 2010, p. 35).

Conforme Clève (2015, *online*), “pode o Poder Judiciário [...] fulminar políticas públicas que estejam contrastando as disposições constitucionais”, como, por exemplo, o princípio jurídico da igualdade. Assim, caso o Judiciário seja demandado apropriadamente, transforma-se num importante instrumento de formação de política públicas.

Fixadas todas essas premissas teóricas, partindo da análise da evolução da doutrina constitucional no século XX, perpassando a um exame do papel da jurisdição constitucional na concretização dos direitos fundamentais para, ao final, discorrer sobre a Constituição Dirigente, o controle judicial de políticas públicas e o ativismo judicial, passar-se-á, doravante, à análise das decisões proferidas pelos tribunais superiores já esposadas no item “2”, sob a ótica do positivismo jurisprudencial e da função da jurisdição constitucional na realização dos objetivos e metas constitucionais.

4 FINANCIAMENTO DE CAMPANHA DE MULHERES E JUDICIÁRIO: POSITIVISMO JURISPRUDENCIAL OU ATIVISMO JURISDICCIONAL?

Como já adiantado na introdução, defende-se, neste artigo, a adequação das decisões proferidas pelo STF, na ADIn 5617, e pelo TSE, na Consulta nº 0600252-18.2018.6.00.0000, à ordem jurídico-constitucional.

Não há o mínimo parâmetro de razoabilidade entre a Lei nº 13.165/2015, a qual, em seu art. 9º, estipulou um teto de gastos na ordem de 15% e um valor mínimo de 5% de aplicação de recursos do fundo partidário nas campanhas eleitorais das mulheres, com o percentual mínimo obrigatório reservado aos partidos políticos para o lançamento de candidaturas de cada sexo – que é de 30% –, previsto no art. 10, § 3º, da Lei nº 9.504/1997 (Lei das Eleições), sempre conformado por candidaturas femininas.

Um absurdo que o legislador infraconstitucional tenha pretendido, a pretexto de criar uma política pública de “incentivo”, positivar uma discriminação ainda maior, uma vez que as candidaturas femininas que somam, no mínimo, 30% do total de candidaturas efetivamente registradas pelo partido político, amealhem no máximo 15% dos recursos do fundo partidário, podendo chegar, caso empregado o patamar mínimo, a 5%. Noutra giro, as candidaturas masculinas, que quase preenchem 70% das vagas, amealhem, no mínimo, 85%, percentual esse que pode se estender ainda mais, podendo alcançar a marca de 95% do total de recursos destinados ao financiamento de campanhas eleitorais.

A saída encontrada pelo STF, ao aplicar a técnica de interpretação conforme à Constituição, para sedimentar o entendimento de que se às candidaturas de cada gênero é reservado o percentual mínimo de 30% das vagas, o mesmo percentual mínimo deve ser empregado nessas candidaturas, elevando-se à medida que o percentual da candidatura da candidatura do sexo minoritário for elevado, certamente atendeu aos objetivos de nossa República consignados na Constituição de 1988, dentre eles o de construir uma sociedade livre, justa e solidária, bem como de promover o bem de todos, não se tolerando, no ordenamento jurídico brasileiro, discriminações injustificadas (Clève, 2015, *online*).

No exercício da jurisdição constitucional, o STF resgatou a observância do princípio constitucional da igualdade que, nas palavras de Joaquim Barbosa (2001, p. 21), “deixa de ser simplesmente um princípio jurídico a ser respeitado por todos, e passa a ser um objetivo constitucional a ser alcançado pelo Estado e pela sociedade”, princípio esse que havia sido vilipendiado por uma discriminação perversa do legislador ordinário.

O STF, portanto, observando os limites de sua atuação como órgão estatal legitimado a exercer a jurisdição constitucional (motivação e convencimento), implementou importante ação afirmativa, a qual encontra o seu respaldo no texto constitucional, uma vez que é totalmente compatível com o princípio da igualdade material previsto no art. 5º.

Sobre o tema, Marcelo Neves (2008, p. 174) obtempera que a utilização de vantagens competitivas em favor das minorias poderá ser constitucionalmente fundamentada como a institucionalização de meios jurídico-políticos que se destinam a viabilizar a integração igualitária de todos os cidadãos no Estado e na sociedade. Assim, “esta compreensão da cidadania como inclusão ou, nos termos usados por Neves, *‘integração jurídico-política generalizada e igualitária à sociedade’*, pressupõe a remoção de óbices à participação democrática” (Bertolin; Benedito, 2013, p. 377).

Clarividente que os dispositivos impugnados pelo Judiciário criaram, enquanto produziram efeitos, barreiras quase intransponíveis à igualdade de oportunidades entre candidatos e candidatas. Decerto também que o legislador constituinte erigiu a autonomia partidária a princípio constitucional (CF/1988, art. 17, § 1º). “Essa regulamentação, no entanto, deverá observar os Direitos Fundamentais garantidos pelo texto constitucional de 1988” (Mezzaroba, 2018, p. 280).

Com efeito, outra violação produzida pelos atos normativos atacados foi, justamente, limitar indevidamente o princípio da autonomia partidária.

ria, uma vez que, ao criar um teto de gastos para as campanhas femininas, impedia que o partido político investisse percentual superior a 15% dos recursos da fatia do fundo partidário, caso assim desejasse, impossibilitando que a agremiação se organizasse da forma como entendesse conveniente.

Oridez Mezzaroba (2018, p. 284) assinala que nossa atual Constituição da República, ao reconhecer os partidos políticos como instituições de direito privado, dotados de autonomia interna *corporis*, mesmo que lhes tenha delegado a incumbência da representação política, passou a garantir a insubsistência de qualquer ato que se caracterize como intervenção à organização partidária.

Ademais, impossível negar que as mulheres integram a classe das minorias, não por critérios matemáticos, mas por diminuto poder de decisão (político, econômico ou social) na sociedade, se comparado com os homens. Compõem, assim, um grupo vulnerável em ambiente social em que o gênero masculino goza de nítida e indevida vantagem, eis que amparado por normas que o próprio gênero beneficiado produz.

Portanto, não há como sustentar que o STF e o TSE, nestes casos ora analisados, atuaram no sentido de atribuir a si próprios como sendo as últimas instâncias morais da sociedade, substituindo-se a atuação parlamentar, uma vez que “é verdade que um dos papéis institucionais mais importantes de uma Corte Constitucional é proteger os direitos das minorias diante dos abusos das maiorias” (Souza Neto; Sarmiento, 2013, p. 138).

Cláudio Neto e Daniel Sarmiento (2013, p. 149-152) elegem alguns parâmetros que devem ser empregados para calibrar a presunção de constitucionalidade dos atos normativos e o grau de ativismo do Poder Judiciário no exercício da jurisdição constitucional. Dentre eles está a proteção de minorias estigmatizadas (ou impopulares), cujos direitos poderiam ser atropelados em outras esferas.

Souza Neto e Sarmiento (2013, p. 153) reconhecem que as mulheres, apesar de numericamente representar a maioria da população brasileira – e, adiciona-se, do eleitorado –, ainda sofrem grave discriminação de gênero, e são sub-representadas nas esferas do poder político, social e econômico. Nessa senda, Loiane Verbicaro (2005, p. 14) preleciona que a transferência de decisões da esfera legislativa à judiciária é benéfica, sobretudo, às minorias ligadas a setores pouco integrados à tradição democrática.

Dworkin (2005, p. 32) afirma que se os tribunais tomam a proteção de direitos individuais como sua responsabilidade, então as minorias ganharão em poder político. Aduz, ainda, que a transferência das decisões do Legisla-

tivo ao Judiciário não retardará o ideal democrático de igualdade do poder político. Ao revés, pode muito bem promover esse ideal.

Por tudo o que foi exposto, entendemos ter o Poder Judiciário brasileiro, nestes casos, atuado dentro dos limites das suas funções, sem invadir indevidamente o campo de atuação dos outros dois poderes políticos. Por conseguinte, não há falar em incidência no chamado “positivismo jurisprudencial”, tendo a atuação das Cortes Superiores brasileiras se aproximado muito mais de um ativismo “constitucional”, uma vez que, ao corrigir e implementar políticas públicas, concretizaram os direitos fundamentais e princípios constitucionais insculpidos na Carta Política de 1988.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O ordenamento jurídico deve obediência à Constituição, de modo que a teoria do *judicial review of legislation* inspira a própria jurisdição constitucional.

É inegável que o Poder Judiciário brasileiro, seguindo a tendência de hiperjudicialização das demandas sociais inaugurada com a passagem do Estado Liberal para o Estado Democrático e Social de Direito, vem se arvorando, em alguns casos, nas competências típicas dos poderes políticos do Estado: Executivo e Legislação.

Contudo, igualmente inegável que a Constituição estabelece uma direção, estipula metas e objetivos a serem cumpridos pelo Estado. Por óbvio, a Corte Constitucional – o Supremo Tribunal Federal, no caso brasileiro – tem a incumbência de, no exercício da jurisdição constitucional, concretizar tais comandos constitucionais, com o fito de assegurar a observância dos princípios constitucionais.

O positivismo jurisprudencial é facilmente identificável em diversas ocasiões em que o Supremo Tribunal Federal, julgando matérias político-eleitorais (como, por exemplo, a ADIn 4650), tem usurpado as funções do Poder Legislativo, transferindo da seara política para a seara jurídica questões de escolhas políticas, as quais deveriam ser decididas pelos representantes eleitos pelo voto popular. Nesses casos, seguramente, o Poder Judiciário tem atuado como se fosse a última instância moral da sociedade, parafraseando Ingeborg Maus.

Entretanto, nos casos examinados neste artigo, as decisões proferidas pelo Poder Judiciário Eleitoral – sobretudo o STF no exercício da jurisdição constitucional – foram acertadas, uma vez que inexoravelmente concretiza-

ram direitos fundamentais e princípios constitucionais, mormente o princípio da igualdade.

Cumprir destacar que a igualdade de oportunidades entre os candidatos é axioma do eleitoralismo mundial.

Ao corrigir os rumos de uma política pública antes perversa e discriminatória, a Corte Constitucional brasileira, por meio da força de direção do direito constitucional, implementou política pública igualitária, transformando a realidade através do Direito.

O ano de 2018, indubitavelmente, é um marco na luta das mulheres para reverter esse quadro de desigualdade política, uma vez que o aumento da participação feminina no processo eleitoral não se dará de forma natural.

É cediço que a competência para criação de políticas públicas é do Poder Legislativo, mas o Judiciário jamais poderá se furtar de garantir efetividade a determinada política pública previamente criada, mormente quando ela, em seu conteúdo, viola direitos fundamentais, como nos casos ora examinados.

Entende-se, portanto, que a interpretação constitucional conferida pelo Poder Judiciário nos julgamentos da ADIn 5617 (STF) e da Consulta nº 0600252-18.2018 (TSE), ao destinar, nos termos do art. 10, § 3º, da Lei das Eleições, o mínimo de 30% do fundo partidário, do fundo especial para financiamento de campanha e do tempo de propaganda eleitoral no rádio e na televisão, foi, até o presente momento, o maior passo em direção à maior representação feminina na arena política brasileira, visto que combateram os principais obstáculos encontrados pelas mulheres nas campanhas eleitorais: a falta de recursos financeiros e de espaço na propaganda eleitoral.

O caminho para se atingir a isonomia na representação política entre os gêneros é longo, uma vez que depende muito também de outros fatores, inclusive socioculturais. Mas, a nosso sentir, o cenário doravante é auspicioso.

Finalizando, Walber Agra (2015, p. 1093), a partir dos ensinamentos de Simone de Beauvoir, destaca que “uma mulher não nasce mulher, ela se faz mulher, o palmilhar edificante para a emancipação feminina, apesar de estar em evolução, certamente ainda precisa de mais avanços nas variadas sendas da sociedade”.

Assim, a intensificação do combate à discriminação da mulher é medida que se impõe nas mais variadas esferas da sociedade. E, parafraseando Beauvoir, a conquista da cidadania não é um apanágio que ocorre com

o nascimento, mas um qualificativo conquistado com mobilização e luta, ensina Agra (2015).

Cass R. Sunstein (1994, p. 1390) sustenta que “a conquista da igualdade política é um importante objetivo constitucional”. O dia em que o Brasil conquistá-la, será ela – a igualdade – nossa *virtude soberana*.

REFERÊNCIAS

AGRA, Walber de Moura. A expansão da jurisdição constitucional. *Fides*, Natal, v. 6, n. 1, p. 105-118, jan./jun. 2015.

_____. Teratologia da paridade de representação nos mandatos parlamentares. *Revista Brasileira de Estudos Constitucionais – RBEC*, Belo Horizonte, a. 9, n. 32, p. 1083-1095, 2015.

ALEXY, Robert. Direitos fundamentais, ponderação e racionalidade. In: PIOVESAN, Flávia; GARCIA, Maria (Org.). *Doutrinas essenciais: direitos humanos*.

São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 1, p. 915 a 927, 2011.

BARROSO, Luís Roberto. *O controle de constitucionalidade no Direito brasileiro*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

_____. Judicialização, ativismo e legitimidade democrática. *Revista de Direito do Estado*, Rio de Janeiro, n. 13, p. 71-91, jan./mar. 2009.

BASTOS, Elísio Augusto Velloso. *A garantia jurisdicional da Constituição brasileira: análise e propostas para seu aprimoramento*. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2009.

BERCOVICI, Gilberto. Constituição e política: uma relação difícil. *Lua Nova [online]*, n. 61, p. 5-24, 2004. DOI: 10.1590/S0102-64452004000100002.

_____. A concretização da Constituição e o positivismo jurisprudencial. Artigo não publicado.

BERTOLIN, Patrícia Tuma Martins; BENEDITO, Alessandra. Ações afirmativas. In: SMANIO, Gianpaolo Poggio; BERTOLIN, Patrícia Tuma Martins (Org.). *O direito e as políticas públicas no Brasil*. São Paulo: Atlas, 2013.

BRASIL. Lei nº 9.096, de 19 de setembro de 1995. Dispõe sobre partidos políticos, regulamenta os arts. 17 e 14, § 3º, inciso V, da Constituição Federal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9096.htm>. Acesso em: 10 jun. 2018.

_____. 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: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9100.htm>. Acesso em: 10 jun. 2018.

- _____. Lei nº 9.504, de 30 de setembro de 1997. Estabelece normas para as eleições. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/l9504.htm>. Acesso em: 10 jun. 2018.
- _____. 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: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/lei/l12034.htm>. Acesso em: 10 jun. 2018.
- _____. Lei nº 13.165, de 29 de setembro de 2015. Altera as Leis nºs 9.504, de 30 de setembro de 1997, 9.096, de 19 de setembro de 1995, e 4.737, de 15 de julho de 1965 – Código Eleitoral, para reduzir os custos das campanhas eleitorais, simplificar a administração dos Partidos Políticos e incentivar a participação feminina. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13165.htm>. Acesso em: 10 jun. 2018.
- _____. Supremo Tribunal Federal. ADIn 5617. Relator: Ministro Edson Fachin, 2018.
- _____. Tribunal Superior Eleitoral. Consulta nº 0600252-18.2018. Relatora: Ministra Rosa Weber, 2018.
- CANARIS, Claus-Wilhelm. *Direitos fundamentais e direito privado*. Coimbra: Almedina, 2009.
- CANELA JUNIOR, Osvaldo. *Controle judicial de políticas públicas*. São Paulo: Saraiva, 2011.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. Coimbra: Almedina, 1997.
- _____. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.
- CLÈVE, Ana Carolina de Camargo. Política pública de incentivo à participação feminina na política: a Justiça Eleitoral como partícipe no processo de inclusão. *Ballot*, Rio de Janeiro: UERJ, v. 1, n. 2, p. 82-102, set./dez. 2015.
- CLÈVE, Clèmerson Merlin. Ações afirmativas, justiça e igualdade. *Revista Jus Navigandi*, ISSN 1518-4862, Teresina, a. 20, n. 4416, 4 ago. 2015. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/36521>>. Acesso em: 8 jan. 2019.
- COMPARATO, Fábio Konder. Ensaio sobre o juízo de constitucionalidade de políticas públicas. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília: Senado Federal, n. 138, p. 39-48, abr./jun. 1998.
- DIAS, Jean Carlos. *O controle judicial de políticas públicas*. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2016.
- DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. *Teoria geral dos direitos fundamentais*. São Paulo: Atlas, 2012.

DWORKIN, Ronald. *Uma questão de princípio*. Trad. Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

GARCÍA, Pedro de Vega. Jurisdicción constitucional y crisis de la Constitución. *Revista de Estudios Políticos*, No. 7, p. 93-118, 1979.

_____. El tránsito del positivismo jurídico al positivismo jurisprudencial en la doctrina constitucional. Teoría y realidad constitucional. Madrid: Universidad Nacional de Educación a Distancia. *Editorial Centro de Estudios Ramón Areces*, n. 1, p. 65 a 87, 1. sem. 1998.

GOMES, Joaquim Benedito Barbosa. *Ação afirmativa e princípio constitucional da igualdade: o direito como instrumento de transformação social. A experiência dos EUA*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

GRIMM, Dieter. *Constituição e política*. Trad. Geraldo de Carvalho. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

GRINOVER, Ada Pellegrini. O controle das políticas públicas pelo Poder Judiciário. *Revista do Curso de Direito da Faculdade de Humanidades e Direito*, v. 7, n. 7, p. 9-37, 2010.

MAUS, Ingeborg. Judiciário como superego da sociedade: o papel da atividade jurisprudencial na “sociedade órfã”. *Novos Estudos*, São Paulo: Cebrap, n. 58, p. 183 a 202, nov. 2000.

MEZZAROBBA, Orides. *Teoria geral do direito partidário e eleitoral*. Florianópolis: Qualis, 2018.

NEVES, Marcelo. *Entre Têmis e Leviatã: uma relação difícil*. São Paulo: Martins Fontes, 2008.

ROUSSEAU, Dominique. Une r surrection: la notion de Constitution. *Revue du Droit Public et de la Science Politique en France et a l’ tranger*, Paris: LGDJ, n. 1, p. 5-22, jan./fev. 1990.

SAMPAIO, Jos  Ad rcio Leite. *A constitui o reinventada pela jurisdi o constitucional*. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

SARMENTO, Daniel; SOUZA NETO, Cl udio Pereira. Notas sobre jurisdi o constitucional e democracia: a quest o da “ ltima palavra” e alguns par metros de autoconten o judicial. *Revista Quaestio Iuris*, v. 06, n. 02, p. 119-161, 2013. ISSN 1516-0351. DOI: 10.12957/rqi.2013.11773.

SUNSTEIN, Cass Robert. Political equality and unintended consequences. *Columbia Law Review*, v. 94, p. 1390-1414, 1994.

TATE, C. Neal; VALLINDER, Torbj rn. *The global expansion of Judicial Power: the judicialization of politics*. New York; London: New York University Press, 1995.

VERBICARO, Loiane Prado. A judicializa o da pol tica   luz da teoria de Ronald Dworkin. In: Conpedi, Fortaleza. *Anais do XIV Congresso Nacional*. Florian polis: Funda o Boiteux, 2005.

VERDÚ, Pablo Lucas. *La Constitución en la encrucijada (palingenesia iuris politici)*. Madrid: Real Academia de Ciencias Morales y Políticas, 1994.

Sobre os autores:

Pedro Henrique Costa de Oliveira | *E-mail:* pedrohco.adv@gmail.com

Mestre em Direito e Políticas Públicas pelo Programa de Pós-Graduação em Direito do Centro Universitário do Estado do Pará – PPGD/CESUPA, Especialista em Direito Público pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais – PUC-Minas e em Direito Eleitoral pelo Instituto Brasiliense de Direito Público – IDP, Professor de Direito Eleitoral do Centro Universitário FIBRA e da Faculdade de Belém – FABEL, onde também integra o corpo docente do curso de pós-graduação *lato sensu* em Direito Eleitoral, Presidente da Comissão de Direito Eleitoral da OAB/PA (gestão 2015-2018); Bacharel em Direito pelo CESUPA, Membro-Fundador da Academia Brasileira de Direito Eleitoral e Político – ABRADep, Advogado.

Elísio Augusto Velloso Bastos | *E-mail:* elisiobastos@oi.com.br

Doutor em Direito do Estado pela Universidade de São Paulo (USP), Professor de Graduação e do Mestrado do Centro Universitário do Estado do Pará – CESUPA, Advogado, Procurador do Estado do Pará.

Data da submissão: 23 de janeiro de 2019.

Data do aceite: 12 de março de 2020.