



**Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro**

**A DEMOCRACIA E O POVO: LIMITES AO ATIVISMO JUDICIAL BRASILEIRO A  
PARTIR DA EXPERIÊNCIA DA “LEI DO FICHA LIMPA” (LC 135/10)**

**Luciene Doria da Rocha**

**Rio de Janeiro  
2013**

A Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro – EMERJ – não aprova nem reprova as opiniões emitidas neste trabalho que são de responsabilidade exclusiva da autora.

LUCIENE DORIA DA ROCHA

A DEMOCRACIA E O POVO: LIMITES AO ATIVISMO JUDICIAL BRASILEIRO A  
PARTIR DA EXPERIÊNCIA DA “LEI DO FICHA LIMPA” (LC 135/10).

Monografia apresentada à Escola da Magistratura do  
Estado do Rio de Janeiro, como exigência para  
obtenção do título de Pós-Graduação.

Orientador: Prof. Guilherme Sandoval Góes.

Coorientadora: Prof. Néli Luiza Cavalieri Fetzner.

Rio de Janeiro  
2013

LUCIENE DORIA DA ROCHA

A Democracia e o Povo : limites ao ativismo judicial brasileiro a partir da experiência da “lei do ficha limpa” (LC 135/10).

Monografia apresentada à Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro, como exigência para obtenção do título de Pós-Graduação.

Orientador: Prof. Guilherme Sandoval Góes.

Coorientadora: Prof. Néli Luiza Cavalieri Fetzner.

**Data de Aprovação:**

Banca Examinadora:

---

Prof. Dr. Guilherme Sandoval Góes – Orientador.

---

Des. Cláudio Brandão de Oliveira – Presidente.

---

Dr. Rafael Mario Iorio Filho – Convidado.

“Todos os conceitos significantes da teoria moderna do Estado são conceitos teológicos secularizados.”

Carl Schmitt

“Então naquele dia clamareis por causa do vosso rei, que vós houverdes escolhido, mas o Senhor não vos ouvirá naquele dia. Porém o povo não quis ouvir a voz de Samuel; e disseram: Não, mas haverá sobre nós um rei.”

I Samuel 8, 18-19

“Os homens, a princípio, não tinham outros rei senão os deuses, nem outro governo senão o teocrático. Fizeram o raciocínio de Calígula, que, na época era justo. É necessária uma longa alteração de sentimentos e ideias para que se possa resolver-se a tomar seu semelhante como senhor, e gabar-se de estar certo.”

Jean-Jacques Rousseau

“Hoje eu não quero sofrer; não quero ver ninguém chorar. Hoje eu não quero saber de ouvir dizer que não vai dar. Vai ter que dar, vai ter que dar. Esse é o meu carnaval. Vai ter que dar, vai ter que dar. Só quero a massa real.”

Gal Costa

Ao Senhor Jesus Cristo, meu tudo:  
Maior exemplo de pessoa moral e humana que  
sei nesta vida.

## AGRADECIMENTOS

A realização deste trabalho foi um dever que impus, a mim mesma, no término do curso de Pós-Graduação da Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro – EMERJ. Seria impossível terminar tão longo tempo de estudo sem dizer algo, de verdade, e acabar incorrendo no risco de passar quase que despercebida. Contudo, o meu grande desejo de comunicar não teria sido possível se não fosse o valioso apoio de duas pessoas queridas.

De primeiro, quero agradecer ao meu orientador o prof. Dr. Guilherme Sandoval Góes, de quem tenho lembranças desde o tempo da graduação, na Universidade Estácio de Sá. Foi dele que ouvi um dos primeiros e mais sinceros elogios na disciplina do Direito, esta que escolhi como sendo o caminho da minha vida. Mal sabia eu que iria agora reencontrá-lo na EMERJ e, mais uma vez, atestar o seu grande temperamento pedagógico e a minha apegada necessidade de ser bem avaliada por aqueles que estimo. Obrigada professor. Sem o seu apoio esse trabalho não teria saído da forma que saiu.

Em segundo, quero agradecer à prof. Néli Luiza Cavalieri Fetzner. Suas palavras, quando da aprovação do tema de estudo, também me serviram de valioso estímulo. Neste momento, faço questão de mencionar ainda outros professores, alguns dos quais tive a chance de rever, nessa estrada, e nutro profundo carinho e admiração: à Prof. Elisa Ramos Pittaro, pelo seu grande exemplo de amor com os seus alunos, compromisso com a carreira e família; à prof. Cláudia Barros Portocarrero, pela lição alegria e ansiedade constante, coisa de quem precisa ser bem compreendida; ao prof. Rodolfo Kronenberg Hartmann, pelo exemplo inestimável de simplicidade e disciplina; e ao prof. Marcos Ramayana, pela inspiração, em favor da ética e moralização do processo eleitoral brasileiro. A todos vocês, caros professores, muito obrigada.

Em terceiro, quero agradecer aos meus colegas, da turma CPVI-B, do segundo semestre de 2012. Com eles aprendi e compreendi mais quem eu sou, o valor da fé e da força de vontade.

Por fim, agradeço aos meus pais por todo o suporte e amor; ao meu irmão Kleber, por todos os dias; à minha avó Lenyra pelo auxílio com os estudos e a Deus, sem o qual, simplesmente, eu não existo.

## SÍNTESE

A moralização das instituições políticas na atualidade é um acontecimento que espelha a ambição popular de participação direta nos Poderes do Estado. Na democracia avançada ou globalizada – futuro da cidadania e porvir da liberdade de todos os povos – o povo enquanto instância global da atribuição de legitimidade democrática e destinatário das prestações civilizatórias (povo legitimante e povo-destinatário) são, na medida do possível, aproximados à noção de povo que é fonte da determinação do convívio social por meio de autoprescrições jurídicas (povo ativo). Essa forma de governo, opcional à democracia institucionalizada, torna-se uma realidade alcançável graças aos avanços da tecnologia da informação. Na elaboração e edição da “Lei do Ficha Limpa” (LC 135/10), o que se viu foi a reunião de mais de 1,3 milhão de assinaturas por meio da *internet*: fato esse, apontado, por alguns, como sendo um dos mais surpreendentes movimentos democráticos do país. Ali, a vontade do povo, expressada na iniciativa popular formulada, não tem significado igual à força política da opinião pública ou à pré-interpretação constitucional que realizam os membros da sociedade aberta de intérpretes da Constituição (P. Häberle). Em essência, são fenômenos que não se confundem. O método proativo de interpretação da Carta Política, até agora, tem emprestado prestígio e autoridade às decisões que emanam do Supremo Tribunal Federal. No entanto, para que o papel da jurisdição constitucional não seja desvirtuado, faz-se necessário mais cautela no controle de constitucionalidade de uma lei aprovada por um plebiscito ou iniciativa. Assim começa a promessa do Estado Democrático de Direito prevista no art. 1, *caput* da Constituição de 1988: por toda uma metodologia jurídica séria, ciente de sua importância na concretização de uma sociedade materialmente democrática. Este estudo representa mais uma colaboração, sob a perspectiva da Teoria democrática, na definição de limites ao ativismo judicial, a partir da análise da experiência política brasileira com a edição da “Lei do Ficha Limpa”.

## SUMÁRIO

<b>INTRODUÇÃO</b>	<b>10</b>
<b>1 - A “LEI DO FICHA LIMPA” E A DIFICULDADE CONTRAMAJORITÁRIA DA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL</b>	<b>13</b>
<b>2 - OPINIÃO PÚBLICA, INTERPRETAÇÃO MATERIAL DA CONSTITUIÇÃO E INICIATIVA POPULAR. A DIFICULDADE CONTRAMAJORITÁRIA E O DÉFICIT DE LEGITIMAÇÃO DA CORTE CONSTITUCIONAL</b>	<b>23</b>
<b>3 - CONSTITUCIONALISMO X DEMOCRACIA</b>	<b>35</b>
<b>4 - LIMITES AO ATIVISMO JUDICIAL A PARTIR DA EXPERIÊNCIA DA “LEI DO FICHA LIMPA” (LC 135/10)</b>	<b>40</b>
4.1 - O direito à democracia	44
4.2 - Rumo à democracia material: a teoria da democracia deliberativa e seus parâmetros	49
4.3 - O papel subsidiário da jurisdição constitucional: o ativismo em dose excessiva	52
4.4 - Da teoria à prática: uma proposta conciliadora entre a necessidade da autocontenção e o ativismo judicial sob o aspecto da democracia avançada	58
<b>CONCLUSÃO</b>	<b>68</b>
<b>REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS</b>	<b>71</b>

## INTRODUÇÃO

O movimento de moralização das instituições políticas é um fato que tende ao aprimoramento e coincide com o próprio progresso sociopolítico de um Estado. Diz-se que no Brasil, se os crimes administrativos e eleitorais tivessem o tratamento e o descontentamento que merecem, não seriam necessárias campanhas de moralização e fiscalização da vida política, como foi o caso da “Lei do Ficha Limpa” (LC 135/10)<sup>1</sup>. Todavia, uma análise criteriosa do tema contraria tal conclusão.

A necessidade de moralização das instituições sociais é um prenúncio da democracia avançada, globalizada. Essa forma de governo – que pretende ser, o quanto possível, uma democracia direta, isenta da mídia manipuladora e da índole autocrática – torna-se uma realidade alcançável graças aos avanços da tecnologia da comunicação.

Veja-se, como exemplo, a profícua produção legislativa no ramo do direito que é, também aqui, objeto de estudo: o Direito Eleitoral. Desde o advento da Constituição de 1988 – i.e., em pouco mais de 20 (vinte) anos – podem ser mencionados ao menos 5 (cinco) importantes inovações no ordenamento jurídico que convergem com as aspirações sociais de moralização das instituições políticas e de exercício da democracia avançada: 1) a nomeada “Minirreforma Eleitoral” (Lei n. 11.300/06) – que arrefeceu os instrumentos da propaganda política, instaurando um sistema organizado de financiamento e prestação de contas das campanhas eleitorais; 2) a “Lei de Responsabilidade Fiscal” (Lei Complementar n. 101/00) – que determinou o controle de gastos dos entes federativos, condicionando-os à capacidade de arrecadação dos entes políticos; 3) a “Lei de Improbidade Administrativa” (Lei n. 8.249/92) – que criou novas sanções civis e políticas nos casos de enriquecimento ilícito dos agentes públicos; e 4) a própria “Lei de Inelegibilidades” (Lei Complementar n. 64/90) – que, fazendo

---

<sup>1</sup>É o epílogo da reportagem no jornal eletrônico Correio popular de Rondônia. Disponível em: <[http://www.correio popular.net/LKN/headlin.php?n\\_id=8648&titulo=Movimento%20nacional%20mobiliza%20para%20moralizar%20pol%EDticos](http://www.correio popular.net/LKN/headlin.php?n_id=8648&titulo=Movimento%20nacional%20mobiliza%20para%20moralizar%20pol%EDticos)>. Acesso em: 22 jan. 2013.

cumprir ao que dispõe o art. 14, § 9º da CRFB/88<sup>2</sup>, introduziu novas hipóteses infraconstitucionais de inelegibilidade; 5) agora, ampliadas com a alteração da “Lei do Ficha Limpa” (Lei Complementar n. 135/10).<sup>3</sup>

O fenômeno, que já foi descrito como sendo a “criminalização da responsabilidade política”<sup>4</sup>, cresce de mãos dadas com o protagonismo do Poder Judiciário na solução de diversas questões de repercussão social – parte de uma nova agenda que a sociedade civil, transformada pelas novas condições de democracia, impõe a todo corpo político e social; parte de um vácuo normativo à espera de soluções jurídicas.

É nesse cenário, igualmente inebriado por um forte sentimento de urgência, que desponta a necessidade de repensar o compromisso do Poder Judiciário com a Soberania Popular.

O estudo trata da manifestação da sociedade civil e sua contribuição para a incorporação da “Lei do Ficha Limpa” (LC 135/10) no ordenamento jurídico, indicando as razões pelas quais o déficit de legitimidade democrática da Corte Constitucional na análise da constitucionalidade *in abstracto* da Lei Complementar n. 135/10 – quando do julgamento das ADCs 29 e 30 e da ADI 4578 – não seria igual ao de outras situações corriqueiras de controle de constitucionalidade.

No Capítulo 1, introduz-se a questão da dificuldade contramajoritária e sua relação com o déficit de legitimidade democrática do Supremo Tribunal Federal quando do

---

<sup>2</sup>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 (Redação dada pela Emenda Constitucional de Revisão nº 4, de 1994). BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm)>. Acesso em: 22 jan. 2013.

<sup>3</sup>Pense-se, afora o ramo do Direito Eleitoral, em ainda outras alterações normativas de cunho ético-político, como é o caso da EC 45/04 – que introduziu a nomeada “Reforma do judiciário” – e, mais recentemente, a Lei n. 12.527/11 – que assegurou o direito fundamental de acesso à informação mediante a publicidade dos recursos públicos recebidos pelos integrantes da administração direta, indireta e demais entidades controladas, ainda que indiretamente, pela União, Estados, Distrito Federal e Municípios.

<sup>4</sup>O vocábulo é utilizado pela profª Gisele Cittadino, no texto *Poder Judiciário, ativismo judiciário e democracia*. Disponível em: <[http://www.revistaalceu.com.puc-rio.br/media/alceu\\_n9\\_cittadino.pdf](http://www.revistaalceu.com.puc-rio.br/media/alceu_n9_cittadino.pdf)>. Acesso em: 22 jan. 2013.

desempenho da função controle de constitucionalidade dos atos normativos editados pelo Poder Público. Parte-se da análise do julgamento do RE 633.703/MG e das ADCs 29/DF e 30/DF e da ADI 4578/DF, assinalando-se a diversidade do déficit de legitimação da Corte Suprema nestas duas ocasiões.

No Capítulo 2, aborda-se o significado da opinião pública, da interpretação material da Constituição e da iniciativa popular, buscando-se explicar a densidade, a extensão e o conteúdo da vontade do povo nesses diferentes contextos e como eles se relacionam com o papel do Poder Judiciário em face das exigências populares.

O Capítulo 3 examina a problematização da tarefa do Judiciário na interpretação e efetivação da Constituição e sua similitude com a tensão constante, sempre presente, entre o constitucionalismo e a democracia.

No Capítulo 4, investiga-se a acepção do termo ativismo judicial e as diversas espécies de democracia concebidas pela doutrina. Parte-se de uma versão substantiva da jurisdição constitucional – em que se revela admissível a crítica aos resultados da deliberação majoritária em virtude de princípios de justiça previamente estabelecidos na Constituição – para a demonstração da necessidade de uma postura de autocontenção quando a atitude proativa de interpretação da Carta Magna seja capaz de suplantar a decisão sufragada pelo povo ativo. Sugere-se, que a atividade juscriativa do juiz-intérprete, embora não descartada, seja distinta da forma de participação popular nos poderes de Estado, observada no ato normativo de controle de Constitucionalidade.

Este trabalho foi realizado por meio de pesquisa qualitativa do tipo bibliográfico parcialmente exploratório. O estudo, ao final, vai ao encontro de toda a discussão jurisprudencial e doutrinária pátrias, hoje empenhadas na busca de balizas para o desenvolvimento do bom ativismo judicial.

## 1. A “LEI DO FICHA LIMPA” E A DIFICULDADE CONTRAMAJORITÁRIA DA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL.

A incorporação no ordenamento jurídico da “Lei do Ficha Limpa” (Lei Complementar n. 135/10) põe em relevo a questão, hoje tão anunciada na ciência política, da cidadania participativa e o seu papel imprescindível como força normatizadora<sup>5</sup> e de conformação da atuação do Poder Público ao sentimento coletivo.

Se é verdade que a ordem jurídica consiste muito mais em um instrumento de estabilização e não de transformação social, cumpre reconhecer que a sociedade civil, no caso da votação da “Lei do Ficha Limpa” pelo Congresso Nacional, mobilizou-se de um modo inexorável, fora do oficialismo<sup>6</sup>, fazendo com que, de uma vez por todas, o princípio da moralidade pudesse se abrigar no processo eleitoral brasileiro<sup>7</sup>.

A *internet* viabilizou, de um modo inédito, a participação direta dos cidadãos nos atos legislativos<sup>8</sup>.

Elaborada por meio de iniciativa popular, mediante a reunião de mais de 1,3 milhão de assinaturas, a “Lei do Ficha Limpa” (Lei Complementar n. 135/10), logrou aprovação

---

<sup>5</sup>A expressão refere-se à contribuição de Peter Häberle. Para o autor, a esfera pública pluralista também contribui no desenvolvimento de uma força normatizadora – tal como os juízes, quando realizam a interpretação “jurídica” constitucional. HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica constitucional a sociedade aberta dos intérpretes da Constituição*: contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da Constituição. Tradução Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1997, p. 41 e s.

<sup>6</sup>De acordo com Luís Roberto Barroso “a sublimação da sociedade civil, na extensão que atualmente se constata, é um fenômeno que se caracteriza pelo ineditismo, é que a sociedade brasileira, historicamente, gravitou em torno do oficialismo. As bênçãos do poder estatal sempre – ressalvadas as exceções que confirmam a regra – foram a razão do êxito ou do fracasso de qualquer projeto político social ou empresarial que se pretendesse implantar”. BARROSO, Luís Roberto. *O direito constitucional e a efetividade de suas normas: limites e possibilidades da constituição brasileira*. 8. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p.125.

<sup>7</sup>A jurisprudência, sobretudo do Tribunal Superior Eleitoral, consolidou-se no sentido de que seria preciso a edição de uma norma legal explicitando os casos de imoralidade eleitoral para fins de inelegibilidade, como nos termos do que dispõe art. 14, §9º da CRFB/88. Sobre o tema há o enunciado n. 13 da súmula da jurisprudência do TSE: “Não é auto-aplicável o § 9º, art. 14 da Constituição, com a redação da Emenda Constitucional de Revisão 4/94”. BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. Disponível em: <<http://www.tse.jus.br/jurisprudencia/pesquisa-de-jurisprudencia/sumulas>>. Acesso em: 31 jan. 2013.

<sup>8</sup>Sob outro enfoque, Luís Roberto Barroso registra que a *internet*, em um futuro próximo, poderá viabilizar um mecanismo de participação popular direta nos processos decisórios. V. BARROSO, op. cit., p. 129.

unânime nas duas casas do Congresso Nacional, tendo sido sancionada sem qualquer veto pelo Poder Executivo<sup>9</sup> – fato apontado, por alguns, como sendo um dos maiores e mais surpreendentes movimentos democráticos do país.

Esse acúmulo do poder político popular – que deu ensejo à elaboração e unânime aprovação da Lei Complementar n. 135/10 – termina por suscitar uma importante indagação jurídica: não seria o caso de se reconhecer, quando da análise da constitucionalidade da “Lei do Ficha Limpa”, um domínio eficaz metajurisdicional<sup>10</sup> do ato normativo de controle? De outro modo: cabe investigar a legitimação da Corte Suprema para que pudesse, eventualmente, ao realizar o controle de constitucionalidade da LC 135/10, expurgar, de modo não arbitrário, a lei eleitoral do mundo jurídico.

De fato, foi mesmo salutar ver a Corte resistir aos deslizes voluntariosos da opinião pública e declarar, em 23 de março de 2011 – quando do julgamento do recurso extraordinário 633.703/MG – a inaplicabilidade da “Lei do Ficha Limpa” para as eleições presidenciais que se realizaram no mesmo ano de sua edição (ano de 2010).

Fazendo obedecer ao que dispõe expressamente o art. 16 da Carta Política<sup>11</sup>, o voto do ministro Luiz Fux encerrou o impasse que se instaurara no Plenário do Tribunal – o que implicou a impopular medida de nomeação de dezenas de candidatos “fichas sujas” em todo o país<sup>12</sup>.

---

<sup>9</sup>ABRACCI. Disponível em: <[http://www.fichalimpa.org.br/index.php/main/ficha\\_limpa](http://www.fichalimpa.org.br/index.php/main/ficha_limpa)>. Acesso em: 28 fev. 2012.

<sup>10</sup>A expressão refere-se à contribuição do prof. Guilherme Sandoval Góes. Conforme ensina, o exegeta constitucional, na tarefa de guardar a Constituição pode seguir por dois caminhos: “a) aplicar a eficácia nuclear negativa contra emendas constitucionais que atentem contra o conteúdo mínimo das cláusulas pétreas; b) a eficácia metajurisdicional em suas duas modalidades (eficácia negativa principal e eficácia vedativa de retrocesso contra atos infraconstitucionais comissivos e omissivos que atentem contra a constituição).” GÓES, Sandoval Guilherme. Neoconstitucionalismo e dogmática pós-positivista. In: BARROSO, Luís Roberto (org) *A reconstrução democrática do direito público no Brasil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2007, p. 147. Interessa-se, aqui, pela segunda opção hermenêutica, na modalidade eficácia negativa principal.

<sup>11</sup>Art. 16. A lei que alterar o processo eleitoral entrará em vigor na data de sua publicação, não se aplicando à eleição que ocorra até um ano da data de sua vigência. BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm)>. Acesso em: 26 mar. 2012.

<sup>12</sup>Após a publicação da “Lei do Ficha Limpa”, no dia 07 de junho de 2010, passou-se a questionar se as novas regras introduzidas pela LC 135/10 seriam aplicáveis às eleições de 2010. No Tribunal Superior Eleitoral ficou

Vários deles, apesar de indeferido o pedido de registro de candidatura em 1ª instância, obtiveram, após aquele julgamento, o direito à diplomação e ocupação do cargo eletivo que haviam alcançado por meio da obtenção de decisões cautelares na justiça e o voto da maioria dos eleitores nas eleições do ano de 2010. Em alguns casos, viu-se até a diplomação parlamentar ser anunciada em tom jocoso pela mídia<sup>13</sup>.

A referida decisão do ministro Luiz Fux, apesar de criticada pelos meios de comunicação, foi bem recebida pela comunidade jurídico-científica. Fez-se prevalecer o princípio da anualidade eleitoral, expresso na lei maior (art. 16 da CRFB/88), consectário lógico da garantia constitucional da segurança jurídica.<sup>14</sup>

---

assentado o entendimento de que as alterações na Lei de Inelegibilidades (LC 64/90) eram aplicáveis para as eleições que ocorreriam no ano de sua publicação. Às vésperas das eleições de 2010, o Supremo Tribunal Federal teve a oportunidade de manifestar o seu posicionamento. O tribunal, composto por apenas 10 ministros (pois ainda não tinha sido nomeado um substituto para a vaga do ex-ministro Eros Graus, aposentado), ao julgar o recurso interposto pelo candidato Joaquim Roriz – que disputava o governo do Distrito Federal, e teve a sua candidatura recusada pelo TSE, por ter renunciado ao mandato de senador da república em 2007, para escapar do processo de cassação por quebra de decoro parlamentar – acabou chegando a um impasse. Já bem próximo da data das eleições, o recorrente renunciou à sua candidatura, tendo o seu partido escolhido como substituta a sua mulher, Weslian Roriz. Comunicado do fato, o STF julgou o recurso prejudicado, ficando em aberto a discussão sobre a aplicação da “Lei do Ficha Limpa” para as eleições de 2010 (RE 630.147). No acórdão do RE 631.102, em que era recorrente o então deputado Jader Barbalho (pretenso candidato ao mandato de senador pelo Pará), o Supremo Tribunal Federal acabou decidindo, após um novo empate, pela manutenção do acórdão do TSE, julgando improcedente o recurso do candidato (RE 631.102), por consequência. Somente após recuperar a sua composição completa, o STF reuniu-se novamente para, finalmente, arrematar a controvérsia instaurada. Na análise do RE 633.703 concluiu o Plenário, graças ao voto decisivo do Min. Luiz Fux, que a “Lei do Ficha Limpa” seria inaplicável às eleições gerais de 2010. V. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Pleno. RE 633.703/MG. Relator: Min. Gilmar Mendes. Publicado no DJe 18.11.2011.

<sup>13</sup>É quase inesquecível o episódio do político Jader Barbalho cuja imagem do filho fazendo caretas aos jornalistas que realizavam a cobertura de sua cerimônia de posse, no ano seguinte às eleições, foi divulgada em vários jornais de todo o país (em 29 de dezembro de 2011). Na foto, ficava clara a alusão à ideia de menoscabo judicial com os anseios políticos da população. Ao longo de certa reportagem lia-se, ainda, que o senador eleito relatara não haver enfrentado inimigo mais duro em toda a sua carreira política do que a “Lei do Ficha Limpa”. FOLHA de São Paulo. Disponível em: <[www.http://f5.folha.uol.com.br/humanos/1027602-caretas-de-filho-de-jader-barbalho-chamam-atencao-na-posse-do-pai.shtml](http://f5.folha.uol.com.br/humanos/1027602-caretas-de-filho-de-jader-barbalho-chamam-atencao-na-posse-do-pai.shtml)>. Acesso em: 21 abr. 2012.

<sup>14</sup>Quanto às alterações do processo eleitoral (alistamento, votação, apuração e diplomação), nunca houve dúvidas de que elas estariam alcançadas pela garantia da anualidade eleitoral (art. 16 da CRFB/88). No entanto, a jurisprudência do STF sempre oscilou a respeito das alterações do direito eleitoral em gênero, do qual fazem parte as regras a respeito do processo eleitoral, e o alcance do princípio da anterioridade eleitoral. Segundo Marcos Ramayana, o Supremo Tribunal Federal, em princípio, fazia distinção entre as alterações formais e materiais do direito eleitoral. As alterações materiais seriam aquelas que compreenderiam temas diretamente previstos na Constituição Federal, como por exemplo: condições de elegibilidade (domicílio eleitoral, filiação partidária e outras do art. 14, § 3º, da CRFB/88), as causas de perda e suspensão dos direitos políticos e as inelegibilidades constitucionais. Em razão do princípio da anualidade, previsto no art. 16 da Carta Política, qualquer alteração material do direito eleitoral, teria os seus efeitos postergados para o dia 1º de janeiro do ano seguinte, acaso publicada em até 1 (um) ano do dia da eleição. Todas as outras matérias, por serem formais, poderiam sofrer alterações específicas nos anos de eleição – como foi o caso das regras sobre as prestações de contas e propaganda política eleitoral (Lei n. 11.300/06, nomeada de lei da “Minirreforma Eleitoral”). RAMAYANA, Marcos. *Resumo de direito eleitoral*. 4. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2010, p.20. Sob esse prisma

De igual evidência foi a decisão proferida, no ano de 2012, pelo Supremo Tribunal Federal, quando da análise das Ações Declaratórias de Constitucionalidade nº 29/DF e 30/DF e da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4578/DF, propostas a respeito da constitucionalidade da “Lei do Ficha Limpa”<sup>15</sup>.

Malgrado os votos divergentes, imperou a tese pela integral constitucionalidade da LC 135/10 e sua aplicabilidade à análise dos registros de candidatura nas eleições municipais a realizadas no ano de 2012.

A despeito dos elogios, foi também sinuoso o caminho percorrido pela Corte nesta segunda ocasião.

Após uma votação da maioria, concluiu-se, em linhas gerais, que a nova redação do artigo 1 da LC 64/90, mormente quanto ao seu inciso I, alíneas “l” e “m”<sup>16</sup>, não importa em ofensa ao princípio da presunção de inocência, ou eventual violação ao princípio da razoabilidade, sendo, por isso, integral a constitucionalidade da alteração realizada no art. 1 da “Lei de Inelegibilidades” (LC 64/90) pela “Lei do Ficha Limpa” (LC 135/10)<sup>17</sup>.

---

pode-se concluir que após a votação do RE 633.703/MG, se ainda havia alguma divergência quanto ao tema, ela ficou definitivamente pacificada: a garantia da anualidade eleitoral é um princípio de segurança jurídica das relações e da igualdade entre os personagens da eleição (eleitores, partidos, políticos e candidatos), razão porque também alcança as alterações formais das regras eleitorais no ano de eleição.

<sup>15</sup>Após julgado o RE 633.703/MG, afastada a aplicação da “Lei do Ficha Limpa” para as eleições de 2010, o Supremo Tribunal Federal, no mês de fevereiro de 2012, foi convocado a uma análise da constitucionalidade *in abstracto* do art. 1, I, da LC 64/90 e suas novas alterações. Quanto à questão, foram propostas três ações de controle concentrado: 1) a Ação Declaratória de Constitucionalidade 29, pelo Partido Populista Socialista – PPS; a Ação Declaratória de Constitucionalidade 30, pela Ordem de Advogados do Brasil; e a Ação Direta de Inconstitucionalidade 4578, pela Confederação Nacional das Profissões Liberais. Em todas elas, o relator, Ministro Luiz Fux, adotou o rito abreviado do art. 12 da Lei 9.868/99, de molde que o Tribunal pudesse se pronunciar diretamente e em definitivo sobre a lei eleitoral.

<sup>16</sup>Art. 1º São inelegíveis:

I - para qualquer cargo:

(...)

l) os que forem condenados à suspensão dos direitos políticos, em decisão transitada em julgado ou proferida por órgão judicial colegiado, por ato doloso de improbidade administrativa que importe lesão ao patrimônio público e enriquecimento ilícito, desde a condenação ou o trânsito em julgado até o transcurso do prazo de 8 (oito) anos após o cumprimento da pena; (Incluído pela Lei Complementar nº 135, de 2010)

m) os que forem excluídos do exercício da profissão, por decisão sancionatória do órgão profissional competente, em decorrência de infração ético-profissional, pelo prazo de 8 (oito) anos, salvo se o ato houver sido anulado ou suspenso pelo Poder Judiciário (Incluído pela Lei Complementar nº 135, de 2010). BRASIL. Lei Complementar 64 de 18 de maio de 1990. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/LCP/Lcp64.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/LCP/Lcp64.htm)>. Acesso em: 28 fev. 2012.

<sup>17</sup>Segundo Rodrigo Pires Ferreira Lago, as mudanças trazidas pela LC 135/10, podem ser sintetizadas do seguinte modo: “1) aumento e uniformização dos prazo de inelegibilidades já previstos na LC 64/10, que antes

Chega-se aqui, então, àquela perquirição iniciada.

Embora alguns ministros tenham suscitado o papel contramajoritário da Corte Suprema ao longo dessas discussões, deve-se ter em conta que o Supremo Tribunal Federal, nesses dois momentos, foi conclamado a um embate distinto com a vontade popular. Cumpre, em cada um deles, tecer a devida análise e sob o correto prisma.<sup>18</sup>

Ao julgar o recurso extraordinário RE 633.703/MG, em 23/03/2011, a Corte Constitucional viu-se num confronto com a opinião pública, que desejava a aplicação da “Lei do Ficha Limpa” nas eleições presidenciais daquele mesmo ano de 2010 – data da publicação da Lei Complementar.

Esse entendimento, embora tenha sido amparado pela jurisprudência do Tribunal Superior Eleitoral formada à época<sup>19</sup>, estava literalmente em contrário ao que dispõe o art. 16 da Carta Política.

A tese da aplicação imediata da “Lei do Ficha Limpa” – ainda que não se queira aviltar a sua importância – representava o anseio da opinião pública, um interesse apto a ser

---

variavam entre três e cinco, passando para oito anos; 2) criação de novas causas de inelegibilidades buscando preservar a probidade administrativa e a observância da vida pregressa dos candidatos; 3) tentativa de resolver uma controvérsia constitucional quanto a causa de inelegibilidade mais comum nas eleições, decorrentes da rejeição de contas públicas, para afirmar que os chefes do Poder Executivo, quando ordenadores de despesas, seriam julgados diretamente pelos tribunais de contas e não apenas pelas Câmaras Municipais; 4) a dispensa da necessidade de trânsito em julgado para as condenações eleitorais, por atos de improbidade ou criminais, que possam importar em inelegibilidade”. No julgamento das ADCs 29 e 30 e da ADI 4578, em realidade, analisou-se tão somente, a constitucionalidade destas alterações, todas previstas no art. 1, I, da Lei de Inelegibilidades (LC 64/90). Por maioria de votos prevaleceu a tese da constitucionalidade da “Lei do Ficha Limpa” alcançando-se, inclusive, quanto aos seus novos efeitos, os atos e fatos ocorridos anteriormente à sua vigência. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=200495>>. Acesso em: 28 fev. 2012. V. tb. LAGO, Rodrigo Pires Ferreira. *A novela da ficha limpa*. Disponível em: <<http://www.osconstitucionalistas.com.br/a-novela-da-ficha-limpa>>. Acesso em: 04 ago. 2012.

<sup>18</sup>Diante da tese da “dessubjetivação” do controle difuso de constitucionalidade, evita-se fazer aqui uma eventual distinção entre os efeitos da decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal na modalidade de controle por via incidental e por via principal (ou ação direta) dos atos normativos editados pelo Poder Público. Importa, sim, destacar a diferença entre as questões que foram postas para julgamento no RE 633.703/MG e nas ADCs 29 e 30 e na ADI 4578, e porque não seria igual a Corte Suprema pretender invocar um papel contramajoritário para a análise da constitucionalidade da “Lei do Ficha Limpa” nas duas ocasiões.

<sup>19</sup>O Tribunal Superior Eleitoral, em consulta formulada pelo Senador Arthur Virgílio do Carmo Ribeiro Neto, antes mesmo da sanção da LC 135/10, decidiu, por maioria, que a “Lei do Ficha Limpa” seria efetivamente aplicada nas eleições gerais de 2010. Ficou vencido o Ministro o Marco Aurélio Melo, para quem não haveria exceções ao comando do art. 16 da Carta Política, sendo inaplicável a “Lei do Ficha Limpa” ao processo eleitoral em curso do ano de 2010. BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. CTA 112026/DF, Relator: Min. Hamilton Carvalhido, publicado no DJe de 30.09.2010.

generalizado<sup>20</sup>, que, apesar de ser desejado, não poderia ter sido legitimamente extraído do texto normativo. Como, ao final, não o foi.

Conquanto o Tribunal Superior Eleitoral, em seguimento à sua jurisprudência, tenha concluído que a “Lei do Ficha Limpa” seria aplicável às eleições do ano de 2010, o fato é não há naquele no texto infraconstitucional nenhuma linha nesse sentido.

Mesmo que houvesse, ou que se queira sustentar ser possível tal interpretação, não se pode olvidar que o constituinte originário, desde o advento da Constituição de 1988, fez abrigar no texto magno uma norma clara e específica, um princípio explícito de segurança jurídica, direcionado ao processo eleitoral brasileiro: o princípio da anualidade da lei eleitoral (art. 16 da CRFB/88). E, assim, é expresso o texto da Constituição: “A lei que alterar o processo eleitoral entrará em vigor na data de sua publicação, não se aplicando à eleição que ocorra até 1 (um) ano da data de sua vigência”<sup>21</sup>.

De modo acertado, ao final do julgamento do RE 633.703/MG, acabou prevalecendo a interpretação do intérprete formal<sup>22</sup> quanto à questão instaurada: a “Lei do Ficha Limpa”, diante da garantia constitucional da anualidade da lei eleitoral (art. 16 da CRFB/88), seria inaplicável às eleições que se realizaram no ano de sua publicação (ano de 2010).

Um cenário completamente distinto, no entanto, apresentou-se quando da análise da constitucionalidade da “Lei do Ficha Limpa” no julgamento das Ações Declaratórias de Constitucionalidade 29 e 30 e da Ação Direta de Inconstitucionalidade 4578.

Neste segundo momento, o Supremo Tribunal Federal foi conclamado a uma análise da constitucionalidade *in abstracto* da Lei Complementar n. 135/10.

---

<sup>20</sup>HABERMAS apud HÄBERLE, op. cit., p. 46.

<sup>21</sup>BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm)>. Acesso em: 26 mar. 2012.

<sup>22</sup>Para Peter Häberle são muitos os intérpretes da Constituição. Na posição que antecede o processo formal de interpretação da Constituição estão todas as forças pluralistas públicas, que também desenvolvem uma força normativa. Esse grupo pode ser considerado como sendo o intérprete material da Constituição. Os juízes, por sua vez, seriam os intérpretes jurídicos ou formais do texto magno. “Constituição é, nesse sentido, um espelho da publicidade e da realidade (*Spiegel der Öffentlichkeit und Wirklichkeit*). [ ] a Constituição material ‘subsiste’ sem interpretação constitucional por parte do juiz.” V. HÄBERLE, op. cit., p. 34-42.

Na sua função de guardião do texto constitucional, o Tribunal deveria ter reconhecido, ao enfrentar a alegação de inconstitucionalidade de alguns dispositivos da “Lei do Ficha Limpa”, a existência de uma barreira; de um domínio eficaz metajurisdicional da Lei Complementar n. 135/10; de uma perceptível impossibilidade de superar a dificuldade contramajoritária<sup>23</sup> que estava ali configurada – o que, em última análise, impedir-lhe-ia declarar a inconstitucionalidade da “Lei do Ficha Limpa”.

Ressalvada a hipótese de uma flagrante ofensa à Carta Política, de uma inconstitucionalidade chapada<sup>24</sup> ou evidente, a Corte Suprema, por um déficit de legitimação, não poderia pretender declarar a inconstitucionalidade parcial ou total da norma eleitoral, mesmo que por meio técnico mais sofisticado de controle de constitucionalidade<sup>25</sup>.

Note-se: não se cogita aqui do natural déficit democrático, inerente ao poder jurídico de uma Corte Constitucional poder declarar a invalidade dos atos do parlamento, nem se diz que o STF deveria renunciar ao seu papel de intérprete formal da Constituição; ao contrário. Acaso houvesse uma flagrante inconstitucionalidade na “Lei do Ficha Limpa”, como já se falou, caberia à Corte fazer cumprir o comando da Carta de 88, sendo a declaração de inconstitucionalidade a única alternativa.

---

<sup>23</sup>De acordo com Angela Zilli Carrano, a dificuldade contramajoritária trata-se de “uma suposta impossibilidade de que os órgãos formados por agentes públicos não eletivos, invalidem decisões de órgãos legitimados pela escolha popular. Seria, então, a dificuldade contramajoritária, um meio de se questionar a própria legitimidade do controle de constitucionalidade exercido pelos tribunais.” CARRANO, Angela Zilli. *A dificuldade contramajoritária no Estado Democrático de Direito*. Disponível em: < <http://www.angelazillijuridico.blogspot.com.br/2011/05/dificuldade-contramajoritaria-no-estado.html> >. Acesso em: 26 mar. 2012.

<sup>24</sup>A expressão foi utilizada pelo Ministro Gilmar Ferreira Mendes quando do julgamento da ADI 2182/DF. Naquela oportunidade, por maioria de votos, concluiu-se pela inexistência de inconstitucionalidade formal da Lei n. 8.429/92, ante a ausência de violação ao processo legislativo bicameral na aprovação do projeto de lei que deu origem à “Lei de Improbidade Administrativa”. Para uma análise precisa do julgado v. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Pleno. ADI 2182/DF. Relator: Min. Cármen Lúcia. Publicado no DJe 10.09.2010.

<sup>25</sup>Refere-se, aqui, à técnica de interpretação conforme sem redução de texto. Embora a técnica de interpretação conforme a Constituição consista, efetivamente, numa técnica interpretativa e não, propriamente, numa técnica de decisão judicial (diferentemente da declaração de inconstitucionalidade parcial sem redução de texto), a doutrina tende a atribuir semelhança de efeitos nos dois instrumentos, apesar da distinção teórica entre eles. Cf. MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional*. 17. ed. São Paulo: Atlas, 2005, p.14. Em sentido diverso é o posicionamento de Gilmar Ferreira Mendes, para quem o significado dogmático da interpretação conforme a Constituição tem autonomia técnica. Tal teria sido também, segundo o autor, a opção do legislador, pelo que se depreende do art. 28, parágrafo único, da Lei 9.868/99. No item 5.3, infra, far-se-á uma análise detalhada do tema para discussão. MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo G. Gonet. *Curso de direito constitucional*. 4. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 1.302-1.307.

Não obstante, o obstáculo interpretativo instalado – antes que se embrenhe por um exame pormenorizado da questão – era algo que se impunha por força de um especial déficit de legitimação do Supremo Tribunal Federal.

A impossibilidade de superar a dificuldade contramajoritária existia não porque a Corte tivesse de considerar os anseios da opinião pública ou buscar uma interpretação constitucional correspondentemente mais elástica e ampliativa, flexível à situação jurídico material dos atingidos<sup>26</sup>.

Opinião pública, ademais, é um conceito melhor estudado pela Ciência Política, que sofre, atualmente, certo desprestígio de autoridade.<sup>27</sup> Não se confunde com o especial déficit de legitimação da Corte Constitucional na hipótese, que se verifica em razão do fato de a edição da norma ter sido um produto da cidadania participativa, de uma mobilização popular correspondente a 5% (cinco por cento) do eleitorado nacional, respaldada, de modo unânime, pelas duas Casas Legislativas do Congresso Nacional e integralmente referendada pelo Poder Executivo – que também sancionou o texto sem a aposição de nenhum veto.<sup>28</sup>

---

<sup>26</sup>HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica Constitucional a sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental”*. Tradução Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1997, p.46.

<sup>27</sup>A distinção entre os conceitos de opinião pública, intérprete formal e material, dificuldade majoritária e déficit de legitimação será mais adiante estudada. Por ora, já se pode adiantar que a opinião pública, segundo crítica formulada por muitos escritores e sociólogos, apresenta-se num quadro sombrio e desalentador, efeito da sociedade de massas do século XX. Nada obstante, raios de otimismo voltam a clarear-lhe a paisagem, nas chamadas sociedades democráticas do ocidente. Cf. BONAVIDES, Paulo. *Ciência política*. 18. ed. São Paulo: Malheiros, 2011, p.498.

<sup>28</sup>Sobre esse expressivo apoio à edição da Lei Complementar 135/10 vale transcrever o que foi dito pelo Ministro Ricardo Lewandowski ao proferir o seu voto no julgamento das ADCs 29 e 30 e da ADI 4578: “Mas, permito-me fazer apenas umas brevíssimas considerações apenas para que a minha participação não passe *in albis*, dizendo que esta Lei Complementar 135 é uma lei, como todos sabem, que surgiu da iniciativa legislativa popular, e foi apoiada por mais de um milhão e quinhentas mil assinaturas. Ademais disso, recebeu apoio de igual número de assinaturas por meio da internet, apoios, portanto, que foram formalizados pela internet; mereceu aprovação unânime das duas Casas do Congresso Nacional, depois de longos debates. Quinhentos e três deputados, oitenta e um senadores, o Congresso Nacional em peso sufragou essa lei, e mais, foi sancionada pelo Presidente da República, passando, evidentemente, pelos órgãos técnicos de assessoria do Poder Executivo, sem o veto. Portanto, nós estamos diante de um diploma legal que conta com o apoio expresso, explícito dos representantes da soberania nacional. Quero dizer que a lei em questão não foi tratada de afogadilho no Congresso Nacional, mas foi fruto de intensos e verticais debates nas duas casas do Congresso, na Câmara Alta e na Câmara Baixa”. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Pleno. ADC 29/DF, ADC 30/DF e ADI 4578/DF. Relator: Min. Luiz Fux. Publicado no DJe 29.06.2012.

Será que a Corte, com seus onze ministros, poderia suprir este especial déficit de legitimação e declarar a inconstitucionalidade *in abstracto* da “Lei do Ficha Limpa”? Parece complicado.

Por isso, não é exato supor que neste momento – quando da análise das ADCs 29 e 30 e da ADI 4578 – assim como no primeiro – quando do julgamento do RE 633.703/MG – o Supremo Tribunal Federal estaria exercendo, simplesmente, o seu papel contramajoritário, de defesa do direito fundamental de uma minoria contra a opinião pública, acaso passasse à declaração de inconstitucionalidade total ou parcial da “Lei do Ficha Limpa”.

Embora em alguns dos votos vencidos tenha sido ventilado tal assunto, fato é que não havia espaço para se vencer a dificuldade contramajoritária instalada, mesmo ao argumento de que uma eventual declaração de inconstitucionalidade do texto normativo seria necessária para assegurar o direito fundamental de uma minoria de candidatos e parlamentares, sem força política para contornar os obstáculos que agora se colocavam como novos requisitos negativos à análise do registro de candidatura<sup>29</sup>.

Por outro lado, e ainda que se cogite a possibilidade de a Corte poder suprir seu especial déficit de legitimação, passando à sindicabilidade da norma eleitoral, onde está o

---

<sup>29</sup>O direito ao sufrágio é a essência do direito político, expressando-se pela capacidade de eleger – capacidade eleitoral ativa ou alistabilidade – e de ser eleito – capacidade eleitoral passiva ou elegibilidade. Cf. MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional*. 17. ed. São Paulo: Atlas, 2005, p. 218. A capacidade eleitoral passiva depende de certos requisitos. Esses requisitos gerais são nomeados de condições de elegibilidade (ou requisitos positivos ao registro de candidatura) e inelegibilidades (que consistem em impedimentos à capacidade eleitoral passiva, também denominados de requisitos negativos à análise do registro de candidatura). As inelegibilidades disciplinadas na Lei Complementar 64 de 1990 (Lei das Inelegibilidades), são também denominadas de inelegibilidades infraconstitucionais. Sobre o tema, v. RAMAYANA, Marcos. *Resumo de direito eleitoral*. 4. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2010, p. 148-149: “As condições de elegibilidade, somadas aos requisitos para o registro elencados no art. 11 da Lei n. 9.504/97 (Lei das Eleições), formam uma completude normativa que deverá ser perscrutada no que tange à possibilidade jurídica do ingresso de um cidadão no *status civitates* ou *standard* jurídico de ‘candidato’ e, somente após o preenchimento destas ‘condições de registrabilidade’, no dizer do mestre Adriano Soares da Costa, podemos compreender uma nítida divisão entre as elegibilidade e as inelegibilidades, ou seja, as primeiras operam como ferramentas de análise precedentes ao deferimento do registro de obtenção do título civil de candidato. Já as inelegibilidades são vistas à luz de uma segunda fase de análise jurídica que obstaculizam determinada candidatura. Trazemos à reflexão a seguinte comparação: as elegibilidades são pressupostos processuais para o deferimento de uma candidatura; as inelegibilidades são condições ou não restrições para o regular exercício do direito de ser candidato. As similitudes são bem próximas, mas, ao abrigo da legislação eleitoral vigente, produzem consequências diversas na órbita dos direitos políticos.”

contrassenso de se concluir que a garantia constitucional da presunção de inocência não foi violada, após a edição da “Lei do Ficha Limpa”?<sup>30</sup>

---

<sup>30</sup>Dentre as questões de discussão, o tema que gerou maior polêmica no julgamento das ADCs 29 e 30 e da ADI 4578 foi, sem dúvidas, a nova redação do art. 1, I, “e” da “Lei de Inelegibilidades” (LC 64/90) e o seu possível confronto com a garantia constitucional da presunção de inocência (art. 5, LVII da CRFB/88). Como será visto a partir do Capítulo 4, o Supremo Tribunal Federal, até poderia passar à análise da constitucionalidade *in abstracto* da “Lei do Ficha Limpa” uma vez realizado o devido esforço argumentativo, sem incorrer num problema de legitimação. Todavia, para que sua função de intérprete do texto constitucional fosse devidamente desempenhada – sem riscos para o processo democrático – seria preciso observar a postura de autocontenção necessária à eventual declaração de inconstitucionalidade do ato objeto de controle. Esse ponto será devidamente explorado um pouco mais adiante.

## 2. OPINIÃO PÚBLICA, INTERPRETAÇÃO MATERIAL DA CONSTITUIÇÃO E INICIATIVA POPULAR. A DIFICULDADE CONTRAMAJORITÁRIA E O DÉFICIT DE LEGITIMAÇÃO DA CORTE CONSTITUCIONAL.

Ainda que possa parecer estranho, o que se expõe não é inteiramente novo à teoria jurídica. Na realidade, há muito tempo, doutrina e jurisprudência cimentaram, de modo bastante sistematizado, situações em que o Poder Judiciário, por um déficit de legitimação, não poderia passar à sindicabilidade de um ato normativo.

Na seara do direito administrativo, a análise do ato administrativo discricionário é uma questão que comumente se coloca ao magistrado. Construiu-se, então, com base na mesma premissa que se quer aqui explicar, o seguinte raciocínio: salvo nas hipóteses de flagrante ilegalidade do ato administrativo, seria impossível ao judiciário, por um déficit de legitimação, passar à análise do mérito<sup>31</sup> do ato administrativo discricionário, sob pena de ofensa ao princípio constitucional da separação de poderes.<sup>32</sup>

Na teoria hermenêutica constitucional, do mesmo modo, ainda que sob um novo ângulo – o da interpretação-concretização constitucional de caráter pós-positivista –, também já se elaborou uma solução similar. No catálogo de modalidades de eficácia no Direito pós-positivo a eficácia metajurisdicional consiste no reconhecimento de um espaço de deliberação do legislador ou do administrador democráticos, e que, em nome do princípio da separação de

---

<sup>31</sup>Convencionou-se na doutrina e jurisprudência dos tribunais que o aspecto da legalidade do ato administrativo diz respeito à conformidade do ato com a lei e o mérito concerne à oportunidade e conveniência diante do interesse público a atingir. Cf. DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 19. ed. 2. reimpr. São Paulo: Atlas, 2006, p.227. Segundo Luís Roberto Barroso, na análise da jurisprudência norte-americana, por sua vez – de onde se retiraria a origem do debate a respeito do papel do Judiciário, em geral, e do Supremo Tribunal Federal, em particular, na interpretação e na efetivação da Constituição –, observa-se, a partir da decisão proferida em *West Coast vs. Parrish* (300 U.S. 379), datada de 1937, que a Suprema Corte veio a mudar a orientação proativa que marcou o início daquela experiência constitucionalista, abdicando do exame do mérito das normas de cunho econômico e social. BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 411.

<sup>32</sup>Por certo, várias teorias já foram elaboradas para melhor fixar limites ao exercício do poder de discricionário, de modo a ampliar a possibilidade de sua apreciação pelo Poder Judiciário. Dentre elas poder-se-ia mencionar a teoria do desvio de poder e a teoria dos motivos determinantes, por exemplo. Veja-se, a propósito do tema, DI PIETRO, op. cit., p.228.

poderes, importa, ao juiz ou intérprete, na solução *in concreto* dos problemas constitucionais contemporâneos unicamente no enquadramento de sua norma-decisão numa zona de não-interferência, de valor meramente declaratório<sup>33</sup>.

Não se desconhece que doutrina e jurisprudência já avançaram bastante em boa parte destas questões, superando o óbice da teoria da separação de poderes, que, por muitas vezes, implicava na síndrome da inefetividade das normas constitucionais<sup>34</sup> e irrealização de direitos fundamentais assegurados.<sup>35</sup>

De toda a sorte, o que se quer retomar é a percepção elementar de que existe um espaço normativo que se mostra indene à atividade jurisdicional, também sob a égide do neconstitucionalismo, e que encontra respaldo no próprio conceito do Estado Democrático de Direito (art. 1, *caput* da CRFB/88), obstaculizando, em essência, a exacerbada ascensão política do Judiciário<sup>36</sup>.

---

<sup>33</sup>Segundo Guilherme Sandoval Góes, “em linhas gerais, as normas de eficácia metajurisdicional são normas decisão que declaram expressamente que a concretização da norma constitucional refoge à esfera de atuação “juscriativa” do Poder Judiciário, pois dentro deste espectro normativo não lhe é dado desenvolver o direito mediante sua prestação jurisdicional. Nesse diapasão, o significado da eficácia metajurisdicional corporifica a ideia de esfera reservada exclusivamente para a *interpositio legislatoris* ou para o poder regulamentar do administrador democrático, ou seja, a jurisdição constitucional não teria autorização para desenvolver o Direito *in abstracto*”. GÓES, Sandoval Guilherme. Neoconstitucionalismo e dogmática pós-positivista. In: BARROSO, Luís Roberto (org) *A reconstrução democrática do direito público no Brasil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2007, p.130.

<sup>34</sup>Sobre o tema, veja-se: BARROSO, Luís Roberto. *O direito constitucional e a efetividade de suas normas: limites e possibilidades da constituição brasileira*. 8. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 281-297.

<sup>35</sup>Sabe-se que em boa parte das situações que o STF deixou de reconhecer a aplicabilidade direta e imediata às normas constitucionais, posicionando a sua a norma-decisão na zona de não-interferência do juiz (eficácia metajurisdicional), houve um erro de enquadramento ou excesso de conservadorismo da Suprema Corte. Atualmente esse tipo de erro hermenêutico está, em boa parte, superado pela reformulação do entendimento que o Supremo Tribunal Federal passou a ter a respeito do mandado de injunção. Com base na doutrina, é possível dizer que a Corte Suprema passou da concepção não-concretista à concepção concretista quanto ao remédio jurídico constitucional. Para melhor análise da questão confira-se o resultado dos julgamentos a respeito do direito de greve dos servidores públicos nos mandados de injunção MI 670/ES, MI 708/DF e MI 712/PA, *leading cases* da matéria. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Pleno. MI 670/ES. Relator: Min. Gilmar Mendes. Publicado no DJe 31.10.08. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Pleno. MI 708/DF. Relator: Min. Gilmar Mendes. Publicado no DJe 31.10.08. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Pleno. MI 712/DF. Relator: Min. Eros Grau. Publicado no DJe 31.10.08.

<sup>36</sup>GÓES, Sandoval Guilherme. Neoconstitucionalismo e dogmática pós-positivista. In: BARROSO, Luís Roberto (org) *A reconstrução democrática do direito público no Brasil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2007, p.131.

Portanto, realizado tal enquadramento pelo Supremo Tribunal Federal na análise da constitucionalidade da “Lei do Ficha Limpa”, não se poderia desprezar a força jurígena da decisão<sup>37</sup>.

A participação direta da sociedade civil nas deliberações e ações políticas é um fenômeno que tende a ganhar espaço, dia-a-dia, nas várias funções exercidas pelo poder estatal e não pode ser subestimada pelo Poder Judiciário.

A vontade do povo que se vê representada na opinião pública, na consideração daquilo que diz o intérprete material da constituição e no que se viu a exemplo da elaboração, votação e sanção do projeto de “Lei do Ficha Limpa” por meio da iniciativa popular, são acontecimentos de suma importância, mas de graus de extensão, densidade e conteúdo inteiramente diversos. Cumpre a sua devida compreensão pelo juiz e intérprete.<sup>38</sup>

A opinião pública, apesar de ter sido um dogma da doutrina do Estado liberal, nunca pode ser compreendida além de uma eficaz forma de presença indireta do corpo social na formação da vontade política<sup>39</sup>. James Bryce chegou a comparar o seu poder impalpável, mas sempre presente, ao éter, que passa através de todas as coisas, e Alfred Sauvy a uma “força que nenhuma Constituição prevê”<sup>40</sup>.

---

<sup>37</sup>Cabe esclarecer que ao adotar uma postura de autocontenção na análise da constitucionalidade da “Lei do Ficha Limpa” a Corte Suprema, ao trazer a sua norma-resultado para o espectro normativo metajurisdicional, deveria reconhecer que o obstáculo à ascensão política do Judiciário se impunha com respaldo no próprio conceito do Estado Democrático de Direito, mas não em razão da estrutura do poder concebida por Locke e Montesquieu – da sistemática da separação de poderes – e sim, justamente, pela própria práxis jurídica; pelo reconhecimento de que o emprego da expressão povo pela Carta Política não justifica tão-somente o aparelho de Estado e o exercício da sua violência/ do seu poder enquanto democráticos (povo legitimante), mas, também, que dele faz parte a consideração do povo como sujeito político real (povo ativo) – em que se incluem instituições e procedimentos tais como a iniciativa popular expressamente prevista no art. 61, § 2º da CRFB/88. Para uma abordagem crítica sobre as variações que o tema povo como titular da soberania política pode assumir, vale a leitura da obra de Friedrich Müller, *Quem é o povo? A questão fundamental da democracia*. 6. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

<sup>38</sup>O que se pretende ao abordar os conceitos de opinião pública, interpretação material da Constituição e iniciativa popular, é desfazer um possível equívoco quanto à manifestação da vontade do povo em cada um destes fenômenos. Distinguido o seu significado contribui-se, definitivamente, para a teoria hermenêutica neoconstitucionalista, hoje mais ocupada com os eventuais limites do ativismo judicial.

<sup>39</sup>BONAVIDES, op. cit., p.485.

<sup>40</sup>SAUVY, apud, BONAVIDES, Paulo. *Ciência política*. 18. ed. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 488.

Consiste, segundo Luís Roberto Barroso, num fator extrajurídico, relevante no processo de tomada de decisões, mas que não é único. Assim, afora o fato de o Judiciário não poder ser seu escravo – pois nem sempre a decisão correta e justa é a mais popular –, não é simples a tarefa dos juízes e tribunais de captá-la com fidelidade.<sup>41</sup>

Para Sergio Cavalieri Filho ela não é a soma nem a síntese da opinião de todos. Opinião pública é um novo produto, uma nova realidade. Trata-se do resultado, mais ou menos estabilizado dos processos sociais gerais, mas que não equivale, necessariamente, à opinião coletiva, nem à opinião de qualquer pessoa em particular<sup>42</sup>.

Por sua vez, a interpretação material da Constituição ou ampliação do círculo de intérpretes, nos termos do que propõe Peter Häberle, consiste na integração da realidade no processo de interpretação constitucional. Equivale ao reconhecimento da Constituição enquanto processo público e na legitimação das forças pluralistas da sociedade para

---

<sup>41</sup>BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 441.

<sup>42</sup>Buscando aclarar a sua concepção, o renomado civilista faz uso de uma analogia, entre a modificação do comportamento individual e o coletivo em determinadas circunstâncias e a flutuação existente entre a opinião individual e a opinião pública, utilizando um interessante exemplo: “Se alguém estiver sozinho em casa e observar que algo está pegando fogo, normalmente se empenhará em apagá-lo buscando auxílio de outras pessoas. Mas se estiver em um teatro ou cinema e escutar alguém gritar “fogo”, imediatamente ocorrerá um tumulto tão grande e desesperado que acabará ferindo e matando mais gente atropelada e pisoteada do que queimada pelo próprio fogo. A multidão em tumulto é capaz de cometer os mais hediondos crimes, como o de amarrar um mendigo ao poste e matá-lo a pauladas, como aconteceu anos atrás em um subúrbio do Grande Rio, muito embora fossem todos os componentes do grupo pessoas pacatas e de comportamento, até então, irrepreensível. É que o comportamento coletivo, nas palavras de Donald Pierson (*Teoria e Pesquisa em Sociologia*, 13ª ed., pp. 223-224), de qualquer tipo, implica que cada um dos indivíduos em apreço responde, consciente ou inconscientemente, às influências dos demais. (...) coisa semelhante ocorre com a opinião pública: não é a soma nem a síntese da opinião de todos: é um novo produto, uma nova realidade, um modo de ser decorrente da opinião de cada indivíduo e das influências que cada um, consciente e inconscientemente, exerceu e recebeu dos demais. Representa a tendência geral, mas não é necessariamente a opinião de todos os membros nem a opinião de qualquer pessoa em particular”. CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa de sociologia jurídica*. 11. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 176 e 177. Tomando por empréstimo as lições propedêuticas à ciência do direito, pode-se concluir, também, que a opinião pública assemelha-se ao conhecimento vulgar, derivado da experiência prática, que uma pessoa sem preparo tem a respeito da vontade do povo. É matéria opinável, questão de opinião realmente. Na iniciativa popular, no entanto, o conhecimento a respeito da vontade do povo reúne características próprias da investigação científica. Tem caráter metódico, sistemático, fundamentado ou demonstrado, limitado ou condicionado. Resumidamente, a opinião pública equivale ao saber vulgar, às constatações da linguagem cotidiana acerca da vontade do povo. Na iniciativa popular, em oposição, há um enunciado ou complexo de enunciados verdadeiros, rigorosamente demonstrados, com um sentido limitado, da vontade popular quanto a um certo assunto. Equivale ao conhecimento científico a respeito da vontade do povo sobre determinado ponto. V., sobre os caracteres do conhecimento científico, o que diz DINIZ, Maria Helena. *Compêndio de introdução à ciência do direito: introdução à teoria geral do direito, à filosofia do direito, à sociologia jurídica...*, 23. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 33-42.

participarem da hermenêutica constitucional na posição que antecede a interpretação constitucional jurídica dos juizes.<sup>43</sup>

Finalmente, a vontade do povo que se vê representada na elaboração, votação e sanção da “Lei do Ficha Limpa” (iniciativa), teve como ponto de lançamento a movimentação organizada e devidamente identificada de inúmeros indivíduos da sociedade civil; tendo sido seguida de intenso debate nas duas casas do Congresso Nacional; integralmente referendada pelos próprios parlamentares atingidos pela inovação normativa; e, após, sancionada pelo Poder Executivo sem a oposição de nenhum veto.

Nota-se, pois, que em todas as hipóteses quer-se discutir a questão da realização da Constituição sob uma perspectiva democrática (da Teoria da Democracia), no entanto, na movimentação popular que deu início ao processo de aprovação da LC 135/10 o que se viu não foi apenas – como é comum – a emanção de um ato normativo pelo órgão estatal responsável por dar início ao processo legislativo, mas também uma participação concreta e direta de toda a sociedade em uma questão inteiramente política de Estado.

Caso se possa fazer aqui uma representação da extensão, densidade e conteúdo da vontade do povo em todas estas hipóteses, sugerir-se-ia o seguinte esquema:

---

<sup>43</sup> Anota Gilmar Ferreira Mendes em prefácio à obra de Häberle: “A interpretação constitucional dos juizes, ainda que relevante, não é (nem deve ser) a única. Ao revés, cidadãos e grupos de interesses, órgãos estatais, o sistema público e a opinião pública constituiriam forças produtivas de interpretação, atuando, pelo menos, como pré-intérpretes (*vorinterpreteten*) do complexo normativo constitucional”. MENDES, Gilmar Ferreira, in: HÄBERLE, op. cit., p.9.

### VONTADE DO POVO<sup>44</sup>

	<u>Opinião Pública</u>	<u>Interpretação Material da Constituição</u>	<u>Iniciativa Popular</u>
<b>Extensão</b>	Imprecisa	Relativamente precisa	Bastante precisa
<b>Densidade</b>	Poder impalpável. “Éter que passa através de todas as coisas” (James Bryce) <sup>45</sup>	Cidadãos, grupos de interesses, órgãos estatais, sistema público, opinião pública.  Audiências e “intervenções” no processo de interpretação constitucional.  <i>Amicus curiae</i> .	Mínimo de 1% (um por cento) do eleitorado nacional, distribuído pelo menos por 5 (cinco) Estados, com não menos de 0,3 (três décimos) por cento dos eleitores de cada um deles (art. 61, § 2º da CRFB/88) <sup>46</sup> .  Manifestação de mais de 1,3 milhões de brasileiros

<sup>44</sup>Jean-Jaques Rousseau denomina “vontade geral” a vontade do povo (soberano) que tende à conservação comum e ao bem-estar geral. Evita-se, aqui, o uso de tal expressão, pois para o excepcional filósofo e teórico político a vontade geral distingue-se da vontade de todos, ou soma de vontades particulares. A vontade geral é o fruto da deliberação popular, sendo sempre incorruptível e correta, não obstante o povo, enganado, possa parecer querer o que é mau. É ela quem dirige o corpo político, conferindo-lhe um poder absoluto sobre todos os seus membros – ao qual se dá o nome de soberania. Sob tal acepção, nesse esquema apresentado, apenas a iniciativa popular poderia se denominar como sendo igual à vontade geral rousseauiana. V. ROUSSEAU, Jean-Jaques, *Do contrato social: princípios de direito político*. Tradução e comentários de J. Cretella Jr. E Agnes Cretella, 3.ed. rev. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 61-63.

<sup>45</sup>BRYCE, apud, BONAVIDES, op. cit., p. 488.

<sup>46</sup>Art. 61. A iniciativa das leis complementares e ordinárias cabe a qualquer membro ou Comissão da Câmara dos Deputados, do Senado Federal ou do Congresso Nacional, ao Presidente da República, ao Supremo Tribunal Federal, aos Tribunais Superiores, ao Procurador-Geral da República e aos cidadãos, na forma e nos casos previstos nesta Constituição.

(...)

§ 2º - A iniciativa popular pode ser exercida pela apresentação à Câmara dos Deputados de projeto de lei subscrito por, no mínimo, um por cento do eleitorado nacional, distribuído pelo menos por cinco Estados, com não menos de três décimos por cento dos eleitores de cada um deles. BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm)>. Acesso em: 05 fev. 2013.

			(“Lei do Ficha Limpa” – LC 135/10).
<b>Conteúdo</b>	<p><i>Vox populi vox dei.</i></p> <p>Teor místico.</p> <p>Dúvidas quanto à sua origem livre e independente.</p> <p>É a “matéria-prima” da propaganda (Burdeau)<sup>47</sup></p> <p>Fenômeno social estudado pela sociologia jurídica e ciência política.</p>	<p>Interpretação pré-constitucional.</p> <p>Forma de participação da sociedade pluralista no processo de interpretação da Constituição.</p> <p>Instrumento de democratização da interpretação constitucional (Peter Härbele).</p> <p>Instituto jurídico-político da hermenêutica pós-positivista constitucional.</p>	<p>Instrumento de participação popular semidireta no processo de decisão.</p> <p>“O povo não só elege como legisla” (Barthélemy &amp; Duez).<sup>48</sup></p> <p>Forma de participação direta da sociedade civil na regulação da vida coletiva.</p> <p>Instituto político-jurídico da ciência política e teoria constitucional do Estado.</p>

Vê-se, então, como é distinta a manifestação da vontade do povo nesses três casos apresentados.<sup>49</sup>

<sup>47</sup>BURDEAU, apud, BONAVIDES, op. cit., p. 500.

<sup>48</sup>BARTHÉLEMY, J; DUEZ, P. apud, BONAVIDES, op. cit., p. 296.

<sup>49</sup>Neste tópico, faz-se imprescindível a transcrição de um excerto do voto-vencido, da lavra do Min. Gilmar Ferreira Mendes, proferido no julgamento das ADCs 29 e 30 e da ADI 4578, em que, lamentavelmente, observa-se total confusão no emprego dos conceitos de opinião pública e iniciativa popular: “É completamente equivocado, portanto, utilizar ‘a vontade do povo’ ou a ‘opinião pública’ para se ‘relativizar’ o princípio da presunção de inocência no âmbito do sistema de inelegibilidades do direito eleitoral. Não podemos proceder a uma tal ‘relativização’ levando em conta uma suposta maioria popular momentânea que prega a moralização da política a custo de um princípio tão caro à toda humanidade, que é o princípio da presunção de não culpabilidade. Não se deve esquecer, ademais, que essa tal ‘opinião pública’ ou essa imprecisa ‘vontade do povo’ é a mesma que elege os candidatos ficha-suja. Se formos então levar em consideração a vontade do povo, a qual dessas vontades devemos dar prevalência: àquela que subscreveu o projeto de lei de iniciativa popular e que é

A iniciativa popular que deu início à votação da “Lei do Ficha Limpa” não é igual à força política da opinião pública ou à pré-interpretação material da constituição que realizam os membros da sociedade aberta de intérpretes. Esses fatos sociais, em um dado contexto, podem até aparecer justapostos, mas, essencialmente, não se confundem<sup>50</sup>.

A iniciativa popular consiste num instrumento de participação popular da democracia semidireta em que o corpo eleitoral provoca a decisão dos governantes.<sup>51</sup>

Aqui, o povo não se coloca na posição de sujeito de governo ou instância de legitimação global<sup>52</sup>, mas numa posição ativa, que participa – tal como em outros instrumentos de legislação popular (referendo e plebiscito) – da conformação do poder, para além da realidade de um Estado partidário.

Conhece-se duas formas principais de iniciativa: a iniciativa não formulada – classificada por alguns, também, com o nome de simples ou pura – e a iniciativa formulada ou articulada – na qual se leva um projeto popular à assembleia num texto em forma de lei, não

---

representada por grupos de interesse e muitas vezes manipulada pelas campanhas e meios de comunicação, ou àquela legitimamente manifestada e devidamente apurada nas urnas? Certamente, a Jurisdição Constitucional não pode se basear em critério tão fluido e tão falacioso para tomar decisões a respeito de princípios enraizados em nosso constitucionalismo”. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Pleno. ADCs 29 e 30 e ADI 4578. Relator: Min. Luiz Fux. Publicado no DJe 29.06.2012.

<sup>50</sup>Com efeito, o significado de opinião pública não equivale, necessariamente, à vontade do povo. Veja-se, por exemplo, o caso dos políticos José Carlos Magalhães (hoje falecido), Joaquim Roriz e Jader Barbalho – que, segundo alguns, teria sido o motivo de inspiração do legislador para a novel redação do art. 1, I, “k”, da Lei de Inelegibilidades (LC 64/90). Não há dificuldades para acreditar que a opinião pública não deseja o retorno desses cidadãos à vida política brasileira. No entanto, é um fato que estes mesmos políticos lograram expressiva aprovação popular nas suas eleições. Nota-se, com isso, que vontade do povo e opinião pública, são conceitos que, em um dado contexto até se tocam, mas num outro podem seguir orientações completamente diversas. Para aclarar as reflexões sobre o tema existe, ainda, uma outra perspectiva a ser considerada: a distinção entre opinião pública centralizada e opinião pública descentralizada e vontade do povo centralizada e vontade do povo descentralizada. Ted Roosevelt, antigo presidente norte-americano, buscando traçar uma distinção entre clamor público, paixões do momento e opinião sedimentada, refere-se, ainda, à opinião pública do momento e à vontade popular permanente. Apud, BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 441.

<sup>51</sup>BONAVIDES, Paulo. *Ciência política*. 18. ed. São Paulo: Malheiros, 2011, p.302 e s. Segundo o autor “de todos os institutos da democracia semidireta o que mais atende às exigências populares de participação positiva nos atos legislativos é talvez a iniciativa”. *Ibid.*, p. 311.

<sup>52</sup>A expressão refere-se à contribuição de Friedrich Müller, para quem a expressão povo nos textos das normas de uma constituição pode assumir, basicamente, quatro significados jurídicos: 1) o icônico, de mitificação, denominado pelo autor de povo ícone; 2) o de estrutura de legitimação da instituição de normas e prolação das decisões judiciais, instância global da atribuição de legitimidade democrática, também denominado de povo legitimante; 3) o de destinatário de prestações civilizatórias do Estado ou povo destinatário; e 4) o de fonte da determinação do convívio social por meio de prescrições jurídicas ou povo ativo. MÜLLER, Friedrich. *Quem é o povo?* A questão fundamental da democracia, 6. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 45-78.

raro, redigido já em artigos, aparelhado para ser discutido e votado. Mas pode ser que a assembleia o recuse, faça-lhe consideráveis alterações, ou deixe expirar o prazo que lhe é assinalado sem sequer examiná-lo.<sup>53</sup>

No caso da “Lei do Ficha Limpa”, no entanto, mais que uma iniciativa formulada ou articulada, o que se viu foi a aprovação unânime do projeto popular pelas duas casas do Congresso Nacional. Foi intensa a discussão do projeto de lei na Câmara de Constituição e Justiça, até que se concluísse pela sua integral constitucionalidade. Como se não fosse suficiente, o texto aprovado pelos parlamentares foi, por completo, referendado pelo chefe do Executivo.

O que concluir desta grande vitória da sociedade civil, em que os próprios destinatários da norma mostraram-se integralmente favoráveis à introdução de duras e novas regras no jogo de poder político? Como se poderia dizer, diante de toda a representatividade democrática que logrou a aprovação da “Lei do Ficha Limpa”, que o Supremo Tribunal Federal, invocando seu papel contramajoritário, poderia superar essa comprovada barreira sem incorrer num problema de legitimação?<sup>54</sup>

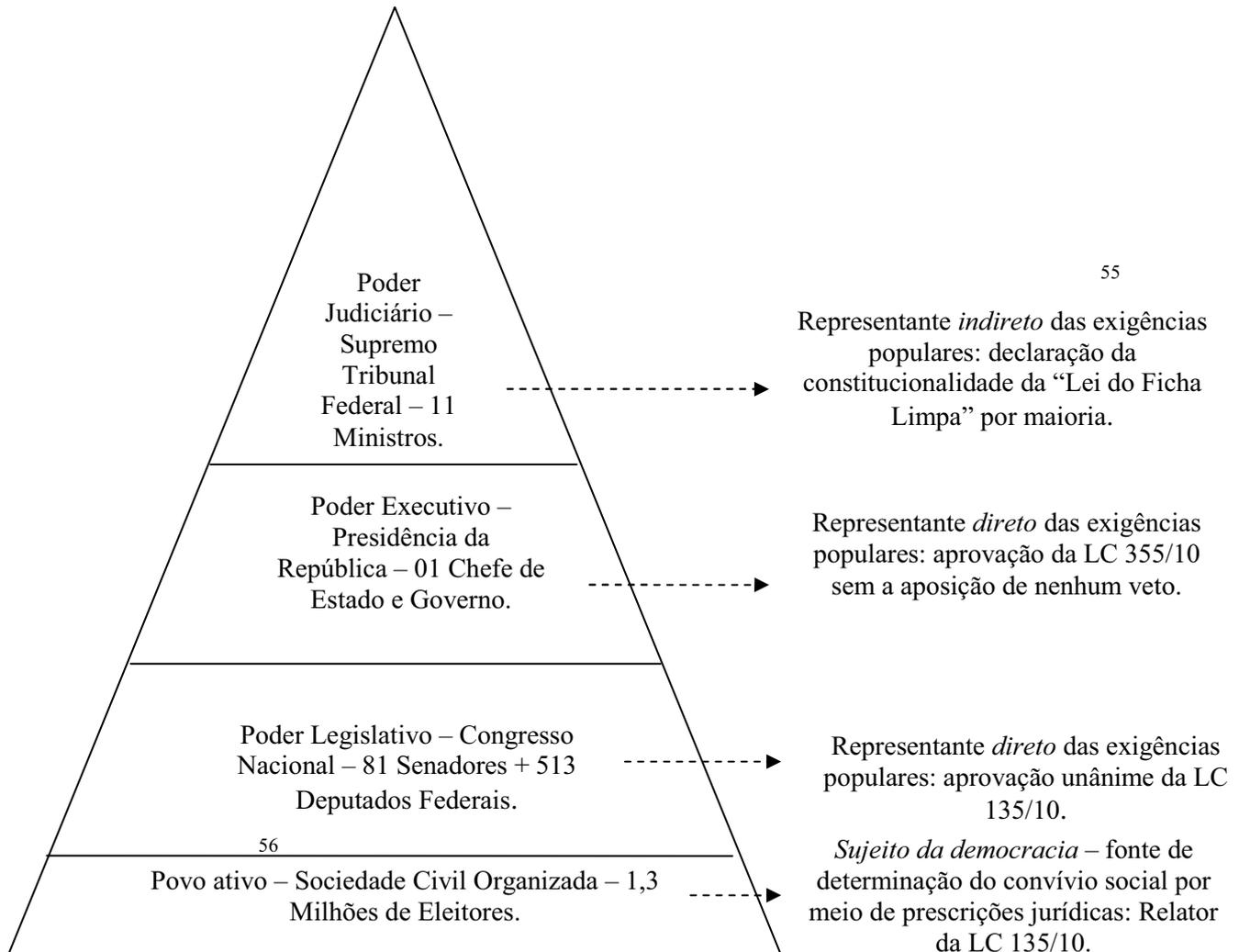
Estava instalada, então, quando do julgamento das ADCs 29 e 30 e da ADI 4578 pela Corte Suprema, uma especial dificuldade contramajoritária, diretamente decorrente da vontade do povo, exprimida na recém-criada norma eleitoral (LC 135/10); norma esta que foi referendada pelos seus próprios destinatários e que são, a um só tempo, considerados representantes diretos das exigências populares.

---

<sup>53</sup>BONAVIDES, op. cit., p.312.

<sup>54</sup>A essa altura compreende-se que a expressão dificuldade contramajoritária – cunhada por Alexander Bickel, em sua obra *The least dangerous branch*, 1962 –, é, em verdade, equívoca. O obstáculo que se impõem à ascensão política do Judiciário e que encontra respaldo no próprio conceito do Estado Democrático de Direito se dá em razão de uma opção da maioria, do fato de que o exercício da autoridade estatal pelo parlamento é compatível com a democracia, pois os seus membros são selecionados e controlados por eleições livres e gerais – o que seria um problema para os juízes da corte constitucional que, regra geral, não possuem legitimação democrática direta. A chave para solução desses problemas, segundo Robert Alexy, é conceber a jurisdição constitucional, também, como representação do povo. Nesse sentido, emerge o conceito de “representação argumentativa”. Sobre o tema, veja-se ALEXY, Robert. Ponderação, Jurisdição Constitucional e Representação Popular, In: NETO, Cláudio Pereira de Souza e SARMENTO, Daniel (coord.) *A constitucionalização do direito: fundamentos teóricos e aplicações específicas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

Para melhor síntese dessa ideia apresenta-se, ainda, a figura abaixo:



<sup>55</sup>Para Luis Roberto Barroso, e outros, “o poder de juízes e tribunais, como todo o poder político em um Estado democrático, é representativo. Vale dizer: é exercido em nome do povo e deve contas à sociedade.” Dentro de limites, no entanto, estará sujeito à opinião pública, pois “muitas vezes a decisão correta e justa não é a mais popular”. BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 439 e 440. Há, todavia, um outro entendimento, segundo o qual o Judiciário não exerce um poder representativo popular, nem ao menos indiretamente. Esse posicionamento, considerado até antigo por alguns doutrinadores, parece ganhar força ultimamente, sobretudo após grande repercussão do caso *Kitzmiller vs. Dover Area School District*, julgado pelo juiz federal norte-americano, John E. Jones III, em 20 de dezembro de 2005. Na ocasião, o magistrado considerou o ensino do criacionismo (*intelligent desing*) inconstitucional nas aulas de ciências, tendo determinado a adaptação dos currículos de biologia e material bibliográfico das escolas públicas norte-americanas. Após ter sido severamente criticado como sendo um juiz ativista, John E. Jones III, buscou esclarecer a sua concepção sobre o papel do Judiciário. Para o magistrado, diante do que dispõe o art. 3 da Constituição Norte-Americana, pode-se dizer que o Judiciário seria uma espécie obstáculo ao abuso e amplificação inconstitucional do poder das outras funções do Estado. O Executivo e o Legislativo estariam apoiados na representatividade das eleições populares, na vontade da maioria e sujeitos à opinião pública. O Poder Judiciário, diversamente, é contramajoritário, uma forma de proteção contra a tirania da maioria e um baluarte contra a opinião pública. V., a propósito, *The myth of “activist judges”* Disponível em: <<http://www.collegenews.org/editorials/2006/the-myth-of-activist-judges.html>> Acesso em: 05 ago. 2012.

<sup>56</sup>MÜLLER, op. cit., p. 51-53.

Tem-se, portanto, que o significado da vontade política do povo quando se fala em opinião pública não é igual à vontade política da sociedade aberta, pluralista, que considera os agentes conformadores da realidade constitucional no processo de interpretação da lei fundamental do Estado e da sociedade.

Do mesmo modo, isso não é igual ao significado da vontade política do povo que se vê representada por meio da legislação popular democrática sem mediações. Da possibilidade de um governo do povo, em que a autocodificação, enquanto ideia primeira remanescente da democracia terrena, ainda sobrevive<sup>57</sup>; e revive agora animada pelos novos de instrumentos de comunicação global e instantânea como a Internet.

A iniciativa popular que desencadeou a elaboração da “Lei do Ficha Limpa”, formulada por aproximadamente 1,3 milhões de brasileiros – pelo povo ativo, como propõe Friedrich Müller –, e que foi aprovada pela votação unânime dos Poderes Legislativo e Executivo da República Federativa do Brasil, não se confunde com a opinião pública ou com a interpretação da sociedade aberta dos intérpretes da constituição.

Estes conceitos possuem extensão, densidade e conteúdo distintos. Em um dado contexto eles podem até parecer lado a lado, mas num outro podem assumir significados completamente antagônicos.

---

<sup>57</sup>Segundo Friedrich Müller, para que uma sociedade receba o título honorífico de “democrática”, não basta que os cidadãos reajam em espaços de tempo como objetos da propaganda eleitoral e expressem, enquanto sujeitos ideais a sua anuência ao sistema, a cada dia e passivamente. Os cidadãos revelam ser sujeitos práticos justamente pela práxis e pela resistência democrática por meio da sociedade civil. Dentre as condições necessárias da democracia estão as formas do Estado de Direito nas quais seja possível a participação da população no governo, restringindo a oligarquia de deputados e grupos de interesses (*pressure groups*) do parlamentarismo puro, dificultando a sua dominação por meio de uma democracia como mecanismo de um controle e decisão de baixo para cima. Nas figuras multiformes de participação popular nas funções do Estado insere-se a possibilidade de coatuação na legislação por meio da iniciativa, mas com a peculiaridade de que o parlamento estaria obrigado a decidir e, se fracassada, deveria ser realizado um plebiscito conclusivo em torno da questão. MÜLLER, Friedrich. *Quem é o povo?* A questão fundamental da democracia, 6. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 108-110.

Deu-se um grande passo na realização do Estado material de Direito, no desenvolvimento da Democracia material.<sup>58</sup> O povo rompeu com o fascínio retórico da democracia, tornando-se um fator determinante, uma realidade.

Por isso seria preciso, no mínimo, um pouco mais de cuidado ao falar em papel contramajoritário da jurisdição constitucional quando da análise da constitucionalidade da “Lei do Ficha Limpa” (LC 135/10).

---

<sup>58</sup>Ibid., p.100.

### 3. CONSTITUCIONALISMO X DEMOCRACIA.

O papel do Judiciário, em geral, e do Supremo Tribunal Federal, em particular, na interpretação e na efetivação da Constituição tem sido um tema de debate constante na doutrina.

Dentre as várias roupagens que essa discussão tem assumido, uma delas poderia ser descrita na seguinte proposição jurídica: constitucionalismo popular *versus* supremacia judicial; interpretativismo *versus* não interpretativismo; ou ainda, contenção judicial *versus* ativismo. De qualquer modo, seja qual for a terminologia que se queira adotar, em todas essas situações a controvérsia remonta à tensão latente entre o constitucionalismo e a democracia<sup>59</sup>.

O predomínio da vontade da maioria, de forma bem esquemática, identifica-se com a democracia, com o exercício do poder pelos agentes do povo, ao passo que o ideário constitucionalista, de matriz liberal, busca a contenção jurídica do poder preocupado com a salvaguarda das liberdades individuais dos governados.

Desse modo, embora a democracia e o constitucionalismo sejam vistos como valores sinérgicos e complementares na visão contemporânea do Estado Democrático de Direito, eles são, em verdade, dois grandes vetores da moralidade política da modernidade em constante tensão – coisa que não se resolve através de um arranjo de palavras<sup>60</sup>.

---

<sup>59</sup>V., a propósito, SARMENTO, Daniel. Ubiquidade constitucional: os dois lados da moeda. In: NETO, Cláudio Pereira de Souza e SARMENTO, Daniel (coord.) *A constitucionalização do direito: fundamentos teóricos e aplicações específicas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

<sup>60</sup>Na democracia representativa tudo se passa como se o povo realmente governasse, por conseguinte, a tensão existente entre o constitucionalismo e a democracia tende a ser negada, afirmando-se que a Constituição é, por definição, a expressão da soberania do povo. Isso, no entanto, acarreta o desconhecimento do conflito permanente entre a democracia e o constitucionalismo, tencionando-se resolvê-lo através de um arranjo de palavras. Daniel Sarmento, de modo perspicaz, sintetiza a questão: “Estas observações destinam-se apenas a refutar a ideia de que não haveria tensão alguma entre democracia e constitucionalismo, uma vez que a Constituição seria a expressão pura e acabada da vontade popular. A fricção não é insuperável... Só não é possível ignorar a tensão, ou pretender resolvê-la através de um mero jogo de palavras, com a afirmação de que a Constituição identifica-se necessariamente com a vontade do povo. Na verdade, as constituições, sobretudo nos países que adotam mecanismos de controle jurisdicional de constitucionalidade de leis, impõem bloqueios para a deliberação coletiva, na medida em que subtraem do espaço de decisão dos representantes do povo certas questões estabelecidas diretamente pelo constituinte, ou extraídas da Constituição através da interpretação judicial. Como bem destacou Vital Moreira, ‘...por definição, toda Constituição constitui um limite da expressão

Some-se a esse fato a constatação de pelo menos 3 (três) outros problemas<sup>61</sup>.

*Primus*: a questão temporal. O povo – verdadeiro sujeito da história –, os componentes dessa verdadeira amálgama, não é o mesmo ao longo do tempo. Portanto, o que está em discussão não necessariamente saber se é democrático que o povo limite o seu poder de deliberação futura através de um pré-compromisso<sup>62</sup> ou que imponha a sua vontade à classe política, mas sim analisar até que ponto é legítimo que uma determinada geração, que vive num certo momento da história, possa, ao promulgar a lei fundamental do Estado, adotar decisões que irão vincular também outras gerações, em cenários muito diferentes.

*Secundus*: há a questão da indeterminação semântica. Boa parte das prescrições constitucionais está expressa em linguagem muito imprecisa: dignidade da pessoa humana, igualdade, solidariedade social, moralidade administrativa, etc. Pessoas podem invariavelmente discordar sobre o que significa aplicar uma norma com esta estrutura num determinado caso. Conclusão: como o intérprete não age como a “boca fria” das palavras do constituinte e são os juízes dos tribunais constitucionais ou supremas cortes que dão a última palavra sobre a interpretação constitucional, não sendo eles eleitos ou responsáveis

---

e da autonomia da vontade popular. Constituição quer dizer limitação da liberdade da maioria de cada momento, e, neste sentido, quanto mais Constituição, mais limitação do princípio democrático... O problema consiste em saber até que ponto é que a excessiva constitucionalização não se traduz em prejuízo do princípio democrático” Ibid, p.131.

<sup>61</sup>Os dois primeiros aspectos apontados a seguir foram retirados do texto de Daniel Sarmento, Ubiquidade constitucional: os dois lados da moeda. In: NETO, Cláudio Pereira de Souza e SARMENTO, Daniel (coord.) *A constitucionalização do direito: fundamentos teóricos e aplicações específicas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 128-130. O terceiro e último – a indagação a respeito do próprio poder popular – alude à problemática sugerida por Friedrich Müller, em sua obra . *Quem é o povo? A questão fundamental da democracia*, 6. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 92 e s.

<sup>62</sup>Refere-se aqui à conhecida analogia, empregada por Jon Elster, que equiparou o pré-compromisso constitucional ao de Ulisses. No livro XII da Odisséia, conta Homero que Ulisses teria de navegar nas proximidades da ilha das sereias. Advertido pela feiticeira Circe, sabia ele que não poderia deixar-se seduzir pelo canto das sereias, pois seu navio naufragaria. Então, o engenhoso herói mitológico determinou aos seus marinheiros que tapassem os ouvidos com cera, e que o amarrassem no mastro, não soltando em hipótese alguma, ainda que ele o ordenasse. Esse “pré-compromisso”, de autolimitação da vontade de Ulisses para evitar um futuro naufrágio poderia ser equiparado àquele que o povo impõe quando elabora uma Constituição, para também poder restringir o seu poder de deliberação futura, a fim de preservar o seu destino coletivo. V., a propósito, Daniel Sarmento. Ubiquidade constitucional: os dois lados da moeda. In: NETO, Cláudio Pereira de Souza e SARMENTO, Daniel (coord.) *A constitucionalização do direito: fundamentos teóricos e aplicações específicas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 128.

politicamente perante o povo, estas escolhas e valorações dos juízes carecem também de legitimação democrática.

*Tertius*: o problema do *kratien*<sup>63</sup>. Quem é o povo? Essa é a questão fundamental da democracia. O grau zero [degré zéro] da legitimação dos textos constitucionais modernos. Na análise dessa questão mais de perto, com os recursos da Linguística Jurídica, do direito comparado e da Ciência Política e da Sociologia, o que se conclui é que “o povo ainda está por ser criado”<sup>64</sup>. A dominação existente, a qual a Constituição, parcialmente, empresta legitimidade, na realidade, nunca é exercida pelo povo.

Disso resulta uma paradoxal verdade: o constitucionalismo é, ao mesmo tempo, uma garantia, mas também um limite do processo democrático<sup>6566</sup>.

---

<sup>63</sup>A palavra democracia vem do grego *demos* (povo) e *kratie* (poder). Literalmente, significa “o poder do povo”. Segundo Friedrich Müller o discurso de legitimação de uma democracia deve realizar-se não apenas no seu conteúdo, mas, também, no seu procedimento, isto é, deve ser correlativamente estruturado. Nesse aspecto, urge repensar não só o termo *demos* como problema, mas também o termo *kratien*. Governar significa tradicionalmente ser sujeito do poder decisório e do exercício do poder. Ocorre que *kratien* significa grau hierárquico igual: o povo como fator determinante, efetivamente levado a sério. Op. cit., p. 94-98.

<sup>64</sup>MÜLLER, op. cit. p. 106. O autor repete a afirmação uma vez utilizada por Jean-Paul Sartre para destacar que o povo e a democracia ainda estão longe de serem pensados em termos realistas. O conceito de povo, segundo afirma, não é um dado supratemporal, que se confunda com a noção de homem ou cidadão, ou um dado estatístico – que se compreenda ao fazer-se comparecê-lo às urnas a cada quatro ou cinco anos. Equivale a uma fórmula modificável, que necessita ser trabalhada no árduo cotidiano da teoria, da legislação e da esfera jurídico-política. Para o jusfilósofo alemão, em boa parte dos Estados democráticos ainda vive-se uma democracia formal, à grande distância da participação popular política efetiva e democrática: “Um tal exemplo modelar de democracia formal é a norte-americana. Providências de central importância da Constituição Federal de 1787 foram tomadas com o objetivo de manter tão reduzida quanto possível a influência direta do povo: a cisão do Legislativo em duas câmaras; a posição forte dos estados na federação, como contrapeso ao poder central; o direito do presidente, isto é, do Poder Executivo, de vetar leis promulgadas pelo Legislativo; a falta de um sistema parlamentarista, isto é, a dependência do governo da maioria no parlamento; o *system of checks and balances*, considerado na sua totalidade. O fantasma que sempre reaparece no *Federalist* é ‘*the man in the street*’, o homem da rua, quer dizer, a influência de pessoas normais cujos interesses cotidianos são afetados. São eles que devem ser restritos no seu peso político no sistema dos EUA; não podem tornar-se a instância mais poderosa. (...) Rousseau já concebeu e disse claramente o que o liberalismo posterior negou e continua negando sistematicamente: ‘O povo inglês crer ser livre; mas está assaz enganado. Somente é livre durante as eleições dos membros do parlamento; após as eleições, o povo é um escravo, é nada’ (*Du Contrat Social* III, 15). Esse diagnóstico sobreviveu com assustadora incolumidade o quarto milênio que nos separa da sua formulação.” Ibid., p. 106-108.

<sup>65</sup>SARMENTO, Daniel. Ubiquidade constitucional: os dois lados da moeda. In: NETO, Cláudio Pereira de Souza e SARMENTO, Daniel (coord.) *A constitucionalização do direito: fundamentos teóricos e aplicações específicas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 130.

<sup>66</sup>Sem negar esse conflito, Luís Roberto Barroso propõe a adoção de um modelo equilibrado e conciliatório entre os conceitos de constitucionalismo e democracia na configuração moderna do Estado e da sociedade. Sugere uma visão substancialista, e não procedimentalista da Constituição e da jurisdição constitucional: “Adota-se aqui, portanto, uma visão substancialista, e não procedimentalista da Constituição e da jurisdição constitucional. No ambiente da democracia deliberativa, a Constituição deve conter – e juízes e tribunais devem implementar – direitos fundamentais, princípios e fins públicos que realizem grandes valores de uma sociedade democrática:

Em meio a tal contradição lógica exsurge o debate crescente acerca do fundamento democrático da jurisdição constitucional. As perguntas que têm desafiado a doutrina e jurisprudência poderiam ser colocadas, com certa simplicidade, do seguinte modo: até que ponto a excessiva constitucionalização – como no caso brasileiro – não se traduz em prejuízo do princípio democrático? Por que se deveria transferir ao Judiciário a competência para examinar a validade de decisões dos representantes do povo? Por que um texto elaborado décadas ou séculos atrás (a Constituição) deveria limitar as maiorias atuais? Em que medida a Constituição pode restringir as decisões que foram objeto de assentimento majoritário?

Por óbvio, a resposta a todas essas indagações demandaria uma análise prolongada, mais profunda do tema, o que não se permite neste breve trabalho acadêmico.

No entanto, diante do enfoque que se quer emprestar ao especial déficit de legitimação da jurisdição constitucional nas hipóteses em que os eleitores são a fonte da determinação social por meio da autoprescrição jurídica<sup>67</sup>, parece mais importante abordar aqui, inicialmente, o que se entende, modernamente, por uma sociedade democrática; quais os problemas do alargamento da constitucionalização pela via interpretativa; seus eventuais

---

justiça, liberdade e igualdade.(...) Em suma: na busca do equilíbrio entre constitucionalismo e democracia, os substantivistas dão ênfase aos princípios de justiça (i.e., aos direitos fundamentais) e os procedimentalistas, ao princípio majoritário. Deve-se reconhecer, no entanto, a existência de uma larga zona de interseção entre as duas concepções, mais expressivas do que suas diferenças.” BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 114 e 115. São apontados como adeptos da vertente substancialista John Rawls (*A theory of justice*, 1999) e Ronald Dworkin (*Taking rights seriously*, 1997; *Freedom’s Law: the moral reading of the American Constitution*, 1999; *O império do direito*, 1999). No Brasil, dentre outros, Ana Paula de Barcellos (Neoconstitucionalismo, direitos fundamentais e controle das políticas públicas, *Revista de Direito Administrativo*, 240:83, 2005). Favoráveis à vertente procedimentalista estariam John Hart Ely (*Democracy and distrust: a theory of judicial review*, 1980) e Jürgen Habermas (*Direito e Democracia entre faticidade e validade*, 1997). Daniel Sarmento anota: “Para Ely, só se justifica um maior ativismo judicial quando se tratar da tutela de valores procedimentais, relacionados ao processo democrático. Nesta linha, ele sustenta que os tribunais devem agir ativamente para proteger os direitos de minorias que não estejam bem representadas no espaço político parlamentar, ou para salvar direitos que sejam pressupostos para o bom funcionamento da democracia, como a liberdade de expressão, mantendo uma postura mais recatada nos outros casos. Tal como Ely, Jürgen Habermas posicionou-se contrariamente à visão do Judiciário como instância legítima para a afirmação de valores substantivos, tornando-se por isso um crítico feroz da jurisprudência alemã, com seu apelo frequente à ordem de valores da Constituição. Ele também defende uma teoria procedimental da jurisdição constitucional, mas na sua visão, os pressupostos para o funcionamento da democracia que justificariam uma postura mais ativa da justiça constitucional são bem mais amplos, envolvendo um sistema complexo de direitos fundamentais, em que há espaço para direitos sociais básicos e direitos ambientais. A sua teoria é extremamente complexa, e não haveria como descrevê-la aqui.” Op. cit., p.137.

<sup>67</sup>Refere-se à iniciativa popular formulada que deu origem à edição da “Lei do Ficha Limpa” (LC 135/10).

limites; e, ao final, intentar tecer algumas considerações, na linha daqueles que propugnam o desenvolvimento de uma teoria harmônica entre o modo proativo de interpretar a constituição e a teoria democrático-deliberativa<sup>68</sup>, a partir da experiência brasileira com a edição da “Lei do Ficha Limpa” (LC 135/10).

---

<sup>68</sup>Conforme Cláudio Pereira de Souza Neto, essa é também outra denominação que se poderia dar à democracia deliberativa, surgida nas últimas décadas do século XX, como uma alternativa às teorias democráticas predominantes, elitistas e agregativas, que acabaram reduzindo o processo democrático à prerrogativa popular de eleger representantes. Entre as concepções substantiva e procedimental de democracia deliberativa, o autor propõe uma terceira via, a que denomina de cooperação democrática. Nesse modelo – que mais se aproximaria à estratégia procedimental de Habermas – liberdade e igualdade compõem o núcleo material da constituição e a deliberação permanece aberta quanto aos seus resultados. No entanto, as decisões públicas poderiam ser restritas ainda com base naqueles valores, que considera como sendo condições necessárias para que os cidadãos se engajem em um esforço cooperativo de longo prazo. V. SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. *Deliberação pública, constitucionalismo e cooperação democrática*. In: BARROSO, Luís Roberto (org). *A reconstrução democrática do direito público no Brasil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2007, p. 43-82.

#### **4. LIMITES AO ATIVISMO JUDICIAL A PARTIR DA EXPERIÊNCIA DA “LEI DO FICHA LIMPA” (LC 135/10).**

Se fosse possível fazer um balanço desde o advento da Constituição de 88 da jurisprudência pretoria que tem sido produzida até agora, considerado o sentimento social e a avaliação realizada pela doutrina, dir-se-ia, de maneira geral, que as escolhas da Corte Suprema pelo método proativo de interpretar a Carta Política têm se revelado uma opção feliz.

Não à toa, constata-se atualmente certo prestígio e autoridade nas decisões que emanam do Supremo Tribunal Federal.<sup>69</sup>

E foi parecido nas ocasiões em que o Tribunal foi acionado a se pronunciar sobre a constitucionalidade da “Lei do Ficha Limpa”; mas poderia ter sido diferente... Sim, poderia ter sido diferente.

Antes de continuar cabe esclarecer no que consiste método proativo de interpretação da Constituição, ou melhor, o que significa o nomeado ativismo judicial.

De acordo com Luís Roberto Barroso, o ativismo judicial é uma atitude. Consiste numa escolha pelo juiz de um modo proativo de interpretação da Constituição, que lhe expande o sentido e alcance, e que poderia ser resumido em condutas, tais como: a) a aplicação direta da constituição a situações não expressamente contempladas em seu texto, independentemente da manifestação do legislador ordinário; b) a declaração de inconstitucionalidade de atos normativos emanados do legislador, com base em critérios

---

<sup>69</sup>No Brasil, atualmente, grande parte do prestígio da atuação do Poder Judiciário tem sido explicada em razão de uma persistente crise de representatividade, legitimidade e funcionalidade do Congresso Nacional. Tal fato, também em nome da Constituição, alimenta uma expansão do Judiciário com a prolação de decisões com caráter normativo geral, que suprem omissões legislativas e, por vezes, inovam na ordem jurídica. V., a propósito, BARROSO, Luís Roberto. *Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática*. Disponível em: <<http://www.oab.org.br/editora/revista/users/revista/1235066670174218181901.pdf>>. Acesso em: 13 jul. 2012.

menos rígidos que os de patente e ostensiva violação da constituição; e c) a imposição de condutas ou de abstenções ao Poder Público, notadamente em matéria de políticas públicas<sup>70</sup>.

As origens do ativismo judicial remontam a jurisprudência norte-americana<sup>71</sup> e o seu oposto é a autocontenção judicial – postura pela qual o judiciário procura reduzir sua interferência nas ações de outros Poderes. Por essa linha juízes e tribunais: a) evitam aplicar diretamente a constituição a situações que não estejam no âmbito de sua incidência expressa, aguardando o pronunciamento do legislador ordinário; b) utilizam critérios rígidos e conservadores para a declaração de inconstitucionalidade de leis e atos normativos; e c) abstêm-se de interferir na definição de políticas públicas. Até o advento da Constituição de 1988 essa era a principal linha de atuação do Judiciário no Brasil.

A principal diferença metodológica entre as duas posições estaria, em princípio, no fato de que o ativismo judicial busca extrair o máximo das potencialidades do texto constitucional, sem invadir, contudo, o espaço da criação livre do Direito. A autocontenção, por outro lado, restringe o espaço de incidência da Constituição em favor das instâncias tipicamente políticas.<sup>72</sup>

---

<sup>70</sup>Ibid.

<sup>71</sup>As origens do ativismo judicial remontam a jurisprudência norte-americana, pois a atitude proativa da Suprema Corte marcou a experiência constitucional dos Estados Unidos desde o seu início. Alinhando-se ao pensamento conservador da época, em 1857, no caso *Dread Scott vs. Sandford* [60 U.S. (10 How.) 393], na decisão mais condenada do constitucionalismo americano, a Suprema Corte partiu em defesa da escravidão. Em seguida, a partir do final do século XIX, fazendo-se intérprete do pensamento liberal fundado na ideia do *laissez faire*, a Suprema Corte invalidou inúmeras leis sociais em geral. Esse período ficou conhecido como era *Lochner* (1905-1937). Com base na doutrina então desenvolvida, a Suprema Corte passou a invalidar ampla legislação social decorrente do *New Deal* de Franklin Roosevelt após a crise de 1929. Tal fato gerou um confronto entre o Executivo e a Corte no qual Roosevelt chegou a enviar um projeto de lei ao Congresso ampliando a composição da Corte (*Court-packing plan*), que não foi aprovado. Muitos anos se passaram até que o Tribunal recuperasse sua autoridade moral e política. Somente a partir da década de 50 a situação se inverteu por completo. Sob a presidência de Earl Warren (1953 a 1969) e logo ao início do período presidido por Warren Burger (1969 a 1986), produziu-se uma jurisprudência progressista em matéria de direitos fundamentais incluindo afrodescendentes, presos e mulheres, bem como questões relativas a privacidade e aborto. V. BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 411 e 412. V. tb. BARROSO, Luís Roberto. *Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática*. Disponível em: <<http://www.oab.org.br/editora/revista/users/revista/1235066670174218181901.pdf>>. Acesso em: 13 jul. 2012.

<sup>72</sup>BARROSO, Luís Roberto. *Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática*. Disponível em: <<http://www.oab.org.br/editora/revista/users/revista/1235066670174218181901.pdf>>. Acesso em: 13 jul. 2012.

Na apreciação da constitucionalidade da Lei Complementar n. 135/10 quando do julgamento das ADCs 29 e 30 e da ADI 4578, de modo preciso – ainda que por votação da maioria<sup>73</sup> –, prevaleceu a tese da constitucionalidade da “Lei do Ficha Limpa”.

No entanto, parece que a Corte Suprema – talvez até pela importância crescente de sua atuação política<sup>74</sup> – ainda não atentou para os limites que se impõem ao método proativo de interpretação da Constituição; o que, como se constata, seria imperioso observar por ocasião do julgamento da constitucionalidade *in abstracto* da Lei Complementar n. 135/10.<sup>75</sup>

<sup>73</sup>V. *Inf. STF*, 647, p. 2-4; 650, p.6 e 655, p.2-7. ADC 29/DF, ADC 30/DF e ADI 4578/DF, Rel. Min. Luiz Fux. A posição do relator julgando totalmente improcedente a ação direta de inconstitucionalidade e parcialmente procedente as ações declaratórias de constitucionalidade, para conferir interpretação conforme à aliena “e”, inciso I do art. 1º da LC 64/90, com redação dada pela LC 135/2010, ficou vencida nesta pequena parte. Prevaleceu, por seis votos a cinco, a tese da integral constitucionalidade das hipóteses de inelegibilidade instituídas pelas alíneas “c”, “d”, “f”, “g”, “h”, “j”, “m”, “n”, “o”, “p” e “q” do art. 1º, inciso I, da Lei Complementar nº 64/90, introduzidas pela Lei Complementar nº 135/10. Dos votos vencidos um deles considerava integralmente inconstitucional as alterações citadas (Ministro Gilmar Mendes). Os outros, em diferentes extensões, julgavam parcialmente procedente a ação direta e as ações declaratórias de constitucionalidade (Ministros Luiz Fux, Dias Toffoli, Celso de Mello e Cezar Peluso (Presidente)).

<sup>74</sup>Atribui-se ao formalismo jurídico a fonte do discurso tradicional que, numa crença quase mitológica, mantém uma divisão marcada entre o espaço da política e o espaço do direito. Nesse modelo idealizado, o direito é imune às influências da política, por força, basicamente, da independência do Judiciário e vinculação do juiz ao sistema jurídico. Oposto a esse modelo, há um outro, que se poderia denominar de cético, professado por movimentos teóricos de expressão como o realismo jurídico, a teoria crítica e boa parte das ciências contemporâneas. Todos eles buscam descrever o mundo jurídico e as decisões judiciais como são e não como deveriam ser. Afirma-se, assim, que a crença na objetividade do direito e na existência de soluções prontas no ordenamento jurídico não passariam de mitos. Nesse sentido, não estaria errado referir-se à atuação política do Supremo Tribunal Federal, já que a autonomia do direito em relação à política e outros fatores extrajudiciais será sempre parcial. Cabe anotar, no entanto, que mais recentemente, diversos autores têm procurado resgatar o formalismo jurídico em uma versão requalificada, cuja ênfase é a valorização das regras e a contenção da discricionariedade judicial. Sobre o tema, v. BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 415-442.

<sup>75</sup>Barroso afirma que podem ser apontadas, ao menos, três objeções ao ativismo judicial e à crescente intervenção judicial na vida política: 1) riscos para a legitimidade democrática – pois o Judiciário, com exceção do que seja essencial para preservar a democracia e os direitos fundamentais, não pode suprimir a política, o governo da maioria, nem o papel do legislativo; 2) risco de politização da justiça – nessa linha cabe reavivar que o juiz: (i) só deve agir em nome da Constituição e das leis, e não por vontade própria; (ii) deve ser deferente para com as decisões razoáveis tomadas pelo legislador, respeitando a presunção de validade das leis; (iii) não deve perder de vista que, embora não eleito, o poder que exerce é representativo (i.e. emana do povo e em seu nome deve ser exercido, razão, pela qual sua atuação deve estar em sintonia com o sentimento social na medida do possível; e 3) a capacidade institucional do Judiciário e seus limites – em situações envolvendo aspectos técnicos e científicos de grande complexidade, por falta de informação ou conhecimento específico, o juiz de direito pode não ser o árbitro mais qualificado. Por outro lado, algumas decisões podem produzir efeitos sistêmicos imprevisíveis e indesejados. Nesses casos, revela-se melhor a autolimitação espontânea e deferência aos juízos discricionários dotados de razoabilidade do Executivo ou Legislativo. BARROSO, Luís Roberto. *Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática*. Disponível em: <<http://www.oab.org.br/editora/revista/users/revista/1235066670174218181901.pdf>>. Acesso em: 13 jul. 2012.

Mais adiante, tentar-se-á explicar porque o Supremo Tribunal Federal, quando da análise da constitucionalidade *in abstracto* da “Lei do Ficha Limpa”, teria seguido uma linha de atuação inadequada acaso optasse pelo posicionamento proativo do Min. Luiz Fux, que ficou vencido nesta pequena parte, e, em que medida, a conduta de autocontenção judicial se alinha melhor à moderna teoria democrática da Constituição.

Serão analisados, mais adiante, 2 (dois) pontos que chamaram atenção naquele julgamento e que se apresentaram como sendo excepcionalmente delicados: 1) o método de interpretação conforme a constituição que o relator, Ministro Luiz Fux, buscou empreender ao acórdão, quando considerou parcialmente procedente as ADCs 29 e 30 e a ADI 4578; e 2) a alegação de inconstitucionalidade da norma por suposta violação ao princípio da presunção de inocência – ou presunção da não culpabilidade, segundo alguns (art. 5, LVII, da CRFB/88) – o que justificaria, para assegurar o direito fundamental ou de uma minoria, a superação da dificuldade contramajoritária instalada e declaração de inconstitucionalidade parcial da norma alteradora da Lei de Inelegibilidades (LC 64/90).

Não se falará do papel contramajoritário da Corte Constitucional contra a opinião pública, pois este equívoco já foi devidamente abordado no Capítulo 2.

Antes disso, vale, ainda, um novo destaque: apesar de ser ambígua a ementa publicada, prevaleceu, na conclusão do julgamento das ADCs 29 e 30 e da ADI 4578, por voto da maioria do Tribunal, a tese da integral constitucionalidade do art. 1, I da LC 64/90 com as alterações introduzidas pela “Lei do Ficha Limpa”, inclusive quanto ao disposto no art. 1, inciso I, alíneas “e”, “k” e “l”.<sup>76</sup>

---

<sup>76</sup>BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Pleno. ADC 29/DF, ADC 30/DF e ADI 4578/DF. Relator: Min. Luiz Fux. Publicado no DJe 29.06.2012. v. por maioria. “EMENTA: AÇÕES DECLARATÓRIAS DE CONSTITUCIONALIDADE E AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE EM JULGAMENTO CONJUNTO. LEI COMPLEMENTAR Nº 135/10. HIPÓTESES DE INELEGIBILIDADE. ART. 14, § 9º, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. MORALIDADE PARA O EXERCÍCIO DE MANDATOS ELETIVOS. INEXISTÊNCIA DE AFRONTA À IRRETROATIVIDADE DAS LEIS: AGRAVAMENTO DO REGIME JURÍDICO ELEITORAL. ILEGITIMIDADE DA EXPECTATIVA DO INDIVÍDUO ENQUADRADO NAS HIPÓTESES LEGAIS DE INELEGIBILIDADE. PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA (ART. 5º, LVII, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL); EXEGESE ANÁLOGA À REDUÇÃO TELEOLÓGICA, PARA LIMITAR SUA APLICABILIDADE AOS EFEITOS DA CONDENAÇÃO PENAL. ATENDIMENTO DOS PRINCÍPIOS DA RAZOABILIDADE E DA PROPORCIONALIDADE. OBSERVÂNCIA DO PRINCÍPIO DEMOCRÁTICO: FIDELIDADE POLÍTICA AOS CIDADÃOS. VIDA PREGRESSA: CONCEITO JURÍDICO INDETERMINADO. PRESTÍGIO DA SOLUÇÃO LEGISLATIVA NO PREENCHIMENTO DO CONCEITO. CONSTITUCIONALIDADE DA LEI. AFASTAMENTO DE SUA INCIDÊNCIA PARA AS ELEIÇÕES JÁ OCORRIDAS EM 2010 E AS ANTERIORES, BEM COMO E PARA OS MANDATOS EM CURSO. 1. A elegibilidade é a adequação do indivíduo ao regime jurídico - constitucional e legal complementar - do processo eleitoral, razão pela qual a aplicação da Lei Complementar nº 135/10 com a consideração de fatos anteriores não pode ser capitulada na retroatividade vedada pelo art. 5º, XXXVI, da Constituição, mercê de incabível a invocação de direito adquirido ou de autoridade da coisa julgada (que opera sob o pálio da cláusula *rebus sic stantibus*) anteriormente ao pleito em oposição ao diploma legal retromencionado; subjaz a mera adequação ao sistema normativo pretérito (expectativa de direito). 2. A razoabilidade da expectativa de um

#### 4.1 O direito à democracia.

---

indivíduo de concorrer a cargo público eletivo, à luz da exigência constitucional de moralidade para o exercício do mandato (art. 14, § 9º), resta afastada em face da condenação prolatada em segunda instância ou por um colegiado no exercício da competência de foro por prerrogativa de função, da rejeição de contas públicas, da perda de cargo público ou do impedimento do exercício de profissão por violação de dever ético-profissional. 3. A presunção de inocência consagrada no art. 5º, LVII, da Constituição Federal deve ser reconhecida como uma regra e interpretada com o recurso da metodologia análoga a uma redução teleológica, que reaproxime o enunciado normativo da sua própria literalidade, de modo a reconduzi-la aos efeitos próprios da condenação criminal (que podem incluir a perda ou a suspensão de direitos políticos, mas não a inelegibilidade), sob pena de frustrar o propósito moralizante do art. 14, § 9º, da Constituição Federal. 4. Não é violado pela Lei Complementar nº 135/10 o princípio constitucional da vedação de retrocesso, posto não vislumbrado o pressuposto de sua aplicabilidade concernente na existência de consenso básico, que tenha inserido na consciência jurídica geral a extensão da presunção de inocência para o âmbito eleitoral. 5. O direito político passivo (*ius honorum*) é possível de ser restringido pela lei, nas hipóteses que, *in casu*, não podem ser consideradas arbitrárias, porquanto se adequam à exigência constitucional da razoabilidade, revelando elevadíssima carga de reprovabilidade social, sob os enfoques da violação à moralidade ou denotativos de improbidade, de abuso de poder econômico ou de poder político. 6. O princípio da proporcionalidade resta prestigiado pela Lei Complementar nº 135/10, na medida em que: (i) atende aos fins moralizadores a que se destina; (ii) estabelece requisitos qualificados de inelegibilidade e (iii) impõe sacrifício à liberdade individual de candidatar-se a cargo público eletivo que não supera os benefícios socialmente desejados em termos de moralidade e probidade para o exercício de referido *munus publico*. 7. O exercício do *ius honorum* (direito de concorrer a cargos eletivos), em um juízo de ponderação no caso das inelegibilidades previstas na Lei Complementar nº 135/10, opõe-se à própria democracia, que pressupõe a fidelidade política da atuação dos representantes populares. 8. A Lei Complementar nº 135/10 também não fere o núcleo essencial dos direitos políticos, na medida em que estabelece restrições temporárias aos direitos políticos passivos, sem prejuízo das situações políticas ativas. 9. O cognominado desacordo moral razoável impõe o prestígio da manifestação legítima do legislador democraticamente eleito acerca do conceito jurídico indeterminado de vida progressa, constante do art. 14, § 9º, da Constituição Federal. 10. O abuso de direito à renúncia é gerador de inelegibilidade dos detentores de mandato eletivo que renunciarem aos seus cargos, posto hipótese em perfeita compatibilidade com a repressão, constante do ordenamento jurídico brasileiro (v.g., o art. 55, § 4º, da Constituição Federal e o art. 187 do Código Civil), ao exercício de direito em manifesta transposição dos limites da boa-fé. 11. A inelegibilidade tem as suas causas previstas nos §§ 4º a 9º do art. 14 da Carta Magna de 1988, que se traduzem em condições objetivas cuja verificação impede o indivíduo de concorrer a cargos eletivos ou, acaso eleito, de os exercer, e não se confunde com a suspensão ou perda dos direitos políticos, cujas hipóteses são previstas no art. 15 da Constituição da República, e que importa restrição não apenas ao direito de concorrer a cargos eletivos (*ius honorum*), mas também ao direito de voto (*ius suffragii*). Por essa razão, não há inconstitucionalidade na cumulação entre a inelegibilidade e a suspensão de direitos políticos. 12. A extensão da inelegibilidade por oito anos após o cumprimento da pena, admissível à luz da disciplina legal anterior, viola a proporcionalidade numa sistemática em que a interdição política se põe já antes do trânsito em julgado, cumprindo, mediante interpretação conforme a Constituição, deduzir do prazo posterior ao cumprimento da pena o período de inelegibilidade decorrido entre a condenação e o trânsito em julgado. 13. Ação direta de inconstitucionalidade cujo pedido se julga improcedente. Ações declaratórias de constitucionalidade cujos pedidos se julgam procedentes, mediante a declaração de constitucionalidade das hipóteses de inelegibilidade instituídas pelas alíneas "c", "d", "f", "g", "h", "j", "m", "n", "o", "p" e "q" do art. 1º, inciso I, da Lei Complementar nº 64/90, introduzidas pela Lei Complementar nº 135/10, vencido o Relator em parte mínima, naquilo em que, em interpretação conforme a Constituição, admitia a subtração, do prazo de 8 (oito) anos de inelegibilidade posteriores ao cumprimento da pena, do prazo de inelegibilidade decorrido entre a condenação e o seu trânsito em julgado. 14. Inaplicabilidade das hipóteses de inelegibilidade às eleições de 2010 e anteriores, bem como para os mandatos em curso, à luz do disposto no art. 16 da Constituição. Precedente: RE 633.703, Rel. Min. GILMAR MENDES (repercussão geral)".

Conforme a doutrina, vários são os sistemas pelos quais se busca realizar o ideal de fazer coincidir, no máximo possível, os governantes e governados para que todo o ser humano, livre no Estado, sujeite-se a um poder de que também participe.

Dos vários tipos de democracia que a doutrina distingue, dois deles podem ser considerados puros: a chamada democracia direta e a democracia indireta<sup>77</sup>. O outro, como a própria designação sugere, é misto: a democracia semidireta. Este tipo, no entanto, pode ser considerado uma modalidade da democracia indireta, especialmente da democracia representativa.<sup>78</sup>

A democracia direta – isto é, aquela em que as decisões fundamentais são tomadas pelos cidadãos em assembleia –, é considerada pela doutrina uma reminiscência histórica ou uma curiosidade quase folclórica. Seu modelo foi Atenas, onde todo o cidadão tinha o direito de participar das decisões políticas fundamentais do Estado, usando da palavra e votando na assembleia. Conquanto admirado, o modelo institucional ateniense foi posto quase no rol das curiosidades até as revoluções liberais do último quartel do século XVIII, já que não é possível, em qualquer Estado, a não ser naqueles de exíguo território, a reunião de todos os cidadãos para deliberarem.<sup>79</sup>

---

<sup>77</sup> FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Curso de direito constitucional*. 24. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 1997, p. 78.

<sup>78</sup> Ibid.

<sup>79</sup> Ibid., p. 80. A crítica moderna viu na democracia dos antigos uma mancha escura: a presença de uma esmagadora maioria de homens escravos no Estado-cidade da Grécia antiga. Por isso, autores mais rigorosos asseveram que não houve uma democracia verdadeira, mas uma aristocracia democrática – o que traduz um paradoxo – ou uma democracia minoritária. Cf. BONAVIDES, op. cit., p.288-289. Dentre as condições assinaladas para funcionamento daquele sistema de democracia direta são apontados, em primeiro lugar, a base social escrava – o que permitia ao homem livre ocupar-se tão-somente dos negócios públicos, já que nenhuma preocupação de ordem material atormentava o cidadão na antiga Grécia – e a inexistência do conflito que preside, nos tempos modernos, as relações entre o indivíduo e o Estado – o valor que o cidadão no Estado grego conferia à sua democracia estava preso ao bem que ele almejava receber e que efetivamente recebia da parte do Estado. A democracia grega e a vida na *polis* não consentiam, historicamente, as dissociações do homem e coletividade, de teor político-filosófico, que contemplam modernamente o Estado como dado negativo e o indivíduo como dado positivo, ou vice-versa. O persa Otanes, citado por Herótodo, enumerava-lhe cinco traços fundamentais, segundo refere Bluntschli: a) igualdade de todos perante a lei – o princípio da “isonomia”; b) a condenação de todo o poder arbitrário, qual aquele que dominava as monarquias orientais; c) o preenchimento das funções públicas mediante sorteio; d) a responsabilidade dos servidores públicos; e e) as reuniões populares em praça pública. BONAVIDES, op. cit., p.292.

Nos tempos modernos, passa-se à concepção de democracia indireta, caracterizada pela presença do sistema representativo. Fosse por razões de ordem prática, fosse por razões ideológicas, no Estado moderno não se revela possível adotar técnica de conhecimento e captação da vontade dos cidadãos semelhante àquela que se consagrava no Estado-cidade da Grécia. Apenas numa utopia não seria difícil criar, à míngua de qualquer tumulto ou outro embaraço de ordem prática, um cenário onde seria plausível a reunião de todo o corpo de cidadãos em praça pública, para fazer leis e administrar.

A única solução para um governo democrático dentro do Estado moderno, para o poder consentido, é a representação ou o regime representativo. As instituições da democracia semidireta não poderiam prescindir do arrimo representativo, a cujo lado cooperam como instrumento do poder popular de decisão.<sup>80</sup>

A democracia semidireta – terceira forma de democracia – aparece como um meio-termo entre a democracia direta dos antigos e a democracia representativa tradicional dos modernos. Com ela, a alienação política da vontade popular realiza-se apenas parcialmente. Determinadas instituições, como o referendo, a iniciativa, o veto e o direito de revogação,

---

<sup>80</sup>Parcela da doutrina denuncia que não há apenas razões de natureza demográfica, técnico-organizacional ou de dinâmicas de grupos que possam justificar a opção pela democracia representativa, mas também uma ideologia, que não se coaduna a um discurso democraticamente estruturado, denominadas na linguagem burguesa de “razões cogentes, decorrentes do próprio objeto” [“Sachzwänge”], em virtude das quais o povo não pode governar a si mesmo. MÜLLER, op. cit., p. 93. Manoel Gonçalves Ferreira Filho sublinha: “Esse governo representativo era um sistema imaginado para institucionalizar a forma aristocrática de governo. Visava a dar o efetivo exercício do poder à minoria dos mais capazes, eleitos pelo povo em geral. Esta era a intenção de Montesquieu ao lançar, n’*O espírito das leis*, as bases da representação e, mais tarde de Sièyès, ao fixar definitivamente os seus traços em plena Revolução Francesa. Este, aliás, claramente, opunha o governo representativo, que propugnava, ao governo democrático, que lhe repugnava. A base fundamental da representação é a ideia exposta por Montesquieu de que os homens em geral não têm a necessária capacidade para bem apreciar e conseqüentemente bem decidir os problemas políticos. (...) Esse horror à plebe, essa desconfiança em relação à massa, é a mola oculta que levou Sièyès a formular a sua célebre teoria. Segundo este, o supremo poder não cabe não ao povo, conjunto dos homens vivos numa determinado instante em determinado território, mas à nação, entidade abstrata, personalização dos interesses permanentes e profundos das gerações em sucessão. A nação é que é representada não o povo. Este deve ser chamado a votar mas, ao fazê-lo, age como órgão da nação para a escolha dos representantes da nação. O eleitorado exerce, pois, uma função para o soberano: escolhe aqueles indivíduos cuja deliberação, singular ou coletiva, formula a vontade soberana. Essa teoria resulta na soberania do Parlamento e justifica a irresponsabilidade do eleito em relação aos eleitores, princípios registrados nas Constituições de cunho liberal ainda hoje.” FERREIRA FILHO, op. cit., p. 81-83.

tornam efetiva a intervenção do povo, garantindo-lhe um poder de decisão de última instância, supremo, definitivo, incontestável.<sup>81</sup>

A Suíça fora o seu berço tradicional. No entanto, após a Segunda Grande Guerra Mundial, abrandou-se o entusiasmo que girava em torno da democracia semidireta, no curso das primeiras décadas do século XX<sup>82</sup>. A visão do sistema democrático passou a se dirigir a uma nova panaceia, que representou, coincidentemente, o declínio da democracia semidireta: a panaceia dos partidos políticos.

O Estado partidário dos dias de hoje não apaga certas contradições.

Não raro, os partidos políticos se corrompem. No seu meio forma-se mais uma vontade infiel e separada do sentimento da massa popular. Surge a ditadura invisível dos partidos políticos<sup>83</sup>, já desvinculada da vontade do povo, estendendo-se às casas legislativas. Cumpre-se a fatalidade oligárquica: a representação popular já não existe senão descambada pela direção partidária.

Este quadro faz lembrar o anátema de Rousseau, lançado sobre a democracia representativa<sup>84</sup>. A superioridade da democracia direta do antigo modelo ateniense faz volver o desejo pelas práticas da democracia semidireta, mas para além da concepção que concentra o debate da democracia nas técnicas sociais de representação ou plebiscito, só para citar um exemplo.

---

<sup>81</sup>BONAVIDES, op. cit., p. 296.

<sup>82</sup>Ibid.

<sup>83</sup>Ibid., p. 299.

<sup>84</sup>Ibid., p.300. Para Rousseau, o corpo político divide-se em duas figuras: o poder legislativo – que pertence ao povo (soberano), e só a ele pode pertencer – e o poder executivo – que pertence a um agente próprio, ao qual incumbe a execução da vontade geral. Governo seria o legítimo exercício do poder executivo pelo homem ou corpo encarregado desta administração suprema. No poder legislativo, ao contrário do poder executivo, o povo jamais poderia ser representado, sendo a ideia de representação do povo por deputados uma concepção moderna, advinda do governo feudal – num tempo em que a espécie humana encontrava-se degradada e desonrada. Assim, Rousseau reconhece que recai uma maldição sobre todo o sistema de representação da atividade legislativa estatal na modernidade: o povo já não exerce seus direitos, o interesse público passa do primeiro ao terceiro lugar (terceiro Estado), as leis já não são mais leis, mas o produto de uma vontade particular... Liberdade e servidão são dois excessos que se tocam: um não se mantém senão com o apoio do outro. V. ROUSSEAU, op. cit., p.103-167.

A democracia moderna avançada<sup>85</sup>, que surge como opção à democracia institucionalizada, é aquela que vai além do *status positivus* e do *status negativus* democrático<sup>86</sup>. Nela, em termos de política constitucional, o povo ativo e o povo enquanto instância de atribuição são aproximados na medida do possível. Assim, por exemplo, reconhece-se que determinados grupos de estrangeiros devam receber direitos eleitorais e são discutidas figuras multiformes de participação popular regular nos poderes de Estado como, por exemplo: a eleição de juízes de determinadas instâncias, juízes de paz, trabalhistas ou arbitrais; de diversos funcionários do Executivo, principalmente nos planos da autogestão; possibilidades de coatuar na legislação, por meio da iniciativa, plebiscito, referendo, sobretudo em emendas constitucionais; a combinação de todos esses instrumentos de legislação popular e, ainda, a participação do povo na legislação parlamentar e descentralizada; o orçamento participativo, que partiu de Porto Alegre e é mundialmente respeitado... enfim. Na democracia avançada ou democracia globalizada<sup>87</sup>, o Homem configura a presença moral da cidadania. Ele é a constante axiológica, o centro da gravidade,

---

<sup>85</sup>MÜLLER, op. cit., p. 98.

<sup>86</sup>De acordo com a concepção clássica de Georg Jellinek o povo pode assumir várias funções em face do Estado. O *status positivus* significa, sobretudo, a pretensão à proteção jurídica, pretensões aos recursos jurídicos e ao juiz legal, à oitiva perante o tribunal, proteção à maternidade, ao princípio da igualdade na distribuição de prestações do Estado etc. O *status negativus* o exercício da liberdade e direitos de resistência contra o Estado. E o *status activus* a função principal: direitos de cidadania como o direito de votar, elegibilidade e acesso ao serviço público. Apud, MÜLLER, op. cit., p. 71. Este *status*, segundo uma analogia realizada por Friedrich Müller na formulação de sua teoria, estaria reservado ao povo ativo, ao passo que a população enquanto destinatária de prestações civilizatórias do Estado recebe essas mesmas prestações tanto por intermédio do *status negativus* quanto por intermédio do *status positivus*. MÜLLER, Friedrich. *Quem é o povo?* A questão fundamental da democracia, 6. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 71.

<sup>87</sup>Tal é a sua importância que Paulo Bonavides considera a democracia globalizada como sendo um direito fundamental de quarta geração (dimensão), ao qual seria possível denominar “supraestutural”, pináculo de todos os demais direitos das gerações antecedentes: “São direitos da quarta geração, o direito à democracia, o direito à informação e o direito ao pluralismo. Deles depende a concretização da sociedade aberta do futuro, em sua dimensão de máxima universalidade, para a qual parece o mundo inclinar-se no plano de todas as relações de convivência. A democracia positivada enquanto direito de quarta geração há de ser, de necessidade, uma democracia direta. Materialmente possível graças aos avanços da tecnologia de comunicação, e legitimamente sustentável graças à informação correta e às aberturas pluralistas do sistema. (...) os direitos da primeira geração, direitos individuais, os da segunda geração, direitos sociais, e os da terceira, direitos ao desenvolvimento, ao meio ambiente e à paz e à fraternidade, permanecem eficazes, são infraestruturais, formam a pirâmide cujo ápice é o direito à democracia; coroamento daquela globalização política para a qual, como no provérbio chinês da grande muralha, a Humanidade parece caminhar a todo vapor, depois de haver dado o seu primeiro e largo passo”. BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 27. ed. atual. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 590.

a corrente de convergência de todos os interesses do sistema.<sup>88</sup> Nela, as pessoas não são apenas tratadas como subpessoas, como súditos, mas como membros do Soberano. O povo incorporado ao texto da constituição não é apenas uma instância de legitimação global ou destinatário de prestações civilizatórias do estado, mas também ativo. Sob esta perspectiva, revalorativamente nova, democracia significa direito positivo, o nexó necessário e legitimador com a organização da liberdade e da igualdade. Em suma: o direito de cada pessoa.<sup>89</sup>

#### **4.2 Rumo à democracia material: a teoria da democracia deliberativa e seus parâmetros.**

Segundo Robert Alexy, a democracia deliberativa – também nomeada por outros setores da doutrina de democracia participativa – consiste numa tentativa de institucionalizar o discurso enquanto mecanismo possível de tomada de decisões políticas.<sup>90</sup>

Um conceito adequado de representação democrática seria, segundo o autor, aquele que compreende não apenas a escolha de representantes, mas também a inclusão da argumentação como um elemento necessário à democracia.

Nesse sentido, a representação do povo pelo parlamento não é apenas volitiva ou decisional – um sistema centralizado em torno dos conceitos de eleições e regra da maioria –, mas também argumentativa, ou discursiva. A representação do povo por uma corte constitucional, diversamente, é puramente argumentativa.

Argumentos bons e plausíveis, embora sejam suficientes para a deliberação ou reflexão, não são o bastante para a representação argumentativa.

Para tanto, duas condições seriam fundamentais: 1) a existência de argumentos corretos ou plausíveis, e 2) a existência de pessoas racionais, isto é, pessoas capazes e

---

<sup>88</sup>Ibid., p. 591.

<sup>89</sup>MÜLLER, op. cit., p. 96-112.

<sup>90</sup>ALEXY, Robert. Ponderação, Jurisdição Constitucional e Representação Popular, In: NETO, Cláudio Pereira de Souza e SARMENTO, Daniel (coord.) *A constitucionalização do direito: fundamentos teóricos e aplicações específicas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 302.

dispostas a aceitar argumentos pelo fato de eles serem corretos ou plausíveis. Conforme Robert Alexy, fazendo-se uma analogia com o conceito de *liberal person* de John Rawls, poder-se-ia nomear tais pessoas de sujeitos constitucionais (*constitucional persons*).<sup>91</sup>

Esse modelo de democracia deliberativa, apoiado na filosofia política de Rawls, concebe a deliberação como um processo de aplicação de princípios de justiça previamente estabelecidos, fornecendo, com isso, uma versão *substantiva* da democracia deliberativa.<sup>92</sup>

O campo que mais interessa à filosofia constitucional diz respeito aos parâmetros que devem ser utilizados pela Constituição para delimitar as decisões que foram objeto de assentimento majoritário.

Para Rawls o uso público da razão, tem justamente a função de permitir que princípios possam ser justificados perante todos e aplicados corretamente. Nessa perspectiva, de viés nitidamente contratualista, revela-se admissível a crítica aos resultados da deliberação, mesmo em uma sociedade procedimentalmente perfeita.<sup>93</sup>

A deliberação seria capaz de chegar a resultados inaceitáveis, ainda que respeitadas todas as suas condições procedimentais.

No âmbito da teoria constitucional tais argumentos identificam-se com a concepção dirigente de Constituição.

---

<sup>91</sup>Ibid., p. 303. A teoria da democracia deliberativa e suas distintas concepções (versão substancialista e versão procedimentalista da jurisdição constitucional e da Constituição) constituem, em realidade, um *minus* em relação à teoria da democracia avançada, ou globalizada, abordada no item 5.1, supra. Tal se dá porque a teoria democrático-deliberativa, de certo modo, também não sobrevive à utopia deste fim de século: a globalização do neoliberalismo. “Sua filosofia do poder é negativa (...) Faz parte da estratégia mesma de formulação do futuro em proveito das hegemonias supranacionais já esboçadas no presente e, ao mesmo passo, doutrinando uma falsa despolitização da sociedade.” BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 27. ed. atual. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 589. Em todo o caso, parece válido compreender como se situa, nos dias de hoje, o debate na doutrina constitucional a respeito da atuação política do Judiciário e os seus eventuais limites. Será possível antever que no modelo de constituição brasileiro, em razão do que dispõem os arts. 5, § 1º e 60, § 4º da Carta de 88, sempre haverá espaço para uma ascensão política do Poder Judiciário em defesa de princípios de justiça previamente instituídos, uma vez justificados e corretamente aplicados (versão substancialista). Resta saber, todavia, se esses limites são iguais quando o ato normativo, objeto de controle de constitucionalidade, tenha nascido de uma deliberação democrática amparada em uma “maioria rígida” – i. e., que seja fruto do coatar do povo ativo na legislação por meio da iniciativa. É o que se pretende responder, dentro do possível, um pouco mais à frente.

<sup>92</sup>SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. Deliberação pública, constitucionalismo e cooperação democrática. In: BARROSO, Luís Roberto. *A reconstrução democrática do direito público no Brasil* (org.). Rio de Janeiro: Renovar, 2007, p. 45-46.

<sup>93</sup>Ibid., p. 46-47.

Para a teoria da Constituição dirigente, são legítimos os atos que, além de praticados de acordo com os procedimentos constitucionais, consistirem na concretização do projeto social fixado na Constituição. Sob esse aspecto, a teoria constitucional deve se preocupar com a justeza das decisões, com a identidade material de uma ordem política e com a legitimidade normativo-substancial do sistema político.<sup>94</sup>

Nesse mesmo sentido é o posicionamento de boa parte da doutrina nacional, para quem a ideia de democracia não se esgota no princípio majoritário, no governo da maioria. Impõem-se, necessariamente, como garantias da própria democracia, a aplicação e preservação de princípios previamente positivados no texto constitucional e o respeito de direitos da minoria. Assim, a deliberação estaria parcialmente fechada quanto aos seus resultados, sem que as restrições que lhes sejam impostas configurem necessariamente garantias da própria democracia.<sup>95</sup>

Para uma segunda vertente, nomeada procedimental, no atual contexto de pluralismo e complexidade social seria impossível uma justificação imparcial de princípios substantivos de justiça.

Na proposta procedimental, formulada especialmente por Habermas, a deliberação deve permanecer aberta quanto aos resultados, considerando-se como únicas restrições defensáveis aquelas que derivem das próprias condições procedimentais que a legitimam. Nesse modelo, a deliberação concreta pode atribuir qualquer conteúdo às decisões políticas e

---

<sup>94</sup>Ibid., p. 47.

<sup>95</sup>Ibid. Daniel Sarmiento explica: “Não é preciso discutir aqui se é viável uma teoria puramente procedimental da Constituição, ou se, ao contrário, qualquer definição sobre o tipo de democracia desejado e seus respectivos pressupostos acaba envolvendo, inexoravelmente, escolhas substantivas. Basta, para nós, constatar que essas teorias procedimentais não combinam com uma Constituição como a brasileira, que é profundamente substantiva, eis que pródiga na consagração de valores materiais. Aliás, a aplicação de teorias procedimentais da jurisdição constitucional no Brasil implica num curioso paradoxo. Estas teorias, como se sabe, buscam, em nome da democracia, limitar o ativismo judicial, retirando as questões substantivas da esfera da jurisdição constitucional. Contudo – e aí a suprema contradição –, para adotarem esta teoria, os juízes teriam de ignorar as orientações valorativas já contidas na Constituição. Ou seja, eles teriam que sobrepor a sua teoria constitucional procedimental àquela, sem dúvida substantiva, adotada pelo constituinte originário. É difícil imaginar maior ativismo...” SARMENTO, Daniel. Ubiquidade constitucional: os dois lados da moeda. , In: NETO, Cláudio Pereira de Souza e SARMENTO, Daniel (coord.) *A constitucionalização do direito: fundamentos teóricos e aplicações específicas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 130.

o constitucionalismo que, apesar de ser importante, exerce um papel subsidiário em relação à deliberação democrática.<sup>96</sup>

#### **4.3 O papel subsidiário da jurisdição constitucional: o ativismo em dose excessiva.**

Mesmo entre os adeptos de visão substancialista da Constituição e da jurisdição constitucional, há unanimidade de que existe um conjunto de decisões que não pode ser subtraído dos órgãos eleitos pelo povo em cada momento histórico.

À Constituição, além da função de veicular consensos mínimos, essenciais para a dignidade das pessoas e para o funcionamento do regime democrático, cabe, também, garantir o espaço próprio do pluralismo político, assegurando o funcionamento adequado dos mecanismos democráticos. Diz, Luís Roberto Barroso: “A Constituição não pode, não deve nem tem pretensão de suprimir a deliberação legislativa majoritária... A constituição não pode ser ubíqua”.<sup>97</sup>

Para que o papel da jurisdição constitucional não seja pervertido, embora se justifique um ativismo maior em matéria de direitos fundamentais ou controle de políticas econômicas, tem-se buscado estabelecer algumas balizas.

Além do emprego da metodologia racional, intersubjetivamente controlável e transparente<sup>98</sup> e a democratização do próprio exercício da jurisdição constitucional – por meio da realização mais frequente de audiências públicas e participação de novos atores sociais na tarefa de interpretação constitucional (*amici curiae*) – propugna-se a adoção, pelos juízes, de

---

<sup>96</sup>Ibid., p. 47-48.

<sup>97</sup>BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 3.ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 112-113. V. tb. BARROSO, Luís Roberto. *Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática*. Disponível em: <<http://www.oab.org.br/editora/revista/users/revista/1235066670174218181901.pdf>>. Acesso em: 13 jul. 2012.

<sup>98</sup>Basicamente, isso deve ser feito observando-se dois pontos: 1) a valorização da argumentação jurídica e da racionalidade prática; e 2) a consideração e o respeito em relação às regras jurídicas. V., a propósito, SARMENTO, Daniel. Ubiquidade constitucional: os dois lados da moeda. In: NETO, Cláudio Pereira de Souza e SARMENTO, Daniel (coord.) *A constitucionalização do direito: fundamentos teóricos e aplicações específicas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 138-148.

uma postura de moderação e respeito diante das decisões adotadas pelos demais poderes, em razão do seu lastro democrático-eleitoral.<sup>99</sup>

Consideradas todas essas lições, e a vontade do povo que há por trás da elaboração da “Lei do Ficha Limpa” – seu rígido e excepcional alicerce democrático-eleitoral, como já se explicou nos Capítulos 1 e 2 –, pode-se concluir que o Supremo Tribunal Federal, quando foi incitado a se pronunciar sobre a constitucionalidade *in abstracto* da Lei Complementar 135 de 2010, não tinha espaço adotar uma postura ativista, fazendo opção por um modo proativo de interpretação da Constituição.

Inversamente, o Min. Luiz Fux, relator das ADCs 29 e 30 e da ADI 4578, não se ateuve à postura de autocontenção judicial que seria obrigatória.

Ao optar pelo método de interpretação conforme a Constituição, o relator e os outros ministros que endossaram o seu posicionamento, não atentaram para a especial dificuldade contramajoritária que estava presente. Apesar do esforço argumentativo, o déficit de legitimidade democrática da Corte Constitucional apenas lhe permitiria a utilização de uma fórmula estável e conservadora para a análise da constitucionalidade da “Lei do Ficha Limpa”, a da pura e simples declaração de nulidade da lei inconstitucional.<sup>100</sup>

---

<sup>99</sup>É a preleção de Daniel Sarmiento. *Ibid.*, p. 138-139. O autor ainda adiciona: “Entendemos que em matéria de afirmação de direitos fundamentais, por exemplo, justifica-se um ativismo muito maior do que quando se tratar do controle de políticas econômicas. Isto não só porque os direitos fundamentais são, por definição, proteções conferidas ao indivíduo inclusive contra a vontade das maiorias, como também porque a análise de políticas econômicas pressupõe o conhecimento e o manejo de dados e variáveis que escapam à formação profissional dos juízes, e que dificilmente poderão ser deslindados e equacionados adequadamente no âmbito de um processo judicial. Ademais, outra variável que nos parece importante na gradação do ativismo judicial na jurisdição constitucional deve ser o nível de legitimidade democrática do ato objeto de controle. O judiciário deve ser, por exemplo, muito mais cauteloso no controle de uma lei aprovada por um plebiscito do que no de um ato normativo editado por um órgão tecnocrático, para ficarmos com exemplos extremos.” *Ibid.*, p. 139.

<sup>100</sup>Pertence à tradição do Direito brasileiro o dogma da nulidade da lei inconstitucional. MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo G. Gonet. *Curso de direito constitucional*. 4. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 1. 296. Conquanto o legislador, conscientemente, após a aprovação da Lei 9.868 de 1999 tenha introduzido uma fórmula alternativa à pura e simples declaração de nulidade – ao consagrar em seu art. 27 que “ao declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, e tendo em vista razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social, poderá o Supremo Tribunal Federal, por maioria de dois terços de seus membros, restringir os efeitos daquela declaração ou decidir que ela só tenha eficácia a partir de seu trânsito em julgado ou de outro momento que venha a ser fixado” – a teoria da nulidade – fundada na antiga doutrina americana, segundo a qual *the unconstitutional statute is not law at all* – tem sido sustentada por praticamente todos os nossos importantes constitucionalistas. Assim, julgada procedente a ADI ou improcedente a ADC, ter-se-á, como regra, a declaração de nulidade da lei inconstitucional, com diferentes variantes: a)

Dogmaticamente, na interpretação conforme a Constituição, declara-se que uma lei é constitucional com a interpretação que lhe é conferida pelo órgão judicial.<sup>101</sup>

Não se trata de um critério rígido e conservador para a declaração de inconstitucionalidade de leis ou atos normativos, mas de uma fórmula flexível, alternativa à tradicional.

Na redução do âmbito da aplicação da lei que se opera mediante o emprego da técnica de interpretação conforme a Constituição, embora o Tribunal limite-se a declarar a legitimidade do ato questionado desde que interpretado em conformidade com a Constituição, o resultado da interpretação, normalmente, é incorporado, de forma resumida, na parte dispositiva da decisão, da forma que lhe fixa o Tribunal – o que, sem dúvidas, significa uma atuação criativa do juiz; uma perceptível ascensão política do Judiciário.<sup>102</sup>

Quando do julgamento das ADCs 29 e 30 e da ADI 4578, a Corte Constitucional deveria ter dado especial relevo ao exame da vontade do legislador – à vontade do povo como aqui se propõe –, prestando-lhe deferência.

A intervenção judicial que resultaria da utilização da técnica de interpretação conforme a Constituição seria equivalente à criação de uma lei nova, díspar das concepções que inspiraram o povo ativo. E ainda que se diga o contrário, com fundamento na ideia de que

---

declaração de nulidade total;b) declaração de nulidade parcial; e c) declaração de nulidade parcial sem redução de texto. Eventual decisão de caráter restritivo há de ser expressa, como nos termos do art. 27 da Lei 9.868/99. Sobre o tema, v. MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo G. Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 4. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 1.296-1.297.

<sup>101</sup>Ibid, p. 1.305.

<sup>102</sup>Neste ponto cumpre retomar o que foi dito no início do Capítulo 4. Dentre as condutas que denotam o ativismo judicial está a “declaração de inconstitucionalidade de atos normativos emanados do legislador com base em critérios menos rígidos e conservadores para a declaração de inconstitucionalidade de leis e atos normativos.” BARROSO, Luís Roberto. *Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática*. Disponível em: <<http://www.oab.org.br/editora/revista/users/revista/1235066670174218181901.pdf>>. Acesso em: 13 jul. 2012. Aqui se inserem, conseqüentemente, todas aquelas fórmulas alternativas à tradição brasileira, da declaração pura e simples de nulidade da lei inconstitucional. É o caso da técnica de “interpretação conforme à constituição”, prevista no art. 28 da Lei 9.868/99 e, para mais, das “decisões manipulativas de efeitos aditivos”, em que há uma a prolação, pelo Tribunal, de uma decisão interpretativa modificativa dos sentidos originais do texto, que foram postos pelo legislador. V. MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo G. Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 4. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2009 MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo G. Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 4. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 1.296 – 1.309. Como será elucidado, logo a seguir, foi essa, apesar do nome que se lhe conferiu, a metodologia efetivamente empregada pelo Min. Luiz Fux, quando da análise da constitucionalidade *in abstracto* da “Lei do Ficha Limpa”.

o legislador não teria pretendido votar uma lei inconstitucional. A realidade é que pelo seu déficit de legitimidade democrática, em virtude da especial dificuldade contramajoritária presente naquele julgamento, o Tribunal não poderia pretender atribuir outro conteúdo à sua norma-decisão senão o de valor meramente declaratório.

Aliás, numa análise mais detida do voto do relator, observa-se que nem mesmo a técnica de interpretação conforme a constituição foi rigorosamente adotada.

Ao concluir que o tempo de inelegibilidade decorrido entre a condenação judicial (criminal, eleitoral ou por improbidade, proferida por órgão colegiado) e o seu trânsito em julgado deveria ser descontado do tempo restante ao cumprimento da pena (detração), o Ministro Luiz Fux acabou proferindo, verdadeiramente, uma típica decisão manipulativa com eficácia aditiva<sup>103</sup> – o que, com mais razão, representa uma exacerbada ascensão política do Judiciário no caso em estudo.

Veja-se a seguinte passagem do voto condutor, *in literis*<sup>104</sup>:

[...] Primeiramente, a leitura das alíneas “e” e “f” do art. 1º, inciso I, da Lei Complementar nº 135/10 poderia conduzir ao entendimento de que, condenado o indivíduo em decisão colegiada recorrível, permaneceria o mesmo inelegível desde então, por todo o tempo de duração do processo criminal e por mais outros 8 (oito) anos após o cumprimento da pena, similar ao que se vê na alínea “f”, em textual:

l) os que forem condenados à suspensão dos direitos políticos, em decisão transitada em julgado ou proferida por órgão judicial colegiado, por ato doloso de improbidade administrativa que importe lesão ao patrimônio público e enriquecimento ilícito, desde a condenação ou o trânsito em julgado até o transcurso do prazo de 8 (oito) anos após o cumprimento da pena;

Em ambos os casos, verifica-se que o legislador complementar estendeu os efeitos da inelegibilidade para além do prazo da condenação definitiva, seja criminal ou por improbidade administrativa, durante o qual estarão suspensos os direitos políticos (art. 15, III e V, da Constituição Federal).

Ocorre que a alteração legislativa provocou situação iníqua, em que o indivíduo condenado poderá permanecer inelegível entre a condenação e o trânsito em julgado da decisão condenatória, passar a ter seus direitos políticos inteiramente suspensos

<sup>103</sup>A expressão, utilizada pela doutrina constitucional, advém da prática da Corte Constitucional italiana. MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo G. Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 4. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 1.308. Nessas situações, o Supremo Tribunal Federal termina por abandonar o preceito kelseniano do legislador negativo – o posicionamento da autolimitação (*self-restraint*), que não observa o significado do texto normativo e se afasta da “vontade do legislador” – alinhando-se a uma corrente jurisprudencial mais progressiva, de uma atuação criativa e corretiva da lei. Ou seja, passa a funcionar como um “verdadeiro legislador positivo”. *Ibid.*, p. 1.309.

<sup>104</sup>BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Pleno. ADC 29/DF, ADC 30/DF e ADI 4578/DF. Relator: Min. Luiz Fux. Publicado no DJe 29.06.2012.

durante a duração dos efeitos da condenação e, após, retornar ao estado de inelegibilidade por mais oito anos, independentemente do tempo de inelegibilidade prévio ao cumprimento da pena.

Impende, neste ponto, recorrer ao elemento histórico de interpretação, em que se faça a comparação entre a redação original da Lei Complementar nº 64/90 e aquela atualmente vigente, determinada pela Lei Complementar nº 135/10. A redação original do art. 1º, I, “e” (não havia correspondente ao atual inciso “I”) enunciava, verbis:

e) os que forem condenados criminalmente, com sentença transitada em julgado, pela prática de crime contra a economia popular, a fé pública, a administração pública, o patrimônio público, o mercado financeiro, pelo tráfico de entorpecentes e por crimes eleitorais, pelo prazo de 3 (três) anos, após o cumprimento da pena;

A extensão da inelegibilidade para além da duração dos efeitos da condenação criminal efetivamente fazia sentido na conformação legal que somente permitia a imposição da inelegibilidade nos casos de condenações transitadas em julgado. Agora, admitindo-se a inelegibilidade já desde as condenações não definitivas – contanto que prolatadas por órgão colegiado –, essa extensão pode ser excessiva.

Em alguns casos concretos nos quais o indivíduo seja condenado, por exemplo, a pena de trinta anos, a impossibilidade de concorrer a cargos públicos eletivos pode estender-se, em tese, por mais de quarenta anos, o que certamente poderia equiparar-se, em efeitos práticos, à cassação dos direitos políticos, expressamente vedada pelo caput do art. 15 da Constituição. Observe-se que não há inconstitucionalidade, de per se, na cumulação da inelegibilidade com a suspensão de direitos políticos, mas a admissibilidade de uma cumulação da inelegibilidade anterior ao trânsito em julgado com a suspensão dos direitos políticos decorrente da condenação definitiva e novos oito anos de inelegibilidade decerto afronta a proibição do excesso consagrada pela Constituição Federal.

A disciplina legal ora em exame, ao antecipar a inelegibilidade para momento anterior ao trânsito em julgado, torna claramente exagerada a sua extensão por oito anos após a condenação. É algo que não ocorre nem mesmo na legislação penal, que expressamente admite a denominada detração, computando-se, na pena privativa de liberdade, o tempo de prisão provisória (art. 42 do Código Penal).

Recomendável, portanto, que o cômputo do prazo legal da inelegibilidade também seja antecipado, de modo a guardar coerência com os propósitos do legislador e, ao mesmo tempo, atender ao postulado constitucional de proporcionalidade.

Cumpre, destarte, proceder a uma interpretação conforme a Constituição, para que, tanto na hipótese da alínea “e” como da alínea “I” do inciso I do art. 1º da Lei Complementar nº 64/90, seja possível abater, do prazo de inelegibilidade de 8 (oito) anos posterior ao cumprimento da pena, o período de inelegibilidade já decorrido entre a condenação não definitiva e o respectivo trânsito em julgado. [...]

(p. 25-27)

Não obstante a congruência dos fundamentos utilizados pelo Min. Luiz Fux, cumpre dizer que na análise da constitucionalidade *in abstracto* da “Lei do Ficha Limpa” não havia espaço para o Supremo Tribunal Federal adotar uma postura ativista, sobretudo na linha jurisprudencial progressista, que não se atem ao “vestuto dogma do legislador negativo”<sup>105</sup>.

Considerado o nível de legitimidade democrática do ato objeto de controle, só seria possível a declaração de inconstitucionalidade da Lei Complementar 135 de 2010 nos moldes

<sup>105</sup>MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo G. Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 4. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 1.309.

tradicionais do Direito brasileiro. Isso significa que apenas na hipótese de uma flagrante inconstitucionalidade é que caberia a eventual declaração de nulidade parcial da Lei Complementar 135 de 2010, pois a norma-decisão do Supremo Tribunal Federal não poderia ter outro significado senão o simplesmente declaratório, da nulidade do ato normativo.

Mesmo os setores da filosofia constitucional e da teoria democrática favoráveis a uma visão substancialista da Constituição concordam que nem todas as questões podem ter um tratamento homogêneo, em que se justifique o emprego indistinto do ativismo judicial.

Para que o papel da jurisdição constitucional não seja desvirtuado, trazendo riscos para uma sociedade democrática, deve-se ter mais cautela no controle de constitucionalidade de uma lei aprovada por um plebiscito ou iniciativa; que seja fruto de um coatar do povo ativo; da democracia avançada – na qual o processo democrático não se reduz à prerrogativa popular de eleger representantes (deliberação).

O Relator das ADCs 29/DF e 30/DF e da ADI 4578/DF acertou no alvo ao julgar o recurso extraordinário 633.703/MG no ano de 2011. Fez prevalecer, apesar dos anseios da opinião pública, o princípio da anualidade da lei eleitoral, previsto expressamente na Carta Política (art. 16 da CRFB/88).

Porém, não atentou para os limites do ativismo judicial ao analisar a constitucionalidade *in abstracto* da “Lei do Ficha Limpa”, para o nível de legitimidade democrática do ato objeto de controle, quase colocando em risco a própria reputação da jurisdição constitucional.

Como intérprete final da Constituição é papel do Supremo Tribunal Federal velar pelos direitos fundamentais, mas também pelas regras do jogo democrático de princípios e de razão pública. Todavia, a importância da Constituição, por evidente, não pode suprimir a política, o governo da maioria, o papel do legislativo e do povo ativo.

A democracia direta – que segundo Rosseau só poderia ser perfeitamente testada e aplicada em unidades políticas de pequeno formato – é um objetivo politicamente desejável e que pode ser aplicado em municípios e estados individuais de uma federação.<sup>106</sup> Os multiformes dispositivos formais e informais da democracia participativa revelam-se como uma tentativa de realizar o *quantum possibile* de democracia, em oposição ao modelo excessivamente reducionista de democracia do (neo)liberalismo burguês<sup>107</sup>.

A revolução não veio. De mais a mais, ela sempre conduz a uma dominação oligárquica. A democracia deve ser muito mais que um exercício de retórica. Que se caminhe, então, para a promessa do Estado Democrático de Direito (art. 1, *caput*, da CRFB/88) e isso começa por toda uma práxis jurídica. Por uma jurisdição constitucional que entende que democracia é muito mais do que uma palavra.

#### **4.4 Da teoria à práxis: uma proposta conciliadora entre a necessidade da autocontenção e o ativismo judicial sob o aspecto da democracia avançada.**

Numa detida análise do julgamento da constitucionalidade *in abstracto* da “Lei do Ficha Limpa”, observa-se que o tema que despertou maiores discussões entre os julgadores foi, justamente, a nova previsão do art. 1, I, “e”, da Lei Complementar n. 64/90 e o seu

---

<sup>106</sup>MÜLLER, op. cit., p. 112. Consoante Rousseau, “democracia” consiste na forma de governo em que ao povo, ou à sua maior parte, é delegada toda a função de governo do Estado. Tomando-se o termo rigorosamente, Rousseau diz que a verdadeira democracia jamais existirá, porquanto ela pressupõe uma série de condições difíceis de ocorrerem – como, por exemplo, uma simplicidade de costumes, que pudesse prevenir a multidão de negócios e discussões espinhosas e um estado de igualdade entre os cidadãos que não poderia subsistir por muito tempo. “Se houvesse um povo de deuses, ele se governaria democraticamente. Um governo tão perfeito não convém aos homens” (ROUSSEAU, Jean-Jaques, *Do contrato social: princípios de direito político*. Tradução e comentários de J. Cretella Jr. E Agnes Cretella, 3.ed. rev. 2012, p. 113-119). De toda sorte, ainda com base nas lições do inigualável filósofo-político, o governo democrático seria considerado praticável nos Estados de pequeno formato.

<sup>107</sup>MÜLLER, op. cit., p. 112.

possível conflito com o princípio da presunção de inocência – que tem previsão no art. 5, LVII, da Carta Política<sup>108</sup>.

Com efeito, mesmo sob uma perspectiva mais temperada da Teoria democrática, que propõe uma solução conciliadora entre o modelo substantivo e procedimental da democracia deliberativa<sup>109</sup>, seria difícil concluir que, apesar do especial déficit de legitimidade democrática da Corte Constitucional, não haveria espaço para, se fosse o caso, declarar a inconstitucionalidade parcial da “Lei do Ficha Limpa”.

Na realidade, quanto ao ponto, é até viável suscitar um novo questionamento. Se a afirmação dos direitos fundamentais ou de uma minoria, na versão substancialista da Constituição, justifica uma atitude ativista do juiz-intérprete, mas, por outro lado, a postura de autocontenção revela-se como sendo a mais adequada quando seja alto o nível de legitimidade democrática do ato de controle, qual deve ser, então, a conduta do poder judiciário quando verifique a ofensa de um direito fundamental, ou de numa minoria, após a deliberação concreta de uma rígida maioria, como no caso da edição “Lei do Ficha Limpa” (LC 135/10)?

É como diz o velho adágio popular: na prática, as coisas são bem mais difíceis de resolver do que na teoria.

---

<sup>108</sup>Art. 5º, LVII - ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória. BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm)>. Acesso em: 12 jan. 2013.

<sup>109</sup>Faz-se referência à teoria da cooperação democrática, sugerida por Cláudio Pereira de Souza Neto como uma terceira via, alternativa aos extremismos da concepção substantiva e procedimental da democracia deliberativa. Esse modelo, embora pareça até o melhor a ser adotado em situações tais como a examinada – i. e., em que o ato normativo de controle tenha o amparo de uma maioria rígida e, ocasionalmente, a um só tempo, haja necessidade de proteção de um direito fundamental contra a deliberação democrática – não é aqui explorado em virtude do pouco tempo e espaço deste estudo. Preferiu-se partir da versão substancialista da democracia deliberativa, amplamente aceita pela doutrina constitucional brasileira, o que em nada dificulta a compreensão da situação que se propõe. Para entender o modelo cooperativo de democracia deliberativa, v. SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. *Deliberação pública, constitucionalismo e cooperação democrática*. In: BARROSO, Luís Roberto. *A reconstrução democrática do direito público no Brasil* (org.). Rio de Janeiro: Renovar, 2007, p. 43-82.

Pois não são iguais: o normativo que tenha sido fruto de uma iniciativa formulada – integralmente aprovada pelo Congresso Nacional e o Executivo – e a deliberação concreta que não se sujeitou a qualquer espécie de plebiscito<sup>110</sup>.

A solução do problema perpassa, necessariamente, pela opção de uma dessas teorias – de um modelo substantivo ou procedimental de democracia deliberativa – já que é preciso definir, mesmo sob uma perspectiva moderna avançada da democracia, se o Judiciário, em situações semelhantes à estudada, tem como assumir, confortavelmente, a sua função contramajoritária, na defesa de um direito fundamental ou de uma minoria.

Em seguida, buscando subsídios em toda a teorização já desenvolvida pela hermenêutica pós-positivista, caberia estabelecer, na análise do caso concreto, se o direito fundamental assegurado estaria sendo efetivamente dissolvido após a deliberação majoritária.

Finalmente, tendo-se concluído que o núcleo do direito fundamental estaria realmente esvaziado, faltaria definir, ainda, quais seriam os eventuais limites da atuação do poder judiciário, haja vista o alto nível de legitimidade democrática do ato normativo de controle.

Para seguir nessa investigação, tome-se como exemplo o tema que gerou maiores discussões na análise da constitucionalidade *in abstracto* da “Lei do Ficha Limpa”: a novel redação do art. 1, I, “e” da Lei de Inelegibilidades (LC 64/90)<sup>111</sup> e o seu possível confronto com a garantia constitucional da presunção de inocência (art. 5, LVII da CRFB/ 88).

---

<sup>110</sup> Apesar da tentativa de inúmeros publicistas em operar autonomia conceitual entre as noções de plebiscito e *referendum*, não raro, esses dois termos do vocabulário político “se empregam indiferentemente para significar toda a modalidade de decisão popular ou consulta direta ao povo”. V. BONAVIDES, Paulo. *Ciência política*. 18. ed. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 309.

<sup>111</sup> Art. 1º - São inelegíveis:

I - para qualquer cargo:

(...)

e) os que forem condenados, em decisão transitada em julgado ou proferida por órgão judicial colegiado, desde a condenação até o transcurso do prazo de 8 (oito) anos após o cumprimento da pena, pelos crimes: (Redação dada pela Lei Complementar nº 135, de 2010)

1. contra a economia popular, a fé pública, a administração pública e o patrimônio público; (Incluído pela Lei Complementar nº 135, de 2010)

2. contra o patrimônio privado, o sistema financeiro, o mercado de capitais e os previstos na lei que regula a falência; (Incluído pela Lei Complementar nº 135, de 2010)

Conforme já se explicou desde a inauguração deste trabalho, a Lei Complementar 135 de 2010 não foi concebida pelos meios tradicionais de deliberação. Além de ter sido fruto de uma iniciativa popular formulada, a “Lei do Ficha Limpa” foi aprovada por unanimidade pelas duas Casas do Congresso Nacional, tendo sido sancionada pelo Poder Executivo sem a oposição de nenhum veto – o que denota um alto nível de legitimidade democrática do ato objeto de controle.

Por outro lado, considerado o modelo de Constituição brasileiro – em que os direitos fundamentais têm aplicação imediata (art. 5, § 1º), mas são intangíveis quanto ao seu conteúdo mínimo (art. 60, § 4º) – não seria possível ao juiz-intérprete afastar-se de uma concepção substancialista da Constituição.

Destarte, a deliberação democrática, por força do que dispõe a Carta Magna, estaria, inevitavelmente, parcialmente fechada quanto aos seus resultados.

Nesse aspecto, afigura-se igualmente cabível sustentar a ascensão política do Judiciário para a defesa de um direito fundamental ou de uma minoria, mesmo que a restrição imposta não seja, necessariamente, uma garantia para próprio processo democrático.<sup>112</sup>

Utilizando os instrumentos já desenvolvidos pela moderna teoria hermenêutica, pós-positivista, tendo em vista o caso em análise encerraria um conflito entre o princípio da presunção de inocência (art. 5, LVII, da CRFB/88) e o princípio da moralidade administrativa

---

3. contra o meio ambiente e a saúde pública; (Incluído pela Lei Complementar nº 135, de 2010)

4. eleitorais, para os quais a lei comine pena privativa de liberdade; (Incluído pela Lei Complementar nº 135, de 2010)

5. de abuso de autoridade, nos casos em que houver condenação à perda do cargo ou à inabilitação para o exercício de função pública; (Incluído pela Lei Complementar nº 135, de 2010)

6. de lavagem ou ocultação de bens, direitos e valores; (Incluído pela Lei Complementar nº 135, de 2010)

7. de tráfico de entorpecentes e drogas afins, racismo, tortura, terrorismo e hediondos; (Incluído pela Lei Complementar nº 135, de 2010)

8. de redução à condição análoga à de escravo; (Incluído pela Lei Complementar nº 135, de 2010)

9. contra a vida e a dignidade sexual; e (Incluído pela Lei Complementar nº 135, de 2010)

10. praticados por organização criminosa, quadrilha ou bando; (Incluído pela Lei Complementar nº 135, de 2010)  
BRASIL. Lei Complementar n. 64 de 18 de maio de 1990. Disponível em: < [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/LCP/Lcp64.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/LCP/Lcp64.htm)>. Acesso em: 12 jan. 2013.

<sup>112</sup>É no que consiste, justamente, a versão substancialista da Constituição e da jurisdição constitucional. V. SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. Deliberação pública, constitucionalismo e cooperação democrática. In: BARROSO, Luís Roberto. *A reconstrução democrática do direito público no Brasil* (org.). Rio de Janeiro: Renovar, 2007, p. 47.

(art. 37, *caput*, da CRFB/88)<sup>113</sup>, tampouco seria difícil concluir que a área nuclear do princípio de direito penal não estaria sendo dissolvida pela deliberação majoritária – que buscou densificar, em razão da convicção do povo ativo, um conteúdo ao princípio da moralidade administrativa para além de seu núcleo, fazendo-o alcançar os requisitos negativos necessários à análise do registro de candidatura (art. 14, § 9º, da CRFB/88)<sup>114</sup>.

No entanto, essa solução, que foi igual à encontrada pelo Supremo Tribunal na conclusão do julgamento das ADCs 29 e 30 e da ADI 4578, poderia não ser tão evidente.<sup>115</sup>

Imaginando-se que a garantia constitucional da presunção de inocência (art. 5, LVII, da CRFB/88) teria sido, realmente, infringida, ainda restaria uma razoável dúvida: a Corte Constitucional poderia fazer uso de uma atitude ativista na defesa da garantia fundamental da presunção de inocência (art. 5, LVII, da CRFB/88), mesmo sabendo-se que a postura de

---

<sup>113</sup>Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte: (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998). BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: < [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm)>. Acesso em: 12 jan. 2013.

<sup>114</sup>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 (Redação dada pela Emenda Constitucional de Revisão nº 4, de 1994). BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm)>. Acesso em: 12 jan. 2013.

<sup>115</sup>Não obstante o debate enfrentado pela Corte Suprema – quanto à suposta inconstitucionalidade da nova previsão do art. 1, I, “e” da LC 64/90 –, imagina-se que não há grandes problemas para se concluir que a parte nuclear da garantia constitucional da presunção de inocência não foi machucada após a alteração da LC 135/10. Valendo-se dos ensinamentos do prof. Guilherme Sandoval Góes é possível dizer que o legislador popular otimizou o princípio da probidade administrativa para além do seu núcleo, fazendo-o alcançar, agora, os requisitos negativos para o exercício do mandato eletivo (art. 14, § 9 da CRFB/88). V. GÓES, Sandoval Guilherme. Neoconstitucionalismo e dogmática pós-positivista. In: BARROSO, Luís Roberto (org). *A reconstrução democrática do direito público no Brasil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2007, p. 141-145. No entanto, a controvérsia tende a ser reconhecidamente mais complexa quando se investiga o problema da violação do princípio de proibição de retrocesso, já que o Supremo Tribunal Federal, até o advento da “Lei do Ficha Limpa”, interpretava a aplicação daquela garantia para além da esfera penal, nela compreendendo, também, o processo eleitoral brasileiro. Apesar disso, na conclusão do julgamento das ADCs 29 e 30 e da ADI 4578, predominou o entendimento de que o princípio de vedação de retrocesso não foi violado após a alteração do art. 1, I, “e” da LC 64/90 pela LC 135/10. Decidiu-se que não foi “vislumbrado o pressuposto de sua aplicabilidade concernente na existência de consenso básico, que tenha sido inserido na consciência jurídica geral a extensão da presunção de inocência para o âmbito eleitoral.” BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Pleno. ADC 29/DF, ADC 30/DF e ADI 4578/DF. Relator: Min. Luiz Fux. Publicado no DJE 29.06.2012. Para maior compreensão do tema, v. o julgamento da ADPF 144 – precedente dentre os quais se reconheceu a irradiação da garantia da presunção de inocência para o Direito Eleitoral. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Pleno. ADPF 144/DF. Relator: Min. Celso de Mello. Publicado no DJe 26.02.2010. V. tb. SARLET, Ingo Wolfgang. *Proibição de retrocesso, dignidade da pessoa humana e direitos sociais*: manifestação de um constitucionalismo dirigente possível. Disponível em: < [http://tex.pro.br/tex/images/stories/PDF\\_artigos/proibicao\\_ingo\\_wlfgang\\_sarlett.pdf](http://tex.pro.br/tex/images/stories/PDF_artigos/proibicao_ingo_wlfgang_sarlett.pdf)>. Acesso em: 05 fev. 2013.

autocontenção é a mais recomendada quando o ato de controle goza de um forte lastro democrático, como na iniciativa?

A resposta parece depender da espécie de ativismo judicial que se esteja falando e da forma de coatuação popular que tenha sido utilizada para regular os poderes do Estado.

Veja-se o exemplo do Tribunal do Júri – questão que foi também suscitada no julgamento das ADCs 29 e 30 e da ADI 4578 e que poderia ser definida como uma espécie de coatuação do povo ativo na atividade jurisdicional do Estado.

A decisão do Tribunal do Júri, até com assento no direito positivo (art. 5, XXXVI, da CRFB/88)<sup>116</sup>, considera-se como sendo soberana, não estando sujeito a nenhuma espécie de revisão.

Se fosse possível a sua reforma pelo Tribunal em 2ª instância a Constituição não falaria em “soberania dos veredictos”, já que a convicção dos membros do Poder Judiciário poderia sempre suplantar o que ficou decidido pelo povo ativo.

Contudo, o ordenamento jurídico, não se fecha completamente.

Há espaço para o Tribunal *ad quem*, observada uma grave injustiça ou nulidade, devolver a matéria ao Tribunal do Júri, para uma nova análise, como também modificar, se for o caso, a pena cominada – já que a reforma da parte técnica do julgado, da competência do Juiz Presidente, não implica em uma nova conclusão a respeito do julgamento já realizado pelo Tribunal do Povo<sup>117</sup>.

---

<sup>116</sup>Art. 5º, XXXVIII - é reconhecida a instituição do júri, com a organização que lhe der a lei, assegurados:

a) a plenitude de defesa;

b) o sigilo das votações;

c) a soberania dos veredictos;

d) a competência para o julgamento dos crimes dolosos contra a vida. BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm)>. Acesso em: 12 jan. 2013.

<sup>117</sup>Quanto ao ponto, vale transcrever os exatos termos do que dispõe o Código de Processo Penal (DL 3.689/41): Art. 593. Caberá apelação no prazo de 5 (cinco) dias: (Redação dada pela Lei nº 263, de 23.2.1948) (...)

III - das decisões do Tribunal do Júri, quando: (Redação dada pela Lei nº 263, de 23.2.1948)

a) ocorrer nulidade posterior à pronúncia; (Redação dada pela Lei nº 263, de 23.2.1948)

b) for a sentença do juiz-presidente contrária à lei expressa ou à decisão dos jurados; (Redação dada pela Lei nº 263, de 23.2.1948)

Em resumo: conquanto seja dado ao Tribunal de 2º grau o poder de agir, a sua decisão jamais poderá se substituir àquela que foi fixada pelo povo ativo (soberano).

Visto isso, fica fácil definir quais seriam os limites ao ativismo judicial em situações tais como a da elaboração da “Lei do Ficha Limpa”. Observe-se, abaixo, o seguinte apanhado para melhor apreensão do tema:

<u>Forma de participação popular</u> <u>na democracia</u>	<u>Situação</u>	<u>Solução judicial</u>
Coatuar na jurisdição do Estado	Tribunal do Júri	<p>“Soberania dos veredictos” (art. 5, XXXVI, “a” da CRFB/88 e art. 593, III e §§ 1º, 2º, 3º e 4º do CPP).</p> <p>A decisão do juiz-intérprete sobre a culpabilidade do acusado não pode substituir a decisão do <i>povo ativo</i>.</p> <p>Postura de <i>autocontenção</i> judicial prevista no</p>

c) houver erro ou injustiça no tocante à aplicação da pena ou da medida de segurança; (Redação dada pela Lei nº 263, de 23.2.1948)

d) for a decisão dos jurados manifestamente contrária à prova dos autos. (Redação dada pela Lei nº 263, de 23.2.1948)

§ 1º Se a sentença do juiz-presidente for contrária à lei expressa ou divergir das respostas dos jurados aos quesitos, o tribunal ad quem fará a devida retificação. (Incluído pela Lei nº 263, de 23.2.1948)

§ 2º Interposta a apelação com fundamento no no III, c, deste artigo, o tribunal ad quem, se lhe der provimento, retificará a aplicação da pena ou da medida de segurança. (Incluído pela Lei nº 263, de 23.2.1948)

§ 3º Se a apelação se fundar no no III, d, deste artigo, e o tribunal ad quem se convencer de que a decisão dos jurados é manifestamente contrária à prova dos autos, dar-lhe-á provimento para sujeitar o réu a novo julgamento; não se admite, porém, pelo mesmo motivo, segunda apelação. (Incluído pela Lei nº 263, de 23.2.1948)

§ 4º Quando cabível a apelação, não poderá ser usado o recurso em sentido estrito, ainda que somente de parte da decisão se recorra. (Parágrafo único renumerado pela Lei nº 263, de 23.2.1948)

		ordenamento jurídico (solução do direito positivo).
Coatuar na gestão do Estado.	Orçamento participativo.	Opções de políticas públicas do povo ativo não podem ser preteridas pelas opções que o juiz-intérprete realize.  Postura de autocontenção judicial não prevista no ordenamento jurídico (solução <i>de lege ferenda</i> )
Coatuar na legislação do Estado.	Iniciativa popular.	“Soberania popular” (art. 14, <i>caput e III</i> e art. 61, § 2º da CRFB/88).  A vontade geral do povo ativo não pode ser suplantada pela atuação criativa do juiz-intérprete.  Preceito kelseniano do legislador negativo.  Postura de autocontenção judicial não prevista no ordenamento jurídico (solução <i>de lege ferenda</i> ).

A elaboração do projeto da “Lei do Ficha Limpa” por meio da iniciativa popular formulada foi uma afirmação, igual na democracia avançada, de um coatuar na legislação pelo povo ativo.

Assim, mesmo que fosse cabível a ascensão política do Judiciário para a defesa de direitos fundamentais ou de uma minoria, isto jamais poderia ser feito por meio de uma postura proativa, em que a decisão judicial pudesse se substituir à decisão do povo ativo. Numa espécie de atuação criativa em que o Tribunal admite, de acordo com uma linha jurisprudencial progressista, a possibilidade de passar ao papel de um verdadeiro legislador positivo<sup>118</sup>.

Não significa que a Corte Suprema devesse renunciar ao seu papel de intérprete formal da Constituição.

Entretanto, considerado o vestuto dogma do legislador negativo<sup>119</sup> e a vontade do legislador popular na elaboração da “Lei do Ficha Limpa”, uma eventual declaração de inconstitucionalidade da LC 135 de 2010 não poderia, jamais, assumir uma dimensão em que o significado da intervenção judicial seria equivalente a uma nova norma jurídica. Em que a expressão da lei só poderia ser compreendida com o significado que lhe passou a ser conferido pelo órgão judicial – tal como teria ocorrido acaso o Tribunal tivesse adotado, por completo, a solução empreendida pelo Ministro Luiz Fux no julgamento das ADCs 29 e 30 e da ADI 4578.

A despeito disso, cabe destacar que permanece possível o futuro emprego de certo ativismo judicial para a proteção de direitos fundamentais ou de uma minoria em uma nova hipótese de controle de constitucionalidade da “Lei do Ficha Limpa”.

Isso poderá ser feito, por exemplo, com a imposição de condutas ou abstenções pelo Judiciário que estariam, inicialmente, reservadas ao Poder Executivo, já que não houve uma

---

<sup>118</sup>MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo G. Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 4. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 1.309.

<sup>119</sup>Ibid., p. 1.309.

participação popular na gestão estatal por meio da elaboração da “Lei do Ficha Limpa” (mas sim um coatar na legislação pelo povo ativo).

Por fim, continua admissível ao Poder Judiciário imprimir uma interpretação proativa da Constituição para a aplicação imediata de direitos fundamentais assegurados (art. 5, § 1º da CRFB/88), tendo em vista o teor eminentemente técnico desta atividade judicante (art. 102, *caput* da CRFB/88)<sup>120</sup>.

Independentemente disso, a solução adotada, sob pena de ofensa ao princípio democrático (art. 1, *caput* da CRFB/88) não pode configurar violência à vontade do legislador... À vontade geral do povo ativo (soberano), que deu ensejo à edição da “Lei do Ficha Limpa” (LC 135/10).

---

<sup>120</sup>Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe: (...) BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm)>. Acesso em: 22 jan. 2013.

## CONCLUSÃO

A sociedade civil, através da *internet*, mobilizou-se de um modo implacável na elaboração da “Lei do Ficha Limpa” (LC 135/10). A participação direta dos cidadãos na conformação da ordem jurídica é um fenômeno que tende a ganhar espaço no dia-a-dia e incita uma reflexão a respeito da legitimação da Corte Constitucional para o controle da deliberação democrática.

O debate remonta à fricção latente entre o constitucionalismo e a democracia, dois vetores da moralidade política da modernidade em constante tensão. Disso, resulta uma paradoxal verdade: o constitucionalismo é, ao mesmo tempo, uma garantia, mas também um entrave ao processo democrático. Somado a esse fato, o Judiciário, talvez pelo prestígio crescente de sua atuação política, parece não ter ainda atentado para os limites que se impõem ao método proativo de interpretação da Constituição.

Na análise da constitucionalidade *in abstracto* da “Lei do Ficha Limpa” chamaram a atenção o método de interpretação conforme a Constituição – que se buscou empreender na conclusão do julgamento das ADCs 29 e 30 e da ADI 4578 –, além do equívoco em que incorreram alguns dos juízes-intérpretes da Constituição quanto ao significado da iniciativa popular formulada.

Embora a postura de autocontenção judicial tenha prevalecido entre os Ministros – com a adoção da tese da constitucionalidade integral do art. 1, I da LC 64/90, após as alterações introduzidas pela LC 135/10 –, o Órgão Especial quase colocou em risco o próprio prestígio da Corte Constitucional por não observar o alto nível de legitimidade democrática do ato objeto de controle.

Mesmo entre os adeptos da versão substancialista da Constituição, há unanimidade de que existe um conjunto de decisões que não pode se subtraído dos órgãos eleitos pelo povo em cada momento histórico.

À Constituição, além da função de veicular consensos mínimos, cabe, também, garantir o espaço próprio do pluralismo político, assegurando o funcionamento adequado dos mecanismos democráticos. A Constituição não pode ser ubíqua.

Para que o papel da jurisdição constitucional não seja pervertido deve-se ter em vista a postura de cautela e respeito que são necessários frente às decisões tomadas pelo povo ativo. A autocontenção judicial é uma atitude obrigatória, sob pena de ofensa ao princípio do Estado Democrático de Direito, previsto expressamente na Carta Política (art. 1º, *caput* da CRFB/88).

Na democracia avançada, que surge como uma opção à democracia institucionalizada, o povo ativo e o povo enquanto instância de atribuição são aproximados na medida do possível. A elaboração da “Lei do Ficha Limpa” por meio da iniciativa popular formulada foi uma afirmação de um coatuar na legislação pelo povo ativo, igual na democracia avançada.

Democracia deve ser mais que um exercício de retórica. Isso também começa por meio de uma práxis jurisdicional que compreende que ela é muito mais do que uma palavra.

## REFERÊNCIAS

ABRACCI. Disponível em: <[http://www.fichalimpa.org.br/index.php/main/ficha\\_limpa](http://www.fichalimpa.org.br/index.php/main/ficha_limpa)>. Acesso em: 28 fev. 2012.

ALEXY, Robert. Ponderação, Jurisdição Constitucional e Representação Popular, In: NETO, Cláudio Pereira de Souza e SARMENTO, Daniel (coord.) *A constitucionalização do direito: fundamentos teóricos e aplicações específicas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

BARCELLOS, Ana Paula de. Ponderação Racionalidade e Atividade Jurisdicional. In: BARROSO, Luís Roberto (org). *A reconstrução democrática do direito público no Brasil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

\_\_\_\_\_. *Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática*. Disponível em: <<http://www.oab.org.br/editora/revista/users/revista/1235066670174218181901.pdf>>. Acesso em: 13 jul. 2012.

\_\_\_\_\_. *O direito constitucional e a efetividade de suas normas: limites e possibilidades da constituição brasileira*. 8. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

BONAVIDES, Paulo. *Ciência política*. 18. ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

\_\_\_\_\_. *Curso de direito constitucional*. 27. ed. atual. São Paulo: Malheiros, 2012.

BRASIL. Código de Processo Penal. Disponível em:< [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Decreto-Lei/Del3689.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del3689.htm)>. Acesso em: 04 fev. 2013.

\_\_\_\_\_. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em:<[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm)>. Acesso em: 22 jan. 2013.

\_\_\_\_\_. Lei Complementar 64 de 18 de maio de 1990. Disponível em:<[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/LCP/Lcp64.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/LCP/Lcp64.htm)>. Acesso em: 28 fev. 2012.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=200495>>. Acesso em: 28 fev. 2012.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. Pleno. ADC 29/DF. Relator: Min. Luiz Fux. Publicado no DJe 29.06.2012.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. Pleno. ADC 30/DF. Relator: Min. Luiz Fux. Publicado no DJe 29.06.2012.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. Pleno. ADI 2182/DF. Relator: Min. Cármen Lúcia. Publicado no DJe 10.09.2010.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. Pleno. ADI 4578/DF. Relator: Min. Luiz Fux. Publicado no DJe 29.06.2012.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. Pleno. ADPF 144/DF. Relator: Min. Celso de Mello. Publicado no DJe 26.02.2010

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. Pleno. MI 670/ES. Relator: Min. Gilmar Mendes. Publicado no DJe 31.10.08.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. Pleno. MI 708/DF. Relator: Min. Gilmar Mendes. Publicado no DJe 31.10.08.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. Pleno. MI 712/DF. Relator: Min. Eros Grau. Publicado no DJe 31.10.08.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. Pleno. RE 633.703/MG. Relator: Min. Gilmar Mendes. Publicado no DJe 18.11.2011.

\_\_\_\_\_. Tribunal Superior Eleitoral. CTA 112026/DF, Relator: Min. Hamilton Carvalho, publicado no DJe de 30.09.2010.

\_\_\_\_\_. Tribunal Superior Eleitoral. Disponível em: <<http://www.tse.jus.br/jurisprudencia/pesquisa-de-jurisprudencia/sumulas>>. Acesso em: 31 jan. 2013.

CARRANO, Angela Zilli. *A dificuldade contramajoritária no Estado Democrático de Direito*. Disponível em:< <http://www.angelazillijuridico.blogspot.com.br/2011/05/dificuldade-contramajoritaria-no-estado.html>>. Acesso em: 26 mar. 2012.

CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa de sociologia jurídica*. 11. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

CITTADINO, Gisele. *Poder Judiciário, ativismo judiciário e democracia*. Disponível em:< [http://www.revistaalceu.com.puc-rio.br/media/alceu\\_n9\\_cittadino.pdf](http://www.revistaalceu.com.puc-rio.br/media/alceu_n9_cittadino.pdf)>. Acesso em: 22 jan. 2013.

COLLEGE News. *The myth of “activist judges”*. Disponível em:<[http://www. Collegenews.org/editorials/2006/the-myth-of-activist-judges.html](http://www.Collegenews.org/editorials/2006/the-myth-of-activist-judges.html)> Acesso em: 05 ago. 2012.

CORREIO popular de Rondônia. Disponível em:<[http://www.correiopopular.net/LKN/headline.php?n\\_id=8648&titulo=Movimento%20nacional%20mobiliza%20para%20moralizar%20politicos](http://www.correiopopular.net/LKN/headline.php?n_id=8648&titulo=Movimento%20nacional%20mobiliza%20para%20moralizar%20politicos)>. Acesso em: 22 jan. 2013.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 19. ed. 2. reimpr. São Paulo: Atlas, 2006.

DINIZ, Maria Helena. *Compêndio de introdução à ciência do direito: introdução à teoria geral do direito, à filosofia do direito, à sociologia jurídica...*, 23. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Curso de direito constitucional*. 24. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 1997.

FOLHA de São Paulo. Disponível em: <[www.http://f5.folha.uol.com.br/humanos/1027602-caretas-de-filho-de-jader-barbalho-chamam-atencao-na-posse-do-pai.shtml](http://f5.folha.uol.com.br/humanos/1027602-caretas-de-filho-de-jader-barbalho-chamam-atencao-na-posse-do-pai.shtml)>. Acesso em: 21 abr. 2012.

GÓES, Sandoval Guilherme. Neoconstitucionalismo e dogmática pós-positivista. In: BARROSO, Luís Roberto (org). *A reconstrução democrática do direito público no Brasil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

HABERMAS, Jürgen. *Agir comunicativo e razão descentralizada*. Tradução Lucia Aragão. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2012.

HÄRBELE, Peter. *Hermenêutica constitucional a sociedade aberta dos intérpretes da Constituição*: contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da Constituição. Tradução Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1997.

KANT, Immanuel. *A fundamentação da metafísica dos costumes*. Tradução de Paulo Quintela; introdução de Pedro Galvão. Lisboa: Edições 70, LDA, 2009.

LAGO, Rodrigo Pires Ferreira. *A novela da ficha limpa*. Disponível em: <<http://www.osconstitucionalistas.com.br/a-novela-da-ficha-limpa>>. Acesso em: 04 ago. 2012.

LASSALE, Ferdinand. *A essência da Constituição*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo G. Gonet. *Curso de direito constitucional*. 4. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 1.302-1.307.

MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional*. 17. ed. São Paulo: Atlas, 2005.

MÜLLER, Friedrich. *Quem é o povo?* A questão fundamental da democracia. 6. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

RAMAYANA, Marcos. *Resumo de direito eleitoral*. 4. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2010.

RAWLS, John. *Justiça e democracia*. Tradução Irene A. Paternot; seleção, apresentação e glossário Catherine Audard. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

ROUSSEAU, Jean-Jaques, *Do contrato social*: princípios de direito político. Tradução e comentários de J. Cretella Jr. E Agnes Cretella, 3.ed. rev. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

SARMENTO, Daniel. Ubiquidade constitucional: os dois lados da moeda. In: NETO, Cláudio Pereira de Souza e SARMENTO, Daniel (coord.) *A constitucionalização do direito: fundamentos teóricos e aplicações específicas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. Deliberação pública, constitucionalismo e cooperação democrática. In: BARROSO, Luís Roberto (org). *A reconstrução democrática do direito público no Brasil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.