

JOEL ELISEU GALLI

A SUSPEITA DEMOCRÁTICA OBSERVADA A PARTIR DA
JUDICIALIZAÇÃO DA MEGAPOLÍTICA: estudo dos estímulos à
expansão intervencionista da Justiça Eleitoral a partir da análise de
julgamentos do TRE/SC no período 2004-2012

Dissertação submetida ao Programa de
Pós-Graduação da Universidade
Federal de Santa Catarina para
obtenção do Grau de Mestre em
Sociologia Política. Orientador Prof.
Dr. Tiago Bahia Losso.

Florianópolis (SC)
2014

Ficha de identificação da obra elaborada pelo autor,
através do Programa de Geração Automática da Biblioteca Universitária da UFSC.

OLIVEI, JOEL ELINDO
A SUPLENÇA DEMOCRÁTICA OBSERVADA A PARTIR DA
JUDICIALIZAÇÃO DA METROPOLITANA: o estudo das relações e
expansão intervencionista da Justiça Eleitoral a partir da
análise da Jurisprudência do TSE/STC no período 2004-2011 /
JOEL ELINDO OLIVEI ; orientador, Tiago Sabia Lopes -
Florianópolis, SC, 2014.
103 p.

Monografia (mestrado) - Universidade Federal de Santa
Catarina, Centro de Filosofia e Ciências Humanas. Programa
de Pós-Graduação em Sociologia Política.

Local referências:

1. Sociologia Política, 2. República, 3. Democracia, 4.
Tripartição dos Poderes, 5. Judicialização, 6. Lopes, Tiago
Sabia, 77, Universidade Federal de Santa Catarina,
Programa de Pós-Graduação em Sociologia Política, III. Título.

JOEL ELISEU GALLI

A SUSPEITA DEMOCRÁTICA OBSERVADA A PARTIR DA
JUDICIALIZAÇÃO DA MEGAPOLÍTICA: estudo dos estímulos à
expansão intervencionista da Justiça Eleitoral a partir da análise de
julgamentos do TRE/SC no período 2004-2012

Esta dissertação foi julgada adequada para obtenção do Título de
Mestre, e aprovada em sua forma final pelo Programa de Pós-Graduação
em Sociologia Política da Universidade Federal de Santa Catarina.

Florianópolis (SC), 10 de julho de 2014.

Prof. Dr. Yan de Souza Carreirão
Coordenador do Curso

Banca Examidora:

Prof. Dr. Tiago Bahia Losso (PPGSP/UFSC)
Orientador

Prof. Dr. Yan de Souza Carreirão (PPGSP/UFSC)

Prof. Dr. Jean Gabriel Castro da Costa (PPGSP/UFSC)

Prof. Dr. Emerson Cesar de Campo (Programa de Pós-Graduação em
História/UDESC)

AGRADECIMENTOS

Agradeço, inicialmente, aos meus poderosos adversários. Nosso combate permitiu o refinamento de minhas forças e habilidades, tornando esse trabalho possível. De coração, muito obrigado.

À mulher impar que aceitou, de bom grado, o desafio insano de viver a meu lado. Impossível não lembrar: “Tendo a lua aquela gravidade aonde o homem flutua, merecia a visita não de militares, mas de bailarinos, de você e eu.”

Aos meus amigos, presentes e ausentes, que contribuíram com conversas descontraídas e o estoque de destilados e fermentados necessários aos momentos de ócio indispensáveis à elaboração desse trabalho. Cada letra do texto abraça vocês e declara minha dívida de gratidão.

Machado de Assis inicia “Memórias Postuma de Bras Cubas” com um lamento do protagonista: não ter deixado a ninguém o legado de sua miséria. Eu, ao contrário, fui profícuo nesse ponto; porém, nego-me a considerar minha descedência como um legado de minha miséria. Meus quatro filhos (Leticia, Larissa, Laura e Benicio) são a expressão do melhor que há em mim e a maior herança que deixarei a um mundo carente de pessoas ricas em coragem.

Professor Tiago, sua orientação permitiu que idéias dispersas e confusas pudessem ser condensadas e direcionadas ao objetivo proposto. Qualquer defeito, omissão, incoerência ou imperfeição contidos no presente trabalho são de minha exclusiva responsabilidade; qualquer mérito é resultado direto de sua intervenção.

Ao meu grande Deus, que quebrou o jugo que pesava sobre mim e me fez andar ereto.

RESUMO

A pesquisa objeto desse trabalho envolveu análise bibliográfica e documental, objetivando traçar as linhas de identificação da denominada judicialização da política e de uma variante batizada de judicialização da megapolítica, caracterizada pela intervenção dos Tribunais nas decisões *interna corporis* dos Poderes Executivo e Legislativo e na intervenção nas escolhas eleitorais. Para a finalidade proposta, foram analisados, de forma geral, os discursos e comportamentos dos juízes e tribunais brasileiros e, de modo específico, decisões do Tribunal Regional Eleitoral de Santa Catarina proferidas a respeito de eleições municipais no estado de Santa Catarina no período 2004-2012 e nas quais a Corte reconhece que os candidatos ao cargo de prefeito praticaram a conduta denominada abuso de poder político. Tanto a judicialização abstratamente considerada, como sua materilização nos julgados do Tribunal Eleitoral Catarinense foram estudadas em suas implicações com a ordem republicana, o governo democrático representativo e a tripartição dos poderes estatais dele decorrente e os acentos constitucionais derivados de uma Democracia orientada por premissas políticas subordinadas à ordem jurídica.

Palavras-chave: República. Democracia. Política. Poder. Tripartição dos Poderes. Judicialização.

ABSTRACT

The research of this work involved bibliographical and documentary analysis, aiming to identify the called legalization of politics and a variant named the legalization of mega politics, characterized by the intervention of the court in internal decisions of the Executive and Legislative Power and the intervention in electoral choices. For the purpose of this research, we analyzed the speech and behavior of Brazilian judges and courts, specifically, the decisions of the Regional Electoral Court of Santa Catarina in the matter of the municipal elections in the state of Santa Catarina in the period of 2004 to 2012 in which the Court recognized that the candidates for mayor practiced a conduct called abuse of political power. Both the legalization, abstractly considered, as the materialization in Santa Catarina Electoral Court were studied in their implications with the republican order, the representative democratic government, the tripartite division of state power and the incidents derived from a constitutional democracy guided by a subordinate political assumption in the legal system.

Key-words: Republic. Democracy. Policy. Power. Tripartite division of powers. Judicialization.

LISTA DE GRÁFICOS

Gráfico 1. Índice de Confiança da População nas Instituições e no Poder Judiciário.....	100
Gráfico 2. Distribuição Total de Processos no TSE por ano a partir de 2007.....	117
Gráfico 3. Distribuição de Recursos Especiais Eleitorais no TSE por ano a partir de 2007.....	123
Gráfico 4. Distribuição de Agravos de Instrumento no TSE por ano a partir de 2007	123
Gráfico 5. Soma dos Recursos Especiais Eleitorais e Agravos de Instrumento distribuídos no TSE por ano a partir de 2007.....	124
Gráfico 6. Relação entre a distribuição de Recursos Eleitorais e Agravos de Instrumento e o total de processos distribuídos no TSE por ano a partir de 2007	125

LISTA DE TABELAS

Tabela 1. Diferença das Funções Tradicionais entre Poder Judiciário e Poder Legislativo	81
Tabela 2. Diferença de Funcionamento das Instituições Jurídicas e Políticas.....	83
Tabela 3. Distribuição de Processos no TSE por Classe de Ações a partir de 2007.....	118
Tabela 4. Ações Judiciais passíveis de propositura perante a Justiça Eleitoral com o objetivo de atacar candidatura ou questionar resultado da eleição.....	128
Tabela 5. Relação dos acórdãos do TRESA selecionados para a pesquisa	131
Tabela 6. Resultado das eleições para o cargo de prefeito nos municípios que originaram os acórdãos do TRESA selecionados para a pesquisa	149

LISTA DE FIGURAS

Figura 1. Fotografia da Presidente Dilma Roussef em posse no novo presidente do TSE. Brasília - DF, 13/05/2014.	152
Figura 2. Fotografia da Presidente Dilma Roussef na companhia de trabalhadores por ocasião da visita às obras do Projeto de Integração do Rio São Francisco. Jati - CE, 13/05/2014.	152

LISTA DE SIGLAS

ADIn Ação Direta de Inconstitucionalidade
DEM Partido Democratas
OAB Ordem dos Advogados do Brasil
PFL Partido da Frente Liberal
PMDB Partido do Movimento Democrático Brasileiro
PP Partido Progressista
PPS Partido Popular Socialista
PSC Partido Socialista Cristão
PSDB Partido da Social Democracia Brasileira
PSDC Partido Social Democrático Cristão
PSOL Partido Socialismo e Liberdade
PSTU Partido Socialista dos Trabalhadores Unificado
PT Partido dos Trabalhadores
PTB Partido Trabalhista Brasileiro
PV Partido Verde
STF Supremo Tribunal Federal
STJ Superior Tribunal de Justiça
TJ Tribunal de Justiça
TRESC Tribunal Regional Eleitoral de Santa Catarina
TSE Tribunal Superior Eleitoral

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO	23
2	A ORDEM	31
2.1	PODER POLÍTICO, ESTADO E GOVERNO	31
2.2	DIVISÃO DOS PODERES ESTATAIS E RELAÇÃO COM O SISTEMA POLÍTICO.....	39
2.3	ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO E A NOVA DIVISÃO DE PODERES NAS REPÚBLICAS DEMOCRÁTICAS CONSTITUCIONAIS.....	50
3	O PROGRESSO	65
3.1	DA FUNÇÃO JURISDICIONAL DE DISCIPLINA À FUNÇÃO JURISDICIONAL DE CONTROLE.....	65
3.2	AS FACES DA JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA	77
3.3	PECULIARIDADES DA JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA NO BRASIL.....	89
4	INTERAÇÕES, FUNÇÕES E DISFUNÇÕES.....	107
4.1	A JUDICIALIZAÇÃO DA MEGAPOLÍTICA.....	107
4.2	OS ESTÍMULOS PARA A JUDICIALIZAÇÃO DA MEGAPOLÍTICA.....	116
4.3	A FUNCIONALIDADE PROGRAMADA E A MORALIZAÇÃO DAS DECISÕES DA JUSTIÇA ELEITORAL	127
5	CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	171
	REFERÊNCIAS.....	183

1 INTRODUÇÃO

Um olhar sobre um problema social é sempre reflexivo, mesmo quando não nos damos conta disso. Além de reflexivo e por mais força que se faça para observar o problema a fim de descrevê-lo ou resolvê-lo com exatidão, o limite que opera sobre a razão e sobre os sentidos do observador oblitera, confunde, distorce a análise. Isso, porém, não é motivo ou desculpa para ignorar o problema que se apresenta, pois, como diria Quintana, "Se as coisas são inatingíveis... ora! Não é motivo para não querê-las... Que tristes os caminhos, se não fora / A presença distante das estrelas!"

Partindo disso, o estudo aqui apresentado pretende bastante, pois, a partir da teoria contratualista de formação do Estado e das bases de legitimação e limitação do poder afeto a seu governo, almeja identificar causas e fundamentos da judicialização da política e, a seguir, discorrer sobre a judicialização da megapolítica e suas relações com a teoria republicano-democrática na forma corrente de que se serve o Estado Democrático de Direito.

A bem da compreensão, importante esclarecer, antes de tudo, que a judicialização da política será enfocada como a transfusão de decisões acerca de criação e implantação de políticas públicas que, por atribuição histórico-constitucional, caberiam ao Poderes Executivo e Legislativo, ao Poder Judiciário, seja por provocação de indivíduos ou entidades, seja por iniciativa das próprias Cortes de Justiça tomada no bojo de demandas a elas apresentadas, conduta esta, por sua vez, denominada de "ativismo judicial". De outro lado, a judicialização da megapolítica é tratada como fenômeno que permite ao Judiciário, em teoria, desempenhar uma função que revoluciona a forma de exercício do poder jurisdicional e dos juízes nele investidos, franqueando àquele intervenções nas escolhas populares realizadas nas eleições para cargos eletivos ou no exercício do mandato eletivo, enquanto permite a estes a superação da antiga função de árbitro imparcial e a assunção da tarefa de ator político em conflitos desse jaez.

Como um raio não cai num dia de sol, a judicialização da política e da megapolítica não são inovações descontextualizadas, assim como também não é a extensa e profunda pacificação sócio-política perseguida, na atualidade, por intermédio da regulação jurídico-estatal de condutas individuais, sociais e governamentais

Sob um viés cronológico, o embrião desse novo Leviatã conforma-se a partir da fusão entre ideais republicanos distintos: o republicanismo aristocrático e o republicanismo democrático.

A junção desses modelos governamentais foi propiciada pela inserção de um mecanismo de divisão funcional de poderes estatais, complementada, posteriormente, por um elaborado sistema de freios e contrapesos, preservando, por seu intermédio, tanto a limitação da competência típica de cada um dos poderes estatais, como o controle recíproco, exercido com a finalidade declarada de impedir o abuso do poder em uma época marcada pela doutrina do liberalismo político.

A superação do liberalismo no pós-guerra pela via da adoção de um modelo de Estado assistencial, acompanhado pelo fenômeno do constitucionalismo, reconfigurou a ordem dos poderes estatais, especialmente no que toca ao Poder Judiciário, outrora detentor de uma função de bloqueio voltada para o passado, mas radicada na lei, e, agora, dotado de uma tarefa autoproclamada de guardião das promessas de promoção social, exercida com fundamento na interpretação do sentido do texto constitucional em que se encontram inseridas.

A função jurisdicional termina por consolidar sua ascendência sobre os demais poderes estatais no momento em que o republicanismo incorpora uma forma jurídico-política batizada de Estado Democrático de Direito, no qual o direito e a política são submetidos a um cruzamento de códigos que termina por propiciar a inflação do primeiro em detrimento da segunda.

Ao permitir-se que o direito funcione como código de validação da política, assiste-se à emergência do fenômeno aqui denominado judicialização da política, marcado, genericamente, pela transferência, mais ou menos aguda, do centro deliberativo das decisões estatais para a sala dos Tribunais que, por sua vez, libertam-se, aos poucos e por força de uma distorção que reveste o direito de autonomia absoluta, de sua característica neutralidade política.

Nisso tudo, há uma razão informativa de natureza eficientista voltada à obtenção de resultados supostamente mais céleres do que aqueles possíveis de alcance pela via normal do exercício do poder político em uma democracia.

No entanto, ainda que se reconheça a força da razão pragmática, a judicialização é hostilizada pelos defensores da democracia e seus processos tradicionais de deliberação e decisão. Em seu ponto de vista, o Poder Judiciário carece de legitimidade para operar em substituição ao Parlamento ou para impor obrigações de ação ou abstenção discricionária ao Poder Executivo.

De fato, essa parece ser a crítica mais contundente dirigida ao protagonismo político exercido pelos Tribunais em épocas recentes, mas não é a única.

O rompimento da esfera de neutralidade política por parte do Poder Judiciário coloca em questão as preferências e inclinações morais dos magistrados, pois, se a neutralidade foi abandonada, é intuitivo que alguma espécie de polarização poderá ser verificada em suas fileiras, situação ainda mais preocupante quando se constata que as preferências valorativas traduzidas em suas decisões terminam por fazer surgir a legitimidade democrática de que seriam carentes.

Ocorre que essa legitimidade artificialmente produzida empresta à judicialização uma face incomum de arbitrariedade, fomentando a tomada de decisões deslocadas de qualquer referência jurídica sólida e fundada, exclusivamente, nas virtudes e qualidades do julgador. Não se trata, todavia, de uma constatação sobre o caráter afeto à judicatura, mas de perceber a ocupação, por estranho que possa parecer, do vácuo legislativo formado a partir da transposição de um modelo estatal de pacificação social pela disciplina para um modelo estatal de pacificação social pelo controle, marcado, justamente, pela renúncia às clássicas técnicas do governo liberal, substituídas pela prescrição de "programas de desenvolvimento futuro"¹.

É sobre esse hiato moral aberto pela atual forma de governar o Estado que se projeta a judicialização.

Em meio a esse panorama, forma-se um quadro de desrespeito institucional velado de contornos registrados por uma desconfiança judiciária em relação à política e, de outro lado, por uma suposta confiança popular no Poder Judiciário, que, na judicialização da megapolítica, é depositada na Justiça Eleitoral, da qual seria extraída a legitimidade para a tomada de decisões segundo o anseio do povo.

Não é exagero lembrar que essa foi uma das estratégias adotadas por Adolf Hitler para propulsionar a eficácia de seu regime. Apesar da responsabilidade pelos atos de terror praticados pelo nazismo ser atribuída ao Fuher e seus assessores, foi o Poder Judiciário alemão que conferiu validade às medidas, por exemplo, de extermínio da população judaica, por intermédio de decisões proferidas com calço na tradução do *volksgeist*.

Se traduzir a correta vontade do povo ou garantir a fruição de seus profundos anseios provoca uma discussão acerca da legitimidade democrática do exercício do poder estatal que se coloca nessa posição, o que dizer quando esse mesmo poder não apenas pretende garantir seu

¹ CAPPELLETTI, 1993, p. 41.

encontro com as promessas estatais, mas, mais do que isso, interpretar sua formação?

Nesse caso, não se trata apenas de uma declaração sobre o domínio de uma capacidade decisória fundada na leitura de uma mensagem constitucional abstratamente ininteligível para os demais poderes estatais, mas de avaliar, com códigos jurídicos, se a vontade popular é boa, certa ou se o executado corresponde ao pensado ou, ainda, se o pensado foi adequadamente pensado.

Essa invasão do campo da manifestação popular direta no exercício do poder constitucionalmente conferido conforma, do modo acima delimitado, a judicialização da megapolítica, tematizada e explicada, no presente estudo, a partir da funcionalidade programada para a especialização eleitoral do Poder Judiciário e seu importância para a democracia nacional e, envolto nisso, um incipiente processo de moralização das decisões emanadas das Cortes Eleitorais, acelerado por “estímulos sociais a uma Justiça pronta para expandir seu âmbito de ação”.²

Com o objetivo de verificar a possível ocorrência da judicialização da megapolítica em solo pátrio, bem como sua relação com as causas acima apontadas, utilizou-se como material de análise a distribuição de processos perante o Tribunal Superior Eleitoral no período compreendido entre os anos de 2007 e 2013 e uma seleção de acórdãos proferidos pelo Tribunal Regional Eleitoral de Santa Catarina em casos de abuso de poder em eleições para prefeito municipal no intervalo 2004-2012, sendo a consulta a esse aporte documental introduzida por pesquisa bibliográfica com a qual foi posteriormente cotejado, ou seja, a judicialização abstratamente considerada e sua materialização nos julgados do Tribunal Eleitoral Catarinense foram estudadas em suas implicações com a ordem republicana, o governo democrático representativo e a tripartição dos poderes estatais dele decorrente e os acentos constitucionais derivados de uma Democracia orientada por premissas políticas subordinadas à ordem jurídica, utilizando-se, para tal finalidade, a consulta a obras de referência sobre o tema, sendo uma parte considerável delas citada, direta ou indiretamente, no texto do presente trabalho. Nesse ponto, aliás, calha assinalar que em razão das inúmeras referências a dados de características bibliográficas obtidos a partir de consulta à rede mundial de computadores, como, por exemplo, entrevistas e declarações de

² MAUS, 2000, p. 191.

magistrados, as referencias às fontes foram padronizadas em rodapé de modo a uniformiza-las e permitir a produção de um texto esteticamente depurado.

Importante destacar, outrossim, que os acórdãos proferidos pelo TREC e selecionados pela pesquisa compõe um extenso acervo (mais de quinhentas laudas), motivo pelo qual se optou em anexar ao trabalho apenas a parte introdutória e explicativa de cada um deles (ementa), podendo o leitor, caso julgar conveniente, consultar o conteúdo integral por meio de simples acesso ao endereço eletrônico da Corte Eleitoral Catarinenese, pois seus julgados permanecem à disposição para acesso público indefinidamente. Essa opção, esclareça-se, não comprometeu a avaliação dos dados, realizada a partir da leitura integral dos acórdãos, bem como não irá comprometer a compreensão do texto que traduziu o resultado da pesquisa.

No que diz respeito, especificamente, à pesquisa documental, a leitura dos dados coletados permitiu constatar tanto uma crescente distribuição de processos perante o TSE, fator que, aliado à expectativa social com relação à Justiça Eleitoral, demonstra a existência de estímulo social necessário para conferir aos julgamentos uma justificativa moralizada, como uma tendência de acolher demandas relativas ao processo eleitoral com fundamento naquilo que supostamente se espera que as decisões da Justiça Eleitoral digam a respeito da democracia e da manifestação da vontade popular por meio do voto.

Não se trata, contudo, de simplesmente descrever o fenômeno estudado ou enumerar as causas que propiciaram sua emergência, mas, acima de tudo, compreender e avaliar consequências dessa postura judicial para a Democracia Representativa e o governo estatal vinculado a seus princípios. Embora isso implique, em certos momentos, em avaliações de legalidade em sentido *lato*, necessárias em razão de uma ordem política constitucionalizada traduzida em Estado Democrático de Direito, e, até mesmo, na confrontação teórica com as bases da repartição clássica dos poderes estatais, o problema não parece ser de (i)licitude ou de novas formas de compartilhamento e controle do poder político, mas de disputa de posições de autoridade desenvolvidas em meio ao elenco de uma nova classe de atores que, ao abandonar a inércia e a neutralidade características de sua posição, pretendem, com base em códigos capazes de escapar a qualquer espécie de controle em decorrência da confiança depositada em seus guardiães ou reprodutores, aliados à renúncia legislativa sobre eles, típica do modelo estatal de controle, submeter as escolhas políticas do povo ou de seus

representantes eleitos a um processo de validação posterior orientado pelo código moral certo/errado.

É um engano pensar, entretanto, que a judicialização seja consecutório exclusivo da agência da magistratura ou do reordenamento do governo estatal e de suas premissas. Aliado a isso, há fortes elementos estruturais relacionados à mitigação da autonomia da política tradicional em decorrência, de um lado, de sua subordinação ao direito pela via do constitucionalismo e do surgimento de grupos de interesses reunidos na defesa de direitos civis e políticos já consolidados cuja ação implica na impossibilidade de que decisões de ordem pública sejam tomadas ou implantadas de cima para baixo, e, de outro lado, por um crescente desalinhamento ideológico entre eleitores e partidos políticos, circunstância que coloca os candidatos a um cargo eletivo na dependência de sua capacidade de governar ³, ocasionando, necessariamente, o incremento da publicidade da atuação governamental no exercício do cargo político, com maior rigor por parte dos ocupantes dos postos eletivos no Poder Executivo.

A divulgação panfletária de suas realizações circunscreve uma inédita forma de fazer política, na qual a dependência partidária fica limitada à filiação (condição de elegibilidade) e à escolha no período reservado à convenção, marcando o início do processo eleitoral.

É nesse espaço de atuação político-governamental que a judicialização da megapolítica acaba sendo introduzida e, por intermédio de um discurso de avaliação moralizante dessa prática, extraindo a legitimidade de atuação dos tribunais sobre o assunto.

Se o diagnóstico da judicialização é o suficiente para gerar preocupações por conta de seus possíveis efeitos, a curto prazo, sobre a teoria e a prática da tripartição dos poderes estatais, com reflexos sobre a representação democrático-republicana, o prognóstico é ainda mais preocupante, uma vez que os efeitos da judicialização, a longo prazo, apontam para uma inclinação ao desrespeito velado da vontade popular, comprometendo o princípio democrático segundo o qual o exercício governamental depende da autorização dos governados.

Nessa panorama, a advertência ecoa pela palavras atribuídas a Brecht:

Primeiro levaram os negros
Mas não me importei com isso

³ BECK, 2011, pp. 281-296.

Eu não era negro

Em seguida levaram alguns operários
Mas não me importei com isso
Eu também não era operário

Depois prenderam os miseráveis
Mas não me importei com isso
Porque eu não sou miserável

Depois agarraram uns desempregados
Mas como tenho meu emprego
Também não me importei

Agora estão me levando
Mas já é tarde.
Como eu não me importei com ninguém
Ninguém se importa comigo.

2 A ORDEM

2.1 PODER POLÍTICO, ESTADO E GOVERNO

O Estado, pode-se dizer nesse momento, faz parte de uma realidade discursiva, modelada de forma que se possa compreender e explicar a fundamentação e o exercício do poder político, ou seja, o Estado não existe enquanto essência ou realidade passível de subordinação aos sentidos. Sua ontologia, no entanto, pode ser observada e sentida em face de sua clássica conceituação, especialmente quando se toma como dado característico a existência de um território estatal, ou, em casos anômalos, tão só pela existência de um povo politicamente organizado e submetido a uma autoridade supraindividual, ainda que ausente um limite preciso que corresponda ao território dessa organização política (vide o caso dos palestinos na Faixa de Gaza).

Considerando-se, outrossim, o Estado – como quer Bobbio – como um sistema de recolhimento de demandas públicas e fornecimento de respostas a essas demandas, o problema a respeito da forma de recolhimento das demandas e fornecimento das respostas ganha corpo, exigindo, por conseguinte, que o Estado seja dotado de um aparelho administrativo encarregado dessas funções, ou seja, encarregado, em sentido *lato*, de governar o Estado.

A governança estatal, por seu turno, encontra-se na dependência - e não poderia ser diferente - do modelo de exercício do poder político do Estado, variando, conseqüentemente, na razão indireta da legitimação pública do poder político. Vale dizer, quanto menor a ingerência da esfera pública no poder político, mais arbitrário tenderá a ser o governo do Estado, alternando-se os regimes “na proporção da população habilitada a participar, num plano mais ou menos igual, do controle e da contestação à conduta do governo.”⁴

Essa possibilidade de abuso do governo, assim como seus limites em relação à soberania estatal e seus fatores fundantes, são objeto de estudo mesmo antes da conformação e estratificação do modelo de Estado Moderno, como, por exemplo, testificam as obras de Rousseau e Montesquieu.

O primeiro, além de diferenciar as formas de governo, descreve, com precisão, sua diferença com relação ao organismo político detentor da soberania, estabelecendo, outrossim, uma base transcendente como

⁴ DAHL, 2012, p. 28.

fundamento da autoridade cuja relevância teórica e a íntima relação com o modelo jurídico positivista patrocinado pelo Estado Liberal fornecerá importante subsídio ao estudo das justificativas para judicialização da política, e o segundo, afora sua ainda presente teoria de divisão dos poderes estatais, rompe com a classificação tripartite das formas de governo (Monarquia, Aristocracia, Democracia), introduzindo a forma de governo republicana e nela inserindo o governo democrático e o aristocrático, separando, ainda, governo monárquico e despótico sem que isso represente a degeneração do primeiro no segundo, permitindo, a partir de sua teoria, analisar as ligações entre Democracia, judicialização, divisão dos poderes e os impactos da teoria da representação política derivada dessa última.

Sabidamente contratualista, Rousseau antepõe à organização política dos indivíduos uma fase na qual prevaleceria o assim chamado estado de natureza, supostamente abandonado quando os homens chegam a um estágio em que as condições em tal estado “sobrepõem, por sua resistência, as forças que cada indivíduo pode empregar para se manter nesse estado.”⁵

Em substituição ao estado de natureza que, nesse momento, ameaçaria sua existência individual, os homens pactuam um contrato associativo por intermédio do qual se “defenda e proteja de toda a força comum a pessoa e os bens de cada associado e pelo qual cada um se unindo a todos obedeça, todavia, apenas a si mesmo e permaneça tão livre como antes.”⁶

Como resultado desse contrato, aduz que se formaria, em substituição de cada particular contratante, mas alimentado pela vontade de cada um, um organismo coletivo, de natureza moral,

[...] designado outrora pelo nome de cidade, sendo designada atualmente pelo nome de república ou corpo político, o qual é chamado por seus membros de Estado quando é passivo, soberano quando ativo e potência quando comparado a seus semelhantes.⁷

⁵ ROUSSEAU, 2000, p. 35.

⁶ Ibid, p. 35.

⁷ Ibid, 36-37.

Os particulares que aderem ao pacto que conforma o organismo político passariam a estar submetidos, em decorrência dele, a uma dúplice relação, estabelecida em função dos particulares pelo pertencimento ao Soberano (forma ativa de participação) e em função do próprio Soberano, situação que posiciona o contratante como membro do Estado (forma passiva de participação).

Sendo o corpo político (Soberano ou Estado) uma pessoa moral, sua existência não é concreta, mas pressuposta, ensejando a necessidade de que as vontades nele reunidas se façam valer, ora como Soberano, ora como Estado, por intermédio de um corpo diretivo a quem se atribui a tradução dessas vontades (vontade geral).

Após a conhecida advertência feita aos leitores de sua teoria do governo⁸, passa a definir o governo como sendo “Um corpo intermediário estabelecido entre os súditos e o Soberano para sua mútua correspondência, encarregado da execução das leis e da manutenção da liberdade tanto civil quanto política.”⁹

Fiel à classificação aristotélica, Rousseau também divide as formas de governo de acordo com a quantidade de governantes e sua qualidade aferida em razão do bem comum por ele proposto ou alcançado (bom ou mau governo), admitindo, ainda, a combinação entre formas distintas de governo (governo misto).

Assim, se o Soberano confiar o governo a todo o povo, ter-se-a a Democracia; se o governo é confiado aos melhores entre o povo, ter-se-á a Aristocracia, podendo ser ela natural, eletiva e hereditária; e, por fim, quando um único indivíduo representa o organismo coletivo, ter-se-á a Monarquia.¹⁰

Ao mesmo tempo em que elege a Aristocracia Eletiva como sendo a melhor das formas de governo, expressa desconfiança em relação à Democracia, mesmo por que, segundo ele, tal forma pura de governo nunca existiu e jamais existirá.¹¹

A desconfiança de Rousseau quanto à Democracia é conhecida por sua polêmica - e incompreendida - afirmação: “Se houvesse um

⁸ “Advirto o leitor que este Capítulo deve ser lido pausadamente e que desconheço a arte de ser claro para quem não deseja estar atento.” (ROUSSEAU, 2000, p. 77).

⁹ ROUSSEAU, 2000, p. 78.

¹⁰ Ibid, pp. 83-98.

¹¹ Ibid, p. 88.

povo de deuses, estes se governariam democraticamente. Um governo tão perfeito não convém aos homens.”¹²

Utilizada amiúde como fundamento dos discursos antidemocráticos, sua frase, valha a verdade, não pretende desqualificar a Democracia em sua atual acepção (sistema de legitimação do poder político no qual todo o poder emana do povo) ou em suas formas modernas de manifestação (o poder emana do povo, que o exerce diretamente ou por meio de seus representantes), mas chamar a atenção, observado o contexto de sua teoria política, para impossibilidade fática de que o governo corresponda, integralmente, ao número dos contratantes que compõem o Soberano.

Em resumo, a suspeita democrática manifesta por Rousseau não diz respeito à base de legitimação do poder político (vontade geral), reconhecida por ele, no mais, como popular, mas ao exercício do governo do Estado, o qual implica na redução da vontade geral, de modo não contencioso, aos casos particulares, não sendo conveniente, em suas palavras, “que aquele que produz as leis as ponha em execução, nem que o corpo do povo desvie sua atenção dos pontos de vista gerais para fixá-las em objetivos particulares.”¹³

Montesquieu, por seu turno, parte da premissa de que existem três espécies de governo, classificados de acordo com princípios respectivos (virtude, honra e temor): o Republicano (o povo ou apenas uma parte dele é o detentor do poder), o Monárquico (governo de um só por meio de leis) e o Despótico (governo de um só, ao desamparo das leis e orientado pelas vontades e caprichos do governante).¹⁴

A divisão republicana da forma de governo (democrático e aristocrático) é apresentada por possibilidades distintas de acordo com o exercício do poder. Em vista disso, a Democracia pode ser, quando possível, diretamente exercida pelo povo (ao mesmo tempo governante e governado), ou, em situações nas quais não seja possível a ele tratar de certos assuntos afetos ao governo estatal, permite-se que encarregue ministros para, em seu nome, cuidar de determinados assuntos do governo,¹⁵ não significando essa possibilidade, no entanto, a aderência a uma teoria da representação nos termos atualmente conhecida, pois, mesmo que que Montesquieu conhecesse esse instituto, a ele se

¹² Ibid, p. 90.

¹³ Ibid, p. 87.

¹⁴ MONTESQUIEU, 2000, p. 19.

¹⁵ Ibid, p. 20.

referindo ao mencionar a Constituição inglesa, restringi-o, no caso, aos assuntos legislativos.¹⁶

A forma de governo republicana-aristocrática é descrita por Montesquieu como aquela em que o poder para administrar o Estado está nas mãos de determinado número de pessoas, que executam suas tarefas de acordo com as leis por elas elaboradas.¹⁷

A monarquia é identificada pelo governo concentrado nas mãos de uma pessoa, limitado, porém, pela força de leis fundamentais e submetido a uma funcionalidade decorrente de poderes intermediários pelos quais possa fluir o poder real (nobreza, poder eclesiástico).¹⁸

Por derradeiro, a forma de governo dita despótica qualifica-se pela presença do exercício governamental arbitrário (ao desamparo das leis, o que não quer dizer que o governo seja ilegítimo) por parte de uma única pessoa, a qual pode, todavia, delegar sua autoridade para governar. O despotismo, dessa feita, é uma espécie de governo no qual a vontade do governante determina a direção dos assuntos estatais.¹⁹

Fatores históricos (Revoluções Francesa e Americana), aliados à disseminação teórica do tema por meio de Tocqueville (*A Democracia na América*) e à adoção de práticas de representação do poder popular, superando-se, assim, a limitação espacial determinada, a partir de Montesquieu, para as Democracias (segundo ele, limitada a Estados pequenos e inapropriada para os grandes), possibilitou à Democracia assumir - e cada vez com mais vigor - a posição de “único modo de governo a ser, hoje, considerado legítimo”²⁰.

De fato, impossível negar o protagonismo moderno da Democracia; porém, antes que se reproduza um engano e para que se resguarde a precisão terminológica necessária a seu uso como dispositivo analítico dos discursos de seus partidários e opositores que irão permear os debates envolvendo os defensores e detratores da judicialização da política e da megapolítica, mister esclarecer seu atual significado, enredado, em razão da também prevalente matriz estatal republicana extraída do pensamento de Montesquieu (lembre-se que, em sua obra, a Democracia é, ao lado da Aristocracia, uma espécie de governo republicano), a um modo de participação política e legitimação

¹⁶ Ibid, pp. 170-171.

¹⁷ Ibid, pp. 23-24.

¹⁸ Ibid, pp. 26-28.

¹⁹ Ibid, pp. 28-29.

²⁰ RIBEIRO, 2008, p. 20.

do exercício do poder (sistema político) e não, a rigor, a uma forma de governo popular.

Renato Ribeiro destaca que

Estamos acostumados a utilizar república e democracia como termos quase que intercambiáveis. Os dois nomes parecem expressar o arremate a que chegou o Ocidente moderno, em termos de organização política desejável. Evidentemente, sabemos que há repúblicas que não são democráticas - mas para elas não vale o nome de república! - e democracias que são monarquias constitucionais (mas, diremos, são até mais republicanas que as repúblicas).²¹

A diferenciação moderna entre Democracia e República, acompanhando Ribeiro, operar-se-ia pelo regime que as orienta: desejo e abnegação, respectivamente.

Desse modo, resume ele,

poderíamos dizer que enquanto a democracia tem no seu cerne o anseio da massa por ter mais, o seu desejo de igualar-se aos que possuem mais bens do que ela, e portanto é um regime do desejo, a república tem no seu âmago uma disposição ao sacrifício, proclamando a supremacia do bem sobre qualquer desejo particular.²²

Em suma, a República corresponde à regulação do poder político quando aqueles que são governados também devem governar, enquanto a Democracia diz respeito a uma forma de participação popular não limitada ao exercício do poder político, mas à satisfação de anseios na ordem das necessidades econômicas, explicando-se, com isso, a atemporal suspeita no que toca à Democracia enquanto forma de governo, consistente no medo de que as massas populares, ao tomarem o poder político, não se deixem conter pela abnegação (virtude republicana) e expropriem os abastados de seus excedentes econômicos

²¹ Ibid, p. 20.

²² Ibid, p. 18.

(regime do desejo). Essa é a razão, aliás, pela qual Montesquieu dividiu o governo republicano em democrático e aristocrático, pois, embora na República o “povo (os muitos) deva ter um papel importante no governo, o fato de que ele inspira mais medo do que confiança exige que essa participação seja limitada.”²³

A diferenciação teórica dos regimes que informam, na atualidade, República e Democracia, não exclui, em absoluto, a partilha de notas comuns.

Dahl esclarece que “embora a tradição republicana divergisse do pensamento democrático grego e fosse antitética a ela em alguns aspectos, o republicanismo tinha, não obstante, muitos pressupostos comuns com aquela tradição”, aderindo às idéias segundo as quais

[...] o homem é, por natureza, um animal social e político; para concretizar suas potencialidades, os seres humanos precisam viver juntos numa associação política; um bom homem deve também ser um bom cidadão; uma boa república é uma associação constituída de bons cidadãos; um bom cidadão possui a qualidade da virtude cívica; a virtude é a predisposição de procurar o bem de todos nos assuntos públicos. Uma boa república, portanto, é aquela que não apenas reflete, mas também promove, a virtude de seus cidadãos. Mais especificamente, da mesma forma que os democratas gregos, os republicanos também eram da opinião de que a melhor república é aquela na qual os cidadãos são iguais em alguns aspectos importantes: em sua igualdade perante a lei, por exemplo, e na ausência de uma relação de dependência entre um cidadão e outro, como a que existe entre os amos e servos. A doutrina republicana insistia, além disso, que nenhum sistema político poderia ser legítimo, desejável ou bom se excluísse as pessoas da participação do governo.²⁴

Claro que essa comunicação de elementos entre Democracia e República não reduz uma a outra e também não faz emergir, de forma

²³ DAHL, 2012, p. 38.

²⁴ Ibid, p. 36.

automática, uma definição de Democracia enquanto sistema de participação popular indispensável, na via moderna, à legitimação - e não legalidade - de um governo republicano, mesmo por que o republicanismo conforma-se a partir da premissa antagônica à participação popular (estabelecimento da virtude cívica do governante como valor contraposto aos vícios e degenerações a que estaria inclinado o povo).

Entendendo-se a Democracia como forma de participação popular nos assuntos do Estado, o que a torna um sistema político e não uma forma de governo, é possível principiar sua conceituação, para além do regime que supostamente a orienta (seja ele qual for) e sem que isso signifique seu abandono como ferramenta de discussão, a partir de sua característica-chave, entendida por Dahl como “a contínua responsividade do governo às preferências populares de seus cidadãos, considerados como politicamente iguais”.²⁵

Fixado esse ponto, a consolidação da responsividade governamental às preferências de seus cidadãos reclama que estes tenham, como “condições necessárias à democracia”, a oportunidade plena:

1. De formular suas preferências.
2. De expressar suas preferências a seus concidadãos a ao governo através da ação individual e coletiva.
3. De ter suas preferências igualmente consideradas na conduta do governo, ou seja, consideradas sem discriminação decorrente do conteúdo ou da fonte de preferência.²⁶

A seguir, o mesmo autor associa esses pressupostos democráticos a oito garantias institucionais que devem ser fornecidas pelo Estado, consubstanciadas na liberdade de formar e aderir a organizações, liberdade de expressão, direito de voto, elegibilidade para cargos públicos, direito de líderes políticos disputarem apoio e votos, disposição de fontes alternativas de informação, eleições livres e idôneas, instituições para fazer com que as políticas governamentais dependam de eleições de outras manifestações de preferência,²⁷ tudo

²⁵ Id, 2012, p. 25.

²⁶ Ibid, p. 26.

²⁷ DAHL, 2012, p. 27.

isso permitindo considerar que a Democracia, em um nível ideal, seja formada por duas dimensões: “contestação pública e direito de participação”.²⁸

Pode-se concluir, a partir dessas ponderações, que República e Democracia, mesmo não partilhando um núcleo semântico, possuem histórico comum e fomentam a igualdade político-jurídica (controle horizontal do poder) e a participação popular (controle vertical do poder) como forma de legitimação do exercício do poder político nos Estados Modernos (o ideal democrático é o objeto de consumo da maioria dos atuais governos), distinguindo-se, contudo, pelos regimes distintos que informam sua constituição, os quais, como se verá logo a seguir, terminam reconciliados pela teoria da tripartição dos poderes estatais e pela aderência da República a governos democráticos representativos, conformando, sob o aspecto prático, Repúblicas Democráticas, e, sob viés jurídico, Estados Democráticos de Direito, cuja influência termina por ser decisiva na implantação do modelo de governança estatal e nas formas de exercício, mediação e controle do poder governamental.

2.2 DIVISÃO DOS PODERES ESTATAIS E RELAÇÃO COM O SISTEMA POLÍTICO

A forma de governo republicana esboçada por Montesquieu recoloca em questão o dilema que atravessa, historicamente, a participação popular na governança dos assuntos públicos, ao mesmo tempo que, de outro lado, mas não em oposição, preocupa-se com o abuso do poder político por parte dos titulares do poder estatal.

A tematização desses assuntos orienta e encaminha, em sua doutrina, a estruturação de arcabouço utilizado, ainda hoje, como sistema de freios e contrapesos na divisão horizontal do poder entre os organismos estatais que o centralizam, genericamente denominados Executivo, Legislativo e Judiciário.

Sem explorar, por enquanto, as atividades típicas de cada um desses compartimentos de depósito do poder estatal, deixando-se, igualmente, de enunciar, por ora, sua vinculação política, direta ou acessória, cumpre elucidar, tanto quanto possível, os motivos que justificam a permanência desse modelo como forma de mediação entre os governos republicanos e seus sistemas políticos democráticos, ou,

²⁸ Ibid, p. 29.

dito de outro modo, como ferramenta de controle do poder político nas Repúblicas Democráticas.

O republicanismo democrático opõe-se ao republicanismo aristocrático pelo temor recíproco. Na medida em que este teme a degeneração do povo e, conseqüentemente, atribui qualidades negativas a um possível governo democrático, limitando, por conseguinte, a participação popular à escolha de “líderes competentes para desempenhar a difícil função de governar toda a república”, o republicanismo aristocrático empenha-se em “criar uma estrutura que restrinja suficientemente os impulsos desses muitos”²⁹.

Seu antagonista teme os “elementos aristocráticos e oligárquicos”, estando sua confiança de um bom governo depositada “nas qualidades do povo” e

Além disso, o bem público não consiste em equilibrar os interesses do povo e os interesses dos poucos: o bem público é nada mais, nada menos que o bem-estar do povo. A tarefa constitucional, portanto, é criar um sistema que possa, de alguma forma, superar a tendência inevitável à preponderância de uns poucos déspotas, ou de apenas um, e de seus agregados.³⁰

Ambos partilham, no entanto, da idéia de que a concentração do poder é perigosa, devendo ser evitada; porém, a solução para o problema é divergente entre republicanos democráticos e aristocráticos.

Os republicanos aristocráticos ou conservadores continuam a enfatizar a solução de um governo misto que equilibre os interesses de um, de poucos e de muitos, e que, portanto, continue a refletir esses interesses na monarquia, na câmara alta aristocrática e na câmara baixa para os comuns. Para os republicanos democráticos, todavia, a ideia de representar interesses diferentes em instituições diferentes é cada vez mais dúbia e inaceitável.³¹

²⁹ Ibid, p. 38.

³⁰ Ibid, p. 38.

³¹ Ibid, p. 39.

A solução desse dilema operou-se pela via da assunção da idéia de Montesquieu “de uma separação constitucional e institucional dos poderes nos três ramos principais: o legislativo, o executivo e o judiciário”, devendo-se ter em conta, entretanto, que essa solução é introduzida na companhia de um modelo de participação democrática representativa. Em outros termos, a solução implica, por parte dos republicanos aristocráticos, no abandono da tese do governo misto, e, por parte dos republicanos democráticos, no abandono da idéia de governo democrático direto, substituído pela representação democrática tal como é hoje conhecida.

Cada uma dessas cessões em nome do consenso republicano, além de outras consequências que serão abordadas oportunamente, influenciou o exercício do poder político de forma ampla e profunda, ocasionando o surgimento de organismos governamentais cujas funções, em face do correlato fenômeno do constitucionalismo, nem sempre são passíveis de clara identificação e contribuiu, em face do princípio democrático representativo correspondente, para o surgimento de um sectarismo (partidarismo) que assume o *locus* de normalidade outrora ocupado pela paz pública e pelo consenso na busca do bem comum, que passa, diga-se, a ser de impossível identificação por conta dos múltiplos interesses que orientam e aglutinam a participação popular nas Repúblicas Democráticas³².

A primeira consequência mencionada parece reformatar a clássica tripartição dos poderes estatais desenhada por Montesquieu. Em seu escólio, se a liberdade política for o fim do Estado, seus poderes devem ser limitados de forma a garantir a conservação da liberdade contra os abusos do poder político, pois, a seu ver,

A liberdade política, em um cidadão, é esta tranquilidade de espírito que provem da opinião que cada um tem sobre a sua segurança; e para que se tenha essa liberdade é preciso que o governo seja tal que um cidadão não possa temer outro cidadão.

Quando, na mesma pessoa ou no mesmo corpo de magistratura, o poder legislativo está reunido ao poder executivo, não existe liberdade; porque se pode temer que o mesmo monarca ou o mesmo

³² Ibid, pp. 44-45.

senado crie leis tirânicas para executá-las tiranicamente.

Tampouco existe liberdade se o poder de julgar não for separado do poder legislativo e do executivo. Se estivesse unido ao poder legislativo, o poder sobre a vida e a liberdade dos cidadãos seria arbitrário, pois o juiz seria legislador. Se estivesse unido ao poder executivo, o juiz poderia ter a força de um opressor.

Tudo estaria perdido se o mesmo homem, ou o mesmo corpo dos principais, ou dos nobres, ou do povo exercesse os três poderes: o de fazer leis, o de executar as resoluções públicas e o de julgar os crimes ou as querelas entre os particulares.³³

Para favorecer essa limitação, Montesquieu sugere, originariamente e com base na Constituição Inglesa, que o poder estatal seja partilhado não apenas funcionalmente, mas como estratégia de controle recíproco destinado a evitar o abuso desse poder e sua transformação em opressão pública.

Antes de detalhar os novos arranjos e vinculações desse controle e suas manifestações correntes no republicanismo democrático, consoante acima aludido, importante traduzir, na linguagem hoje utilizada e tentando não incorrer em anacronismo, qual seria a função de cada um desses poderes na tripartição clássica sugerida por Montesquieu.

O Poder Executivo seria o encarregado da aplicação não contenciosa das leis, cabendo-lhe, por conta do princípio da estrita legalidade decorrente da opção republicana, dirigir administrativamente os assuntos públicos naquilo que não interfira na esfera de liberdade reservada pela lei ao cidadão e cuidar dos assuntos administrativos-governamentais nos termos de uma estrita e prévia autorização legal, isto é, com reduzida margem de discricionariedade.

O princípio da legalidade desdobra-se, na raiz republicana, em duas faces. Uma delas, direcionada ao cidadão, pretende tutelar sua liberdade política e, por conta disso, garante, em termos legais, que ações e abstenções somente podem ser dele exigidas se houver uma lei nesse sentido. A outra tem o organismo estatal como alvo, especificamente em suas práticas executivas (governo/administração),

³³ MONTESQUIEU, 2000, p. 168.

vinculando a conduta dos agentes do Estado à disposição de leis específicas para cada assunto, programa ou ação governamental, ou seja, os agentes públicos somente estão autorizados a fazer aquilo que a lei lhes autoriza (governo das leis e não dos homens) e, sendo assim, se não houver lei disciplinando certa matéria, estão proibidos de agir, ainda que outros fatores (solidariedade, bem-estar, razão de Estado, etc.), no caso concreto, recomendem a ação.

Ao Poder Legislativo estaria reservada a função de deliberar acerca dos assuntos públicos e, em razão dos limites impostos à governança republicana pelo princípio da legalidade, produzir as leis indispensáveis à regulação das condutas dos cidadãos, bem como aquelas imprescindíveis à ação executiva do aparelho estatal, estando excluída de sua alçada a possibilidade de produzir leis tendentes a limitar, por intermédio de pressupostos ou condições incomuns de elegibilidade, a ativa participação do povo no governo (tendência comum ao republicanismo aristocrático), uma vez que tais leis romperiam a justificativa sobre a qual repousa a tripartição dos poderes (conservação da liberdade política dos cidadãos), introduzindo na cena uma limitação radicalizante da matriz republicana aristocrática, fazendo surgir um discurso que atribui ao povo uma dupla deficiência, a saber: não sabe governar e é incapaz de escolher bons governantes, devendo, em consequência, ser protegido de seus escolhas ruins.

Não se olvide que o consenso demandado para consolidação do republicanismo democrático implicou a) na introdução da Democracia na República, acompanhada dos consectários típicos (contestação pública e direito de participação), e b) no abandono do conservadorismo republicano que entendia que uma República deveria ser formada por bons homens, que bons homens seriam bons cidadãos, que uma boa República seria formada por bons cidadãos e, ainda, que a função do povo deve ficar circunscrita a escolher bons governantes.

Isso não quer dizer que a virtude não tome parte da República. Todavia, a virtude republicana (renúncia aos interesses particulares em benefício do interesse público) não se confunde com a possibilidade do Estado, assumindo a posição de censor, estabelecer para seus cidadãos uma noção geral de bem ou vida boa, possibilidade, ademais, completamente obstada pela nebulosidade do interesse público nas Repúblicas Democráticas, culminando por insinuar - adiantando-se um pouco o tema - uma mudança no paradigma legislativo, fazendo-o migrar da disciplina/regulação para o controle dos cidadãos (da exceção legislativa para a inflação legislativa), ou, no caso das decisões judiciais, que seu critério específico de validade seja a virtude do julgador que lhe

proporcionaria acessos privilegiados acerca do conteúdo do interesse público.

O Poder Judiciário, por sua vez, estaria incumbido da tarefa de declarar o direito nos casos concretos (jurisdição = dizer o direito) de litígio ou resistência às leis emanadas do Poder Legislativo, substituindo, na condição de terceiro desinteressado, a vontade das partes por uma declaração formal cristalizada pela força do instituto da coisa julgada (imutabilidade da decisão). Essa função deveria ser realizada, além de maneira axiologicamente neutra, com lastro em procedimento legal previamente estabelecido (devido processo legal).

Essa neutralidade do Poder Judiciário, já enunciada, no mais, por Montesquieu,

[...] decorre do princípio da legalidade, isto é, da proibição dos tribunais decidirem *contra legem* e do princípio, conexo com o primeiro, da subsunção racional-formal nos termos da qual a aplicação do direito é uma subsunção lógica de fatos a normas e, como tal, desprovida de referências sociais, éticas e políticas. Assim, os tribunais se movem num quadro jurídico-político pré-constituído, apenas lhes competindo garantir concretamente a sua vigência.³⁴

Todavia, essa impossibilidade de decidir contra o texto da lei jamais impediu os juízes, em situações de silêncio ou lacuna do texto legislativo, de decidir a questão a eles apresentada com recurso, por exemplo, à analogia ou à equidade (justiça).

A permissão ao julgamento sem referência direta ao conteúdo legislativo, registre-se, somente era permitida em casos nos quais houvesse lacuna na lei sobre matéria afeta ao exercício das liberdades políticas, não podendo ser utilizada para limitar qualquer direito do cidadão não limitado pela lei ou para obrigar o Estado a uma ação ou inação não imposta legalmente.

Outra característica constitutiva da jurisdição, a par da neutralidade axiológica dos julgadores - que jamais significou que o juiz não pudesse ter opiniões, preferências ou valores, mas tão somente que, ao julgar um caso concreto, não pudesse fazer escolhas pautadas em critérios extralegais que pudessem traduzir uma opção política -, é a

³⁴ SANTOS; MARQUES; PEDROSO, 1995, p. 06.

inércia do aparelho judiciário estatal, identificada com a proibição de que um dado conflito qualquer ou a desobediência de uma lei por parte de um cidadão seja analisada ou objeto de uma decisão judicial sem que, para tanto, haja provocação de algum interessado, excluído, obviamente, o próprio juiz, impedido de ter interesse pessoal na solução da controvérsia.

Essa divisão formal de funções entre diferentes organismos estatais, porém, não carrega consigo o potencial de atingir o fim colimado de modo automático (obstar a concentração e limitar o exercício do poder político), constituindo, de fato, um novo problema prático-teórico relacionado à possibilidade de ingerência de um poder na esfera do outro, comprometendo, por conseguinte, sua atuação típica. Em vista disso, a par da divisão funcional, os poderes estatais devem estabelecer entre si uma relação de controles recíprocos (sistema de freios e contrapesos).

Conforme esclarecido por Hamilton e Madison, a repartição funcional das atribuições entre os diferentes poderes deve ser assegurada por intermédio da assunção de tarefas e relações entabuladas de forma a “conservar cada um em seu devido lugar.”

A conservação do núcleo essencial de cada poder reclama, por conseguinte, a concessão aos administradores de cada um deles dos

[...] necessários meios constitucionais e motivações pessoais para que resistam às intromissões dos outros. As medidas para a defesa devem, neste como em todos os demais, ser compatíveis com as ameaças de ataque.

[...]

Não é possível, porém, atribuir a cada um dos ramos do poder uma capacidade igual de autodefesa. No governo republicano predomina necessariamente a autoridade legislativa. A solução para este inconveniente está em repartir essa autoridade entre diferentes ramos e torná-los, utilizando maneiras diferenciadas de eleição e distintos princípios de ação, tão pouco interligados quanto for permitido por suas funções comuns e dependência da mesma comunidade.

Exemplos clássicos desse armamento de um poder para resistir às investidas do outro, conservando, assim, os limites republicano-democráticos à concentração do poder, podem ser encontrados na

possibilidade que tem o titular do Poder Executivo em vetar, por razões estritamente políticas, leis aprovadas pelo Poder Legislativo; no afastamento temporário do titular do Poder Executivo por ato do Poder Legislativo (*impeachment*); na revisão pelo Poder Judiciário, por vício de inconstitucionalidade, de atos dos demais Poderes (teoria do *judicial review*), expediente limitado, contudo, à análise da legalidade e não ao conteúdo discricionário desses atos, conforme sintetizou, em 1803, o juiz Marshall, da Suprema Corte dos Estados Unidos da América, por ocasião do julgamento do caso *Malbury versus Madison*:

[...] a competência, ou área de atuação, do Tribunal (*the province of the court*) consiste, unicamente, em decidir a respeito de direitos dos indivíduos, e não de examinar de que maneira o Executivo, ou os agentes do Executivo, desempenham funções discricionárias (*perform duties in which they have a discretion*). Questões de natureza política, ou que são, pela Constituição e as leis, atribuídas ao Executivo, não podem nunca ser trazidas ao julgamento deste Tribunal (*Questions in their nature political, or which are, by the constitution and laws, submitted to the executive, can never be made in tis court*).³⁵

Ocorre que a complexificação dos problemas e relações sociais, o incremento na participação política no Estado contemporâneo via inserção de outros atores, estatais (Ministério Público), ocorrida por força de lei ou por reformatarão da auto-imagem, e não estatais (imprensa, associações, sindicatos, partidos políticos), além da aderência, por parte das repúblicas democráticas, ao constitucionalismo enquanto modelo de gestão jurídico-político, tem acelerado a superação da tradicional teoria da repartição dos poderes, tanto pela especialização/redistribuição funcional (profissionalização e exercício de funções atípicas) e novas formas de controles recíprocos, como pela fragmentação do poder político, agora distribuído entre distintos entes federados (estado e municípios) dotados de autonomia político-administrativa para tratar, com exclusividade, de assuntos de interesse

³⁵ COMPARATO. **A questão política nas medidas provisórias: um estudo de caso.** Disponível em www.egov.ufsc.br/sites/default/files/anexos/14558-14559-1-PB.htm. Acesso em 10 de abril de 2014.

local, tudo isso aliado a uma especial auto-imagem do Poder Judiciário derivada do espectro jurídico-político-constitucional e projetada de modo a reservar-lhe uma função política protagonista em relação aos demais poderes.

As circunstâncias citadas, que não excluem, por óbvio, outras tantas, parecem apontar uma nova forma de organização e divisão dos poderes estatais, inclusive com revisão do antigo objetivo.

Nesse cenário, merece especial destaque o entrecruzamento entre o republicanismo democrático e o constitucionalismo, entendido como a suposta transformação do consenso que origina o contrato social rousseuiano em regra jurídica extraordinária, pois é a partir desse contato que é moldada a matriz da nova organização dos poderes estatais, inseridos, agora, num modelo constitutivo denominado Estado Democrático de Direito.

A propósito, Arantes e Couto explicam que

[...] o constitucionalismo moderno desenvolveu-se a partir do princípio liberal da limitação do poder político vis-à-vis a liberdade civil e individual. De modo geral, os textos constitucionais modernos preocupam-se com o estabelecimento dos princípios fundamentais do Estado, ao mesmo tempo em que procuram definir os limites da ação estatal de maneira mais rigorosa possível. Poder e liberdade são considerados antitéticos na tradição liberal, e essa oposição marcou decisivamente o surgimento das primeiras constituições escritas do final do século XVIII. Contemporaneamente, o conjunto de dispositivos constitucionais relacionados à regulação desse antagonismo vem sendo difundido por meio das noções de Estado de Direito e *Rule of Law*. Posteriormente, com a ampliação do sufrágio, as Cartas também passaram a ter de lidar com a incorporação de contingentes cada vez maiores da população ao processo político. Dessa forma, às duas noções anteriores acrescentou-se a de Estado democrático.³⁶

³⁶ ARANTES; COUTO, 2006, p. 49.

A teoria da divisão dos poderes é originária, portanto, de um pensamento direcionado a limitar a ação estatal, garantindo, dessa feita, a liberdade individual. Em outras palavras, a tripartição dos poderes é resultado da conformação do Estado Liberal, idealizado sobre o postulado da não intervenção estatal na esfera individual.

Sob a influencia do liberalismo estatal clássico,

[...] os direitos fundamentais eram destinados a proteger a esfera de liberdade do individuo contra intervenções dos poderes públicos, chamados direitos de defesa do cidadão contra o Estado, que exigiam sua abstenção, eis que seriam direitos a ações negativas.³⁷

Com a solidificação do constitucionalismo enquanto modelo de orientação da política do Estado, amplamente considerada, a reclamada omissão estatal é substituída por um dever de ação, cujo substrato são objetivos (prestações positivas) que o Estado se propõe a alcançar em prol de seus nacionais.

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 ilustra bem a questão ao dispor, em seu artigo 1º, que a “República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito”, e, de acordo com seu artigo 3º, tem como objetivos

- I - construir uma sociedade livre, justa e solidária;
- II - garantir o desenvolvimento nacional;
- III - erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais;
- IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

A Constituição, portanto, tende a expressar um programa, uma promessa, implicando na necessidade de ação estatal efetiva direcionada a sua concretização.

Parece óbvio que o abandono da abstenção que orientava o agir estatal nos Estados Liberais, alocando seus poderes de forma equilibrada de modo que a ação de um provocasse a inação do outro, não atende as

³⁷ MORGADO, 2011, p. 84.

necessidades dos Estados de Direito Constitucionais, cuja principal tarefa, sem que isso represente a ausência de tutela aos direitos individuais fundamentais e a defesa das regras do jogo democrático (*polity*), é, ao contrário, agir em benefício da melhora das condições sociais.

Ora, se a Constituição traduz uma realidade normativa na qual o suposto consenso que antecede a formação do Estado é transformado em regra jurídica programática, as funcionalidades dos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário devem ser, no mínimo, resignificadas, posto que não mais se trata de estabelecer um sistema de controle recíproco visando à não intervenção na esfera das liberdades individuais (direitos individuais fundamentais), mas de mensurar a efetividade na realização das promessas ditadas pelo texto constitucional.

Explica Barroso que

O Estado constitucional de direito se consolida, na Europa continental, a partir do final da II Guerra Mundial. Até então, vigorava um modelo identificado, por vezes, como Estado legislativo de direito.

Nele a Constituição era compreendida, essencialmente, como um documento político, cujas normas não eram aplicáveis diretamente, ficando na dependência de desenvolvimento pelo legislador ou pelo administrador. Tampouco existia o controle de constitucionalidade das leis pelo Judiciário - ou, onde existia, era tímido e pouco relevante. Nesse ambiente, vigorava a centralidade da lei e a supremacia do parlamento. No Estado constitucional de direito, a Constituição passa a valer como norma jurídica. A partir daí, ela não apenas disciplina o modo de produção das leis e atos normativos, como estabelece determinados limites para seu conteúdo, além de impor deveres de atuação ao Estado. Nesse novo modelo, vigora a centralidade da Constituição e a supremacia judicial, como tal entendida a primazia de um tribunal constitucional ou suprema corte na interpretação final e vinculante das normas constitucionais.³⁸

³⁸ BARROSO, 2012, pp. 04-05.

Essa juridicização do texto político possui o condão de modificar, substancialmente, a própria aplicação das regras jurídicas nos casos concretos e, conseqüentemente, alterar a funcionalidade do Poder Judiciário no sistema de tripartição de poderes, além de, por óbvio, esvaziar o poder do Parlamento e movimentar a engrenagem do Executivo sob o pálio de interesses eficientistas atrelados, diretamente, às futuras disputas eleitorais e, sem dúvida, estabelecendo um novo arranjo de forças no seio da potestade estatal.

Lancemos o olhar, então, sob esse novo panorama.

2.3 ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO E A NOVA DIVISÃO DE PODERES NAS REPÚBLICAS DEMOCRÁTICAS CONSTITUCIONAIS

A despeito de qualquer disputa teórica acerca da definição de Estado, a presença conjunta de um estatuto jurídico ligado à ordem estatal é sempre incontestável.

Seja essa ordem jurídica fundida à política (Hobbes), seja ela emergente a partir do Estado (Weber), ou, ainda, instituidora do Estado (Hans Kelsen), o fato incontroverso é a existência de uma relação indissociável entre o Estado e o Direito, a qual pode se sujeitar a variações formais ou substanciais de acordo com o modo de exercício e legitimação do poder político.

Dito de outro modo, a justificação de validade da regra jurídica pode residir em fatores diversos ao sabor dos sujeitos do poder político e da espécie de legitimação que determina a sujeição dos governados.

Em vista disso, pode-se, ainda hoje, encontrar, por exemplo, Estados nos quais o poder político deriva sua força dos próprios governados (nota característica da Democracia), mas vinculados à aplicação de um estatuto de regras jurídicas cuja obediência provem da tradição imemorial (costume).³⁹ Isso não quer dizer, em absoluto, que tais Estados não disponham de legislação escrita, mas que a

³⁹ O exemplo clássico a esse respeito pode ser obtido a partir dos Estados Unidos da América, país autodenominado democrático e submetido a um ordenamento jurídico decorrente da tradição, dogmaticamente denominado *common law*. O mesmo fenômeno, com algumas variações, pode ser observado na Inglaterra e na Nova Zelândia.

concretização dos postulados normativos via declaração judicial tende a dar prevalência ao precedente em detrimento da regra escrita.

Feitas essas considerações, resta saber o que é o Direito e qual sua relação com a potestade estatal, especialmente, como já se disse, para o fim de dissecar o contemporâneo Estado de Direito constituído a partir da República Democrática.

Sob o enfoque estritamente jurídico e excluída a dinâmica afeta aos países filiados à tradição da *common law*, ou seja, partindo-se de uma análise que leva em consideração tão somente os Estados atrelados a uma ordem jurídica romano-germânica (aplicação judicial de regras escritas), o Direito é conformado a partir de um conjunto de regras gerais e abstratas (leis), produzidas pelo Estado e só por ele, com o objetivo de regular/disciplinar, de modo imperativo, a conduta dos governantes e dos governados.

Oportuno destacar que a existência (*rectius*: vigência) de uma regra jurídica e sua validade (aprovação de acordo com estatuto jurídico do Estado legiferante) não implica, necessariamente, em sua aceitação (eficácia) pelos governantes e/ou governados, motivo pelo qual, como se viu acima ao tratar da função clássica afeta ao Poder Judiciário, a abstração e generalidade da lei reclamam, para que seu poder se faça sentir nos casos concretos de resistência ou desobediência ao comando normativo implícito na regra⁴⁰, a estruturação de um aparato estatal incumbido da tarefa de aplicar o direito aos casos concretos de contenda.

Nos momentos antecedentes à consolidação do Estado, e até mesmo durante um período posterior a sua emergência, as proposições jurídicas extraíam seu estatuto de validade de fundamentos ligados ao metafísico, isto é, o fator fundante de uma ordem jurídica qualquer, independente da forma de sua organização política, é encontrado fora

⁴⁰ As leis são expressas por intermédio de descrições de conduta e não por meio de proibições. Assim, ao disciplinar a conduta consistente no recebimento de vantagem indevida por parte do agente político, o Estado produzirá uma lei com a descrição de uma conduta, positiva ou negativa, acompanhada por uma sanção prevista pela ordem jurídica (ilustrativamente, perda do mandato eletivo). Essa técnica legislativa pressupõe que, implícita na regra legal descritiva, tal como na sanção, resida um comando proibitivo, amparado no Poder Político, denominado norma. Desse modo, implícito no preceito que descreve a conduta de recebimento de vantagem indevida (regra), há a norma vocalizando uma proibição que pode, no caso, ser expressa pelo comando: “É proibido aos agentes políticos receber, no exercício do cargo, qualquer espécie de vantagem indevida.”

do mundo dos homens (Direito Divino) ou, se nele inserto, obtido a partir de deduções lógicas operadas por meio da análise da natureza das coisas ou da razão humana (Direito Natural). De qualquer sorte, o Direito estaria pressuposto aos homens, bastando a eles, antes ou durante sua organização política, descobri-lo e declara-lo, permitindo-lhe, a seguir, a regência vinculante, via exercício do correlato poder político, de seus assuntos, sem qualquer ressalva.

Outrossim, tais estatutos jurídicos carregavam consigo a isenção do governante à força dos preceitos jurídicos.

Inegável que essa maneira de validação do Direito, dada sua rigidez e imutabilidade, contrapõe-se ao modelo jurídico comum ao Estado Soberano desenhado por Rousseau, o qual se vincula a um ordenamento jurídico qualificado justamente pela possibilidade de produção e, quando necessário, alteração do estatuto jurídico.

A transição do modelo de Direito Divino ou Natural para um Direito produzido a partir de um procedimento racional alicerçado na vontade humana tem início teórico na exposição *hobbesiana*, que, mesmo reconhecendo “a importância da Common Law que, na Inglaterra, converte o direito, até e inclusive o próprio direito político, no produto do costume e da jurisprudência”⁴¹, pensa o poder em sua forma de manifestação racional presente na arquitetura da legislação positiva⁴², ou seja, Thomas Hobbes funde o direito na política, ou, expresso de outro modo, para Hobbes, direito e política são expressões equivalentes.

Hobbes traça as linhas do Estado Moderno e, por conseguinte, do Direito a ele relacionado, a partir de quatro princípios básicos: o humanismo jurídico (o poder político é construído pelo homem, inexistindo, sob seu ponto de vista, qualquer predisposição antecedente à vida social ou política), o igualitarismo (todos os homens são naturalmente iguais, podendo fazer tudo o que interessa para salvar a sua vida) e o individualismo (independência das vontades) da existência pública e o racionalismo estrito (a formação do poder político é resultado de um utilitarismo ditado por um cálculo racional de interesses).⁴³

Entre essas quatro diretrizes, a vontade humana e sua independência são os fatores relevantes para justificar o surgimento do

⁴¹ GOYARD-FABRE, 2002, p. 72.

⁴² *Ibid*, p. 73.

⁴³ *Ibid*, pp. 75-88.

atual modelo jurídico (constitucionalismo) que acompanha o Estado Democrático, estando, assinala-se, no centro da discussão de antiga controvérsia sobre a validade do Direito enquanto estatuto vinculante das condutas humanas.

A propósito, Todorov sublinha que a discussão acerca da autonomia de vontade individual remonta à discussão havida no século V entre Pelágio e Santo Agostinho, então Bispo de Hipona. Para aquele, o comportamento humano pode ser integralmente submetido à vontade e, portanto, acessível à consciencia em sua inteireza. Já para Agostinho, a conduta humana não é efeito exclusivo da vontade, bem como nossos desejos não são todos voluntários. A iniciativa pessoal, nesse contexto, é inútil e nociva.

A controvérsia pode ser assim sintetizada:

O homem é impotente e condenado a permanecer assim: a visão de Agostinho sobre isso é muito menos otimista do que a de Pelágio. Mas, no que se refere às exigências que nos são dirigidas, Agostinho é sensivelmente mais tolerante do que seu rival. É verdade que, como sacerdote e bispo, ele foi levado a frequentar pessoas do povo, enquanto Pelágio só se rodeou de discípulos escolhidos, já envolvidos em uma busca pessoal. Agostinho sabe que todos partem com uma forte desvantagem, estorvados como são pelo pecado original, mas também, com frequência, por circunstâncias desfavoráveis, um ambiente hostil, a própria ignorância. Sendo limitadas as forças deles, e seu saber, sendo incompleto, não convem ser excessivamente severo com suas debilidades. A Igreja cristã acolhe todo mundo, não está reservada apenas às personalidades de elite. Nem todos são capazes de dirigir a si mesmo, ao passo que todos são capazes de obedecer. Para Pelágio, o homem ideal é o adulto, aquele que chegou à plena autonomia. Para Agostinho, os homens são crianças que não sabem que o são ou se dissimulam, porque têm vergonha de suas dependências e fraquezas [...].⁴⁴

⁴⁴ TODOROV, 2012, p. 31.

O debate termina com o banimento das idéias pelagianas; porém, seu conteúdo é resgatado por Thomas Hobbes, para quem indivíduo e sua força constituem o centro gravitacional do Estado e de seu Poder.

Portanto, com Hobbes, a vontade individual independente e racionalmente orientada retoma a posição de protagonista no palco político, especialmente no que toca à validação do Direito, mantendo-se, no essencial, como autoridade certificadora da validade do Direito nos Estados Contemporâneos, sendo possível identificar, no entanto, algumas regressões teóricas em razão do modelo constitucional amplamente adotado, o qual, a depender da espécie de Constituição, poderá significar a validação do sistema jurídico *a priori* a partir de elementos estranhos à vontade individual.

Assentado que o Direito extrai sua validade da manifestação de vontade racional humana e admitindo-se que a partir da fusão hobbesiana entre direito e política “se encuentran las grandes codificaciones de los siglos XVIII y XIX y, finalmente, la idea de que la función del Estado consistía en la garantía de una libertad conforme a derecho”⁴⁵, cumpre esclarecer, sem retornar à discussão sobre “quem veio antes?”, qual sua vinculação com o Poder Político de sorte que o entrecruzamento de ambos tenha permitido o surgimento de um modelo jurídico-estatal denominado Estado de Direito.

A evolução do conceito de Estado e, mais especificamente, sua racionalização procedimental, tanto de seu Direito, como de seu governo, traduzem uma função ligada à ordem (segurança jurídica), a qual, logicamente, repele a idéia de política na forma de arranjo ardiloso ou de governo legitimado, exclusivamente, no carisma do líder ou na tradição sucessória de sua linhagem. Além disso, o fundamento de autoridade sofre uma inversão de sentido na medida em que a vontade individual como forja da lei legitima o poder político a partir da soberania do povo e, conseqüentemente, apoiado

[...] no pluralismo de opinião, expressada por uma imprensa cada vez mais abundante; e, sobretudo, os programas de governo respondem não apenas aos requisitos de segurança e de liberdade do indivíduo, mas também às exigências dos “direitos do homem e do cidadão”.⁴⁶

⁴⁵ LUHMANN, 2005, p.294.

⁴⁶ GOYARD-FABRE, 2002, p. 200.

Assim, a forma estatal permite, em nome da previsibilidade e da ordem a que se propõe realizar, uma crescente legitimação do poder por intermédio da observação de procedimentos legais previamente estabelecidos e orientados a tutelar e garantir os direitos reservados aos governados, simbolizando, de outro vértice e por mais paradoxal que possa parecer, “o divórcio entre o Direito e a Política, brindando a humanidade com um governo de leis e não de homens”.⁴⁷

Em resumo,

O direito político moderno tem a função de dirigir o Poder do Estado, exprimindo pelas leis a vontade geral que traduz a soberania do povo; simultaneamente, compete-lhe promover e garantir as liberdades dos cidadãos. Através dessa dupla tarefa, o direito político do Estado moderno realiza a síntese da ordem e da liberdade.⁴⁸

Essa expressão de regras e procedimentos legais orientando, de maneira vinculante, a conduta dos governados e submetendo a ação dos governantes, aliada a uma tutela protetiva do patrimônio jurídico (liberdades) dos governados sintetiza o que venha a ser um Estado de Direito.

Embora a figura do Estado de Direito evoque uma noção de progresso, vale destacar, de antemão, que inexistente relação absoluta entre seus postulados e as modernas “Democracias”, motivo pela qual é perfeitamente possível a coexistência, ao menos no nível discursivo, de um regime autoritário que se autodenomine Estado de Direito, justamente por que o constitucionalismo possibilita a vinculação de um sistema jurídico infraconstitucional produzido de acordo com as regras do jogo democrático a uma Carta Política autoritária e outorgada pelo titular do governo. Sem que seja necessário cruzar mares, basta lembrar das Constituições Brasileiras da Era Vargas e do Regime Militar que principiou em 1964.

De outro lado, a noção de Estado de Direito - é bom não esquecer - é semanticamente elaborada por tendências do aparelho judicial que se forma no seio do Moderno Estado cujas preferências, pode-se assim

⁴⁷ MATTEI; NADER, 2013, p. 18.

⁴⁸ GOYARD-FABRE, 2002, p. 205.

dizer, alinhavam-se na contramão dos processos de modernização política.

Mattei e Nader chamam a atenção para esse fato ao afirmarem que

Foi Sir Edward Coke, talvez o mais influente juiz do *common law* que já existiu, que empregou o conceito de Estado de Direito (com origens na natureza “constitucional” da monarquia inglesa, conforme estabelecido pela Magna Carta) para impedir a participação do rei nas deliberações dos tribunais do *common law*. Segundo essa antiga concepção, há um domínio do saber que é especializado e pertence aos juristas. O rei (Jaime I, 1603-25), por mais poderoso que fosse, não tinha a legitimidade decorrente desse saber especial, o que não lhe permitia atuar como juiz em “seus próprios” tribunais. [...] Durante essa luta política, os tribunais da *common law* (muito ciosos de sua jurisdição) estavam aliados aos barões com assento no Parlamento, eles próprios há muito tempo desconfiados de qualquer tentativa de modernização que a monarquia, começando pelos Tudor (em particular por Henrique VIII), tentasse fazer. Na verdade, a modernização era uma ameaça aos privilégios da pequena aristocracia rural, e a aliança com os tribunais da *common law* protegia com sucesso os direitos de propriedade dos ingleses, já há muito tempo estabelecidos.⁴⁹

O Estado de Direito, em vista disso, representa uma inclinação ao conservadorismo de determinadas camadas ou interesses sociais, protegido da intervenção política orientada por legitimação diversa da legalidade estrita por um discurso de saber jurídico cuja posse cabe a um corpo estatal a quem, por delegação do poder político, incumbe a tarefa de, com exclusividade, trazer à existência concreta as prescrições legais, caracteristicamente gerais e abstratas, ao mesmo tempo em que - e isso é o mais importante de ser aqui salientado - legitima uma postura

⁴⁹ MATTEI; NADER, 2013, p. 18.

jurisdicional que compreende a política como ameaça ao interesse do Estado de Direito.

No panorama dado, impossível deixar de associar a noção de Estado de Direito com os escritos de Karl Marx, para quem o Direito era uma ferramenta de legitimação política utilizada pelos detentores do poder econômico com o desiderato de estratificar e tornar inquestionável sua propriedade sobre os meios de produção do capital. Porém, apesar de sedutora e, quiçá, até mesmo real, ver-se-á que, em termos práticos, “no Estado de Direito os mais ricos nem sempre são os donos do poder”.⁵⁰

Isolada essa aparente deformidade do fenômeno, interessa, por fim, descrevê-lo em sua diferenciação relativamente aos códigos típicos da política, uma vez que o Estado de Direito pressupõe “a diferenciação dos sistemas jurídico e político, resultando em um tipo de relacionamento específico entre ambos”⁵¹, ainda que essa diferenciação, dado o amalgamento produzido entre eles pelo texto constitucional, seja de difícil e questionável realização.

Resgatando-se a definição de Estado fornecida por Bobbio e, segundo ele, prevalente, o Estado é um sistema definido a partir de sua função política, consistente em “dar respostas às demandas provenientes do ambiente social, ou, segundo uma terminologia corrente, de converter as demandas em respostas.”⁵²

O sistema estatal abrigaria em seu interior o sistema jurídico e o sistema político, os quais, apesar de diferenciados, possuem relativa independência, isto é, política e direito não correspondem a um sistema único “designado con el concepto de Estado, sino de dos sistemas diversos: clausurados en su operación, con sus respectivas formas, respectivas codificaciones y respectivos programas.”⁵³

Segundo Neves, referenciado em Luhmann,

O sistema político reproduz-se, primariamente, de acordo com um código de preferência generalizado “poder superior/inferior” (convertido contemporaneamente na diferença entre governo e oposição) e os seus respectivos programas,

⁵⁰ NEVES, 2013, p. 86.

⁵¹ Ibid, 85.

⁵² BOBBIO, 1987, p. 60.

⁵³ LUHMANN, 2005, p. 298.

estabelecidos por procedimentos eleitorais, parlamentares, burocráticos etc.⁵⁴

Nesse sistema, prossegue Neves,

A circulação do poder desenvolve-se na medida em que o público escolhe programas políticos e elege dirigentes, os “políticos” condensam premissas para a tomada de decisões vinculantes, a “administração” (em sentido amplo) decide e vincula o público, que, por sua vez, reage a isso na forma de eleições políticas ou mediante outras manifestações de opinião.

[...]

No entanto, a autonomização do sistema político, a saber, a emergência do modelo de circulação dinâmica de poder no lugar da estrutura hierárquica das relações entre dominadores (“de cima”) e dominados (“de baixo”), só se torna viável quando o código de preferência do direito passa a ser relevante no interior do próprio sistema político.⁵⁵

O sistema jurídico, por seu turno, é classificado em função de sua autonomia operacional, significando que sua reprodução ocorre “a partir de um código binário de preferência próprio (lícito/ilícito) e de seus próprios programas (Constituição, leis, decretos, jurisprudência, negócios jurídicos, atos administrativos etc)”⁵⁶, desempenhando, ao lado do código político “poder/não poder”

[...] o papel de segundo código de poder. Só a partir dessa inserção do código de preferência jurídico no interior do sistema político, este se constitui como circulação dinâmica e generalizada de poder, afirmando-se autonomamente perante as pressões particularistas e os fatores imediatos do seu ambiente social.⁵⁷

⁵⁴ NEVES, 2013, p. 86.

⁵⁵ Ibid, p. 87/89.

⁵⁶ Ibid, p. 85.

⁵⁷ Ibid, p. 89.

A permuta de informações entre o sistema político e o sistema jurídico e a comutação de seus códigos comuns, sem renúncia a sua autonomia, conforma o denominado Estado de Direito, assim como as influências sentidas na relação Política/Economia, por exemplo, resultam na Política Econômica, não querendo isso dizer que o Estado de Direito signifique uma subordinação do político ao jurídico, ou vice-versa, mas sim que a possibilidade de circulação do poder a partir do código poder superior/poder inferior (governo/oposição) tornar-se viável somente “quando o código de preferência do direito passa a ser relevante no interior do próprio sistema político.”⁵⁸

A regulação do Estado de Direito é marcada pela existência de uma regra jurídica de hierarquia superior a todas as demais, denominada de Constituição, operando-se, por seu intermédio, a fusão entre o programa jurídico e o programa político do Estado, ou seja, o conteúdo constitucional apresenta diretrizes típicas de um Estado Liberal, tutelando a liberdade e limitando o poder, e, também, ordena a ação política do Estado, estabelecendo quais são os programas que o Estado deve realizar para promover o bem-estar da população a ele submetida, sem, contudo, traçar determinações acerca da disciplina da eficiência governamental.

A questão que se coloca nesse novo contexto, dentro do qual a estrita legalidade dos Estados Liberais, assim como a clássica divisão dos Poderes, tende a ser suplantada por uma viés efficientista e pretensamente mensurável da ação política estatal, orbita no entorno das possibilidades de articulação e compreensão dessas dimensões constitucionais do Poder dentro das Repúblicas Democráticas.

Partindo da mesma definição de Democracia aqui utilizada, Arantes e Couto entendem que as democracias constitucionais articulam três esferas de “ação” política: *polity*, *politics* e *policy*.⁵⁹

A primeira delas é representativa da parcela estática da estrutura constitucional, envolvendo os oito elementos mobilizados por Dahl para definir uma democracia moderna.

Os dispositivos dessa dimensão

⁵⁸ Ibid, p. 89

⁵⁹ Os autores esclarecem que as três dimensões da política foram definidas em inglês “em decorrência da falta de termos apropriados e claramente diferenciados na língua portuguesa para cada uma delas.” (ARANTES; COUTO, 2006, p. 47).

[...] têm caráter *não controverso*, isto é, não dizem respeito àquilo que a competição democrática tem como finalidade: (a) definir a ocupação dos postos de poder por um determinado período e (b) definir quais políticas públicas serão implementadas num dado momento.

Se a *polity* diz respeito à estrutura e às regras do jogo democrático, conformando o aspecto estático do sistema, a dimensão da *politics* representa a face dinâmica, ou, mais precisamente, a face estritamente política e, por conseguinte, controversa, dado que nela prevalece a ação, o enfrentamento e a disputa pelos espaços de poder e decisão.

A dimensão da *policy*, de seu lado, representa o espaço em que os “resultados concretos e circunstanciais” são apresentados pela governança estatal, ressaltando-se que, apesar da limitação operada pela estrutura constitucional (primeira dimensão), não se encontra “predeterminado por ela”, isto é, as regras constitucionais estabelecem o padrão da ação política esperado dos ocupantes dos postos de governo, mas não estabelecem índices da eficiência governamental no que toca à apresentação dos resultados.

Nessa conjuntura, realiza-se um outro cruzamento relevante entre a República Democrática e o Estado de Direito.

A ausência de um padrão constitucional para mensurar a eficiência governamental na dimensão das *policies* deveria ser suprida pela “avaliação do eleitorado o qual - com base num juízo sobre o desempenho do governo - premia ou pune seus representantes nas eleições subsequentes, por meio de escolhas eleitorais”⁶⁰; contudo, importante anotar que o próprio Republicanismo Democrático, bem como seu consectário, a divisão dos Poderes, são forjados sob a suspeita com relação às escolhas formuladas pelo povo, o qual, dada o aspecto representativo imanente a esse forma de governo, conforma, na atualidade, o eleitorado responsável pela avaliação do resultado da política governamental, especialmente e com mais vigor em sistemas

⁶⁰ ARANTES; COUTO, 2006, p. 49.

como o nosso, que preve a possibilidade de reeleição para os principais postos políticos-governamentais⁶¹.

Essa suspeita com relação às escolhas realizadas pelo povo fomenta um saber teórico correlato à guardiania descrita por Dahl. Segundo ele,

A defesa da guardiania frequentemente pressupõe que o conhecimento moral e científico e, por conseguinte, os juízos políticos, podem basear-se nas certezas racionais. Assim, em comparação com os juízos das pessoas comuns, que refletem todas as incertezas de mera opinião, os guardiães conseguem adquirir o conhecimento do que é melhor para a comunidade num grau que se aproxima de algo parecido com a certeza racional. No entanto, qualquer premissa desse tipo negligencia uma característica inerente aos juízos sobre as questões mais importantes relacionadas às políticas públicas: estas precisam ser fundamentadas em avaliações dos riscos e incertezas e de ponderação.⁶²

Esse resquício de suspeita democrática enraizado na matriz representativa possui a inclinação de manter o povo sob tutela constante, ou, nas precisas palavras do Dias Tofolli, Ministro do Supremo Tribunal Federal,

Algumas vezes, deve-se proteger as maiorias contra elas mesmas e muitas vezes compete ao Poder Judicial o desagradável papel de restringir a vontade popular em nome da proteção do equilíbrio de forças democráticas, contra o esmagamento de minorias ou de pautas axiológicas que transcendam o critério

⁶¹ É permitida a reeleição indefinida para todos os cargos eletivos do Poder Legislativo e uma única eleição subsequente aos ocupantes dos cargos de Prefeito Municipal, Governador de Estado e do Distrito Federal e Presidente da República.

⁶² DAHL, 2012, p. 117.

quantitativo do número de votos em uma eleição ou em um plebiscito.⁶³

Consoante antecipado pelas palavras de Tofolli, no Estado de Direito, cabe ao Poder Judiciário a “desagradável” tarefa de corrigir a distorcida vontade popular ou aprimorar suas escolhas eleitorais equivocadas, seja no que toca à escolha do candidato eleito, seja no que diz respeito às políticas públicas que ele se propõe a realizar ou nos eventuais resultados apresentados na dimensão da *policy*, ocasionando, ainda, uma crescente desconfiança em relação à política enquanto foro específico dos encaminhamentos e da tomada de decisões que importam à comunidade.

Essa interferência sentida por parte da postura do Poder Judiciário nos Estados Constitucionais não deve, num primeiro momento, ser vista como uma anomalia, mas como possível resultado da ausência de demarcação constitucional clara dos espaços afetos ao aparato estruturante do texto constitucional, composto pela tutela dos direitos de liberdade e pela disciplina do jogo democrático, e daqueles referentes à dimensão das *policies*, cuja materialização se dá pelas políticas públicas implantadas a partir de uma escolha governamental e os resultados decorrentes dessa mesma escolha.

Em suma, o protagonismo judicial nas contemporâneas Democracias Constitucionais legitima-se, ao menos no nível discursivo, sob o entrelaçamento no texto constitucional entre as esferas da *polity* e da *policy*, permitindo ao Poder Judiciário mensurar o resultado dinâmico e controverso oriundo desta por meio do recurso à estrutura estática e não controversa daquela, ensejando um entendimento que, por si só, mereceria um estudo mais aprofundando, segundo o qual a ação politicamente adequada encontra-se determinada pela estrutura posta e, portanto, qualquer desvio da ação com relação ao programa é visto como desvirtuado e passível de correção judicial, postura que gera uma presunção judicial acerca do caráter inadequado do ato político (desconfiança com relação à política).

Nesse espaço, a indiferenciação constitucional entre as dimensões da *polity* e *policy*, aliada à mencionada suspeita democrática, culmina por atribuir ao Poder Judiciário um *status* de censor dos aspectos

63 Recurso Extraordinário 630147. Disponível em www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/re630147DT.pdf. Acesso em 01 de outubro de 2010.

formais e materiais da Democracia Constitucional, o que lhe permite, muitas vezes substituindo a vontade popular, submeter as escolhas e resultados das políticas públicas ao escrutínio pragmático realizado com fundamento nas regras estruturantes da dimensão estática da *polity*.

A esse fenômeno, podemos denominar judicialização da política, que, para ser melhor compreendido, demanda um recorte da atuação institucional do Poder Judiciário ao longo do período de adoção da tripartição de poderes enquanto postulado básico das Repúblicas Democráticas, o que deverá possibilitar não somente um pequeno desenho histórico-institucional, mas permitir interligar a atuação do Poder Judiciário às variações dos modelos estatais e às diferentes crises dos respectivos paradigmas de forma genérica, ou seja, independente da forma de governo estatal ou do sistema político por ele adotado.

3 O PROGRESSO

3.1 DA FUNÇÃO JURISDICIONAL DE DISCIPLINA À FUNÇÃO JURISDICIONAL DE CONTROLE

A emergência do Estado Liberal como estratégia da contenção do poder estatal foi, em parte, possibilitada pela divisão funcional de poderes, aprimorada pelo recurso a um sistema de controles recíprocos entre eles, ainda hoje verbalizado em textos constitucionais vigentes, nos quais a divisão dos poderes do Estado permanece tripartite, sendo adjetivada por suposta independência e harmonia.⁶⁴

Em tal conjuntura, o Poder Judiciário é classificado como politicamente neutro, cabendo-lhe as funções de materializar o conteúdo legislativo com o objetivo de obstar o abuso do poder e garantir aos indivíduos a fruição da liberdade, então categorizada sob o aspecto negativo da não intervenção.

Teoricamente, a neutralidade do Poder Judiciário nos Estados Liberais engendra

[...] uma relação entre direito e força ou violência física no sistema político. Ela permite que o Legislativo seja despido de seu uso e que o Executivo dela faça uso sob controle do Judiciário, o que, enfim, realiza o postulado da concentração da força nas mãos do Estado e da proibição do uso privado da força.⁶⁵

Até mesmo quando sanciona uma conduta individual que contraria alguma lei, o Poder Judiciário age para limitar o uso da força e resguardar a segurança jurídica por intermédio de uma decisão que vincule a ofensa concreta a um preceito sancionador previamente estabelecido, impedindo, no nível expressivo, que as sanções sejam distribuídas de acordo com a idiosincrasia do julgador ou de maneira pessoal.

A justiça administrada no Estado Liberal é, dessa feita, de natureza meramente retributiva, acionada com a finalidade de impedir

⁶⁴ O artigo 2º da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 preconiza que “São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário.”

⁶⁵ FERRAZ JR, 1994, p. 16.

que a liberdade dos indivíduos seja atingida pela ação estatal patrocinada, via de regra, pelo Poder Executivo, para além dos limites definidos pelo Poder Legislativo (função de bloqueio).

A função dos tribunais no Estado Liberal restringe-se, fácil perceber, às litigiosidades intersubjetivas, fator mais que suficiente para engessar sua ação política, não lhe sendo permitido interferir nas grandes controvérsias que atravessam o cotidiano sócio-estatal, seja em razão do próprio limite de atuação, seja por conta de aspectos ligados, ilustrativamente, à ilegitimidade decorrente da ausência de mandato popular de seus agentes nos sistemas políticos em que o poder emana do povo.

A gradual substituição, a partir do final da Primeira Grande Guerra, do liberalismo político, caracterizado pela liberdade como decorrência da inação estatal (liberdade negativa), pela doutrina do Estado de Bem Estar Social implicou na substancial alteração do paradigma político do ente público, passando-se a exigir dele não apenas a garantia da liberdade individual pela inação, mas uma efetiva ação política voltada à promoção dos indivíduos.

Nesse contexto, a funcionalidade do Poder Judiciário também é modificada, fato que é percebido pela atuação jurisdicional ativa e, conseqüentemente, na migração da administração da justiça de um modelo retributivo para um modelo distributivo.

No Estado Providência, o Poder Judiciário passa a ser um ator político que assume a função de garantir a implantação das políticas públicas programadas pelo concomitante constitucionalismo, agindo em prol da materialização do bem estar da comunidade pela via da prestação assistencial a que se encontra obrigado o Estado em razão da promessa constituinte.

Desse modo,

[...] a passagem do Estado liberal para o Estado social revelará, constantemente, os limites da “ideologia da fidelidade à lei”. A “complicada convivência” do estado de direito com o chamado estado de bem-estar social fica evidenciada pelo necessário recurso a novas categorias cognitivas da parte do interprete. Caminha-se, assim, da hermenêutica de bloqueio para a hermenêutica de “legitimação de aspirações sociais”.⁶⁶

⁶⁶ CAMPILONGO, 1994, p. 124.

Independente da realização plena do Estado Providência em países considerados geopoliticamente periféricos (caso do Brasil), o fato é que esse modelo de Estado entra em declínio a partir dos anos oitenta do século passado, atingido por um vigoroso discurso de desregulamentação induzido por tendências denominadas neoliberais, que não permite pensar o Estado em “em termos de direito, legitimidade, contrato...e sim avaliar a lei do ponto de vista de sua utilidade ou inutilidade.”⁶⁷

Esse declínio do *Welfare State* vem acompanhado por uma extensa crise da representação política, valendo pontuar que esta “tem muitas dimensões, mas uma delas confronta diretamente os tribunais em sua função de controle social”⁶⁸, pois envolve o aumento da corrupção política em função do entrecruzamento do poder político com o poder econômico, situação potencializada pelo afrouxamento dos mecanismos de fiscalização estatal e pela baixa intensidade da participação política por parte dos cidadãos.

Esse quadro de crise estatal e de participação política tende a intensificar a desconfiança judicial com relação à política e seus resultados, comprometidos, agora, não apenas pela presunção de ineficiência, mas, também, pela constante suspeita de corrupção, situação que parece despertar no cidadão, de outro vértice, um desprestígio relativamente à participação política e à ação estatal e alimentar nos agentes do Poder Judiciário uma perspectiva funcional que enxerga na macroconflituosidade sócio-política o local, por excelência, de seu exercício funcional.

A soma dessas especiais circunstâncias abre um canal inédito de intercomunicações entre o público e o Poder Jurisdicional em que as demandas repesadas do cidadão por conta da desconfiança nas esferas políticas típicas da ação dos outros poderes estatais são canalizadas ao Judiciário, e este, por sua vez, com base nos fatores alhures mencionados e a despeito dos limites inerentes à manifestação judicial (nem tudo o que um juiz entende como justo é possível de ser realizado), dá “guarida às pretensões dos que buscam os tribunais.”⁶⁹

Chamam a atenção, nessa linha, três recentes manifestações, respectivamente, do Diretor-Executivo da Academia Judicial do

⁶⁷ LAGASNERIE, 2013, p. 139.

⁶⁸ SANTOS; MARQUES; PEDROSO, 1995, p. 15.

⁶⁹ CAMPILONGO, 1994, p. 121.

Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina, proferida por ocasião da posse de 58 novos juízes (06/07/2013), da Ministra do Superior Tribunal de Justiça e ex-Corregedora do Conselho Nacional de Justiça, Eliana Calmon, e do Juiz Helio do Valle Pereira do TRESC em palestra proferida em Congresso Catarinense de Direito Eleitoral promovido pelo OAB.

Ao se dirigir aos novos magistrados, o Diretor-Executivo da Academia Judicial da Corte Catarinense foi enfático ao sustentar que “O Judiciário é cada vez mais exigido por lhe serem cobrados novos papéis na sociedade, com visibilidade política expansiva”.

A declaração Eliana Calmon é mais incisiva:

Precisa maior compreensão da posição política que ocupa hoje o Poder Judiciário. O juiz não pode mais ser um espectador que olha de longe o que o governo está fazendo. O legislador transformou o juiz em realizador fiscal das políticas públicas. Não sendo executadas, cabe ao juiz determinar que se faça. E, se mal executadas, cabe ao juiz dizer como devem ser feitas, e fazer a correção. Por isso, o juiz de hoje é um agente político. Ele pode desempenhar uma parcela de poder na sociedade a que serve.⁷⁰

Não menos relevantes são as palavras do juiz Helio do Valle Pereira, integrante da Corte Eleitoral Catarinense, reproduzidas, a seguir, no contexto de reportagem jornalística:

[...] no final da manhã, a palestra foi com o juiz do TRE/SC Hélio do Valle Pereira. Há dois anos atuando na área eleitoral, o juiz catarinense se disse frustrado e fez fortes críticas ao Judiciário. “Lamentavelmente, a Justiça vem decidindo de costas para o povo, pecando por excesso de bacharelismo.”

Segundo Valle Pereira, “estudar é bom, mas o juiz precisa torcer mesmo é pra quem tem razão.” O

⁷⁰ CALMON, Eliana. **Entre amores e rancores, Eliana Calmon encerra carreira de 34 anos na magistratura.** Disponível em http://www.stj.jus.br/portal_stj/publicacao/engine.wsp?tmp.area=398&tmp.texto=112710. Acesso em 12 de dezembro de 2013.

juiz condenou o fato de o Judiciário se preocupar com o que classificou de “bobagens” e pecar naquilo que é relevante. “O juiz se preocupa muitas vezes se o cidadão está fazendo boca de urna, se outro falou alguma coisa sobre o adversário nas redes sociais, coisas que são, a meu ver, pecados veniais”. E concluiu: “Precisamos nos desapegar dessas bobagens, deixar de ser hipócritas. Muito mais grave é ver na TV uma propaganda de hospital linda, que dá vontade de ficar doente. Isso sim é um ato de insensibilidade, que desequilibra as eleições”.⁷¹

Todavia, essa nova operatividade dos atores judiciais padece de limitações estruturais decorrentes do fato de a magistratura não possuir poder político, isto é, além da imunidade pessoal do juízes por erros e equívocos na aplicação da lei, implicando na completa ausência de responsabilização do agente por engano, escusável ou não, na sentença por ele proferida, o Poder Judiciário não dispõe de forças armadas sob seu comando de modo a obrigar pela coerção o cumprimento de suas decisões. Vale dizer, para que as decisões emanadas do Poder Judiciário vinculem e obriguem seus destinatários, mister que o Poder Executivo empreste a elas sua anuência, franqueando, inclusive, a utilização de seu aparato policial para dar cumprimento aos comandos nelas contidos.

O desdobramento judicial de um episódio da recente história nacional ilustra bem essa pseudo-deficiência do Poder Judiciário.

Após a morte do presidente Vargas, tomou posse, interinamente, João Fernandes Café Filho, então vice-presidente da República, auxiliado por um ministério composto, em sua maioria, por políticos da UDN, partido de oposição a Vargas.

Em outubro de 1955, Juscelino Kubitschek (PSD) é eleito presidente com 36% dos votos do eleitorado e, como vice-presidente, é eleito João Goulart (PTB), o qual obteve para o cargo mais votos do que Juscelino, gerando imediata impugnação por parte dos candidatos vencidos.

Na esteira desses acontecimentos, o então presidente interino Café Filho sofre um ataque cardíaco e é hospitalizado, transmitindo a

⁷¹ **Propaganda eleitoral fora de hora desequilibra eleições, aponta juiz durante Congresso de Direito Eleitoral.** Disponível em www.oab-sc.org.br. Acesso em 30 de junho de 2014.

Presidência da República ao presidente da Câmara dos Deputados, deputado Carlos Luz, que toma posse em 08 de novembro de 1955, ou seja, a menos de dois meses da data marcada para a posse dos eleitos no pleito de outubro.

As forças armadas, aglutinadas no entorno do Marechal Lott, então Ministro da Guerra, desconfiam que, nos bastidores do Poder Executivo, arma-se um golpe para impedir a posse do presidente e do vice-presidente eleitos e, com base nessa suspeita, efetivam, na madrugada de 11 de novembro de 1955, um rápido, pode-se dizer, contra-golpe de Estado.

A seguir, o Marechal Lott obtem o apoio do Congresso para legitimar o afastamento de Carlos Luz da Presidência da República, sendo este declarado impedido para o exercício do cargo. Em sua substituição, o Congresso dá posse ao senador Nereu Ramos.

Em 14 de novembro de 1955, Café Filho, ainda em recuperação, envia expediente ao Congresso Nacional, comunicando sua intenção de reassumir a Presidência da República. Lott visita-o no hospital e tenta dissuadi-lo, mas não logra êxito.

O Congresso Nacional, em resposta a Café Filho, declara seu impedimento para assumir a presidência e decreta estado de sítio. Além disso, o Exército cercou sua residência, impedindo-o de, fisicamente, assumir a presidência.

Café Filho, irresignado, impetrou Mandado de Segurança perante o Supremo Tribunal Federal sob o fundamento de inconstitucionalidade, por abuso de poder, das resoluções da Câmara dos Deputados e do Senado que mantiveram seu impedimento para exercício da cargo de Presidente da República.

Em 14 de dezembro de 1955, o Plenário do Supremo Tribunal Federal reuniu-se para apreciar o Mandado de Segurança impetrado por Café Filho. Após acirrado debate entre os ministros da Corte, o ministro Nelson Hungria profere polêmico voto, opinando pela constitucionalidade do estado de sítio para o qual, por ser um mero desdobramento do levante do Exército, não haveria qualquer remédio jurídico:

Senhor Presidente, pode-se discordar de certas razões expendidas no ofício de informações do Poder ao Sr. ministro relator; mas há uma que é irrecusável, embora não formulada francamente: ao declarar o impedimento do ilustre Sr. João Café Filho, o Congresso não fez mais do que

reconhecer uma situação de fato irremovível dentro dos quadros constitucionais ou legais, qual a criada pelo imperativo dos canhões e metralhadoras insurrecionais que barravam e continuam barrando o caminho do Sr. João Café Filho até o Catete. A presidência da República não podia ficar acéfala, e a sua ocupação pelo Sr. vice-presidente do Senado, dada a anterior renúncia do Sr. Carlos Luz à presidência da Câmara dos Deputados, era mandamento do art. 79, 1o, da Constituição [...]

Afastado “o manto diáfano da fantasia sobre a nudez rude da verdade”, a resolução do Congresso não foi senão a constatação da impossibilidade material em que se acha o Sr. Café Filho, de reassumir a presidência da República, em face da imposição dos *tanke* e baionetas do Exército, que estão acima das leis, da Constituição e, portanto, do Supremo Tribunal Federal.

[...]

Contra uma insurreição pelas armas, coroada de êxito, somente valerá uma contrainsurreição com maior força. E esta, positivamente, não pode ser feita pelo Supremo Tribunal Federal, posto que este não iria cometer a ingenuidade de, numa inócua declaração de princípio, expedir mandado para cessar a insurreição.⁷²

As palavras do ministro Hungria, que ainda hoje ecoam em recentes rumores envolvendo os Poderes da República, evidenciam, com total clareza, a ausência do poder político na instância judicial.

Mas de que forma, então, o Poder Judiciário logra atingir os objetivos traçados por essa funcionalidade emergente se, a despeito de considerar-se um ator político estatal, não detem poder político, sem a colaboração do Poder Executivo, para fazer valer pela força suas decisões?

Para melhor elucidar a questão e reforçando o que acima foi apenas introduzido, importante assinalar que o poder político pode ser definido pela

⁷² FUCK, 2012, pp. 100-101.

[...] exclusividade do uso da força em relação a todos os grupos que agem em um determinado contexto social, exclusividade que é o resultado de um processo que se desenvolve, em toda sociedade organizada, na direção da monopolização da posse e do uso dos meios com os quais é possível exercer a coação física.⁷³

Essa definição do poder político como monopólio do uso da força, entendida como meio de alcance da finalidade proposta por seu exercente,

Es esencial a toda asociación política el recurso a la pura violencia de los medios coercitivos no sólo frente al exterior, sino también en el interior. Es más: ello es lo que en nuestra terminología la constituye en asociación política. El ‘Estado’ es aquella asociación que reclama para sí el monopolio del uso de la violencia legítima, y no puede definirse de otro modo.⁷⁴

Em síntese, pode-se afirmar que o Estado é o detentor exclusivo do poder político, cabendo ao Poder Executivo o monopólio de seu exercício, sendo-lhe permitido, em razão disso, exercer funções básicas identificadas com

[...] a aplicação da lei (função legislativa); a segurança pessoal e da ordem pública (polícia); a proteção dos direitos adquiridos (administração da justiça); o cultivo de interesses da saúde pública, educacionais, sociais, culturais e outros (os diversos ramos da administração); e, por fim, mas não menos importante, a proteção armada organizada contra os ataques externos (administração militar).⁷⁵

No entanto, calha ponderar que, no cenário contemporâneo, o poder político, apesar de ainda concentrado nas mãos do ente estatal,

⁷³ BOBBIO; BOVERO, 2000, p.164.

⁷⁴ WEBER, 2001, p. 537.

⁷⁵ Id, 2011, p. 318.

parece encontrar sua base de sustentação para além do monopólio do uso da força, ou, poder-se-ia dizer, aquém dela.

Nessa linha, Bauman defende a idéia segundo a qual a (pós)modernidade carrega consigo uma nova mentalidade acerca do poder político e sua forma de exercício, identificado cada vez mais com o saber que singulariza o poder ideológico.

Dessarte,

Os detentores do poder devem saber o que é bem comum (do gênero humano, da sociedade como um todo, ou da seção incumbida de seu governo) e que padrão de conduta melhor se ajusta a ele. Têm de saber como induzir a conduta e como garantir sua permanência. Para adquirir ambas as capacidades, eles devem se apropriar de certo saber que outras pessoas não possuem. O poder necessita do saber; o saber empresta legitimidade e eficácia (não necessariamente desconectadas) ao poder. Possuir saber é poder.⁷⁶

Contudo, “esta não é uma tarefa qualquer. Necessita de muito mais que a mera aplicação da força bruta. Precisa de um ator armado de know-how e capacidades especializados, um engenheiro do comportamento humano.”⁷⁷

Essa nova função de modelagem ideológica encampada pelo poder político parece indicar um avanço na forma de seu exercício, na medida em que a força física torna-se menos necessária à submissão de seus destinatários (os governados), adquirindo, cada vez mais, um mero aspecto simbólico; porém, essa forma de dominação pelo saber especializado termina por retirar do agente investido na posse do poder político a base que legitima a dominação decorrente desse poder, ou seja, um poder dessa ordem recoloca, em outros termos, a questão da validade do poder político e a legitimidade em seu exercício no que concerne à obediência dos governados.

Conforme lição de Weber, formulada em resposta à questão levantada por conta dos motivos que conduzem os governados a aceitar o comando do agente investido no poder político, há “três razões

⁷⁶ BAUMAN, 2010, p. 75.

⁷⁷ Ibid, p. 74.

internas que justificam a dominação, existindo, conseqüentemente, três fundamentos de legitimidade.”⁷⁸

A legitimidade, prossegue Weber, baseia-se no poder tradicional, no carisma ou na legalidade⁷⁹, cada uma delas remetendo a uma característica peculiar do representante do poder político.⁸⁰

A legitimidade do poder tradicional deita raízes na “autoridade do passado eterno” e nos “costumes santificados pela validez imemorial e pelo hábito, enraizado nos homens, de respeitá-los.”

A dominação carismática extrai sua força dos “dons pessoais e extraordinários de um indivíduo”, diferenciado dos demais por “qualidades prodigiosas, por heroísmo ou por outras qualidades exemplares que dele fazem o chefe.”

A dominação imposta pela legalidade, por fim, provem da

[...] crença na validez de um estatuto legal e de uma “competencia” positiva, estruturada em regras racionalmente estabelecidas ou, em outras palavras, a autoridade fincada na obediência, que reconhece obrigações concernentes ao estatuto estabelecido. Assim é o poder, tal qual o exerce o “servidor do Estado” atualmente e como o exercem todos os detentores do poder que dele se aproximam sob esse aspecto.⁸¹

⁷⁸ WEBER, 2006, p. 61.

⁷⁹ Obviamente, Weber não ignora a emergência, em sua época, da legitimação do poder político com lastro na vontade dos governados; contudo, parece ver esse critério com desconfiança. Referindo-se ao Estado Moderno, afirma que “A essa altura, observa-se o nascimento de um processo inédito, que se desenrola a nossos olhos e que ameaça expropriar os meios políticos de que ele dispõe e o seu poder político. Ao menos aparentemente, essa é a consequência da revolução alemã de 1918, na medida em novos chefes substituíram as autoridades estabelecidas, em que se apossaram, por usurpação ou eleição, do poder que controla o conjunto administrativo e de bens materiais e na medida em que fazem derivar - sem importar com que direito - a legitimidade de seu poder da vontade dos governados.” (WEBER, 2006, p. 65.)

⁸⁰ Essas espécies de dominação são denominadas por Weber como sendo tipos puros, sendo que “As formas de dominação ocorrentes na realidade histórica constituem combinações, misturas, adaptações ou modificações desses tipos puros”. (WEBER, 2011, p. 312.)

⁸¹ Ibid, p. 61.

A justificativa para a dominação decorre, assim, da necessidade de todo o poder “em justificar a si mesmo”, expressando, no caso do poder político, o critério para sua validade.⁸²

A derrocada dos critérios de validade no exercício do poder político e a decorrente substituição daquele que o exerce com invocação de um critério de legitimidade por um corpo de *experts* aptos a dominar sem que essa atividade seja percebida ou sem base de legitimação levanta um extenso problema de justificação teórica acerca dos atuais contornos da esfera de domínio estatal, mas, também, resgata uma advertência weberiana a propósito da burocratização nas modernas democracias, nas quais

[...] tem-se de lidar com a “necessidade de treinamento especializado durante muitos anos, uma especialização cada vez maior e a direção por um corpo de funcionários especializados assim treinados.” Tal burocratização não significa, porém, que esse corpo treinado de funcionários, por mais indispensável que seja, deve também gozar da liderança política.⁸³

De qualquer sorte, essa alteração no fundamento legitimador do exercício da autoridade estatal não o tornou, ao que tudo indica, mais fraco, mas “apenas” traduziu a substituição, na esfera de detenção e exercício do poder político, do grupo tradicional dos metaforicamente denominados legisladores (encarregados de “gerar e promover valores que o Estado e seus súditos devem implementar e observar”⁸⁴) pelo grupo dos intérpretes, situação bem espelhada nas palavras do juiz Hughes, ex-presidente da Suprema Corte dos Estados Unidos da América: “Estamos regidos por uma Constituição, mas esta Constituição é o que os juízes decidem o que é”, ou, de modo mais dramático, pelo Ministro Eros Grau do Supremo Tribunal Federal: “não existe a Constituição de 1988. O que realmente há, aqui e agora, é a Constituição do Brasil, tal como hoje, aqui e agora, ela é interpretada /aplicada por esta Corte”, postura que parece pressupor a prevalência do direito sobre

⁸² Id, 2011, pp. 310-311.

⁸³ SCHLUCHTER, 2011, p. 50.

⁸⁴ BAUMAN, 2010, p. 173.

o poder político⁸⁵ e infiltrar um ardil à limitação do poder estatal, uma vez que a tripartição dos poderes é cláusula constitucional e, sendo assim, o Tribunal Constitucional bem pode considerá-la o que quiser.

A nuance também foi identificada, sob enfoque semelhante, por Cittadino, para quem o constitucionalismo democrático, ao contrário do constitucionalismo liberal, marcado pela prevalência do individualismo racional, pela defesa de direitos civis e políticos e pela clara separação de poderes, prioriza valores ligados à solidariedade social e a redefinição das relações entre os poderes do Estado, abrindo-se

[...] no Judiciário um novo espaço público, no qual participam novos agentes (a comunidade de intérpretes), os quais, segundo procedimento determinados, dedicar-se-iam à interpretação aberta dos valores compartilhados pela comunidade com vistas a sua efetivação.⁸⁶

Essa mudança permite ao Poder Judiciário firmar-se como ator político estatal sem a necessidade de ser detentor de qualquer porção de poder político na forma tradicional acima esboçada, conservando, contudo, a irresponsabilidade dos juízes em razão de decisões inconsequentes, equivocadas ou resultantes de uma aplicação do texto legal moralmente orientada.

A partir do momento em que a prestação jurisdicional é resignificada e abandona o simples exercício lógico de redução do fato à regra jurídica, o Poder Judiciário deixa de lado a função retrospectiva tendente a corrigir comportamentos sócio-estatais desviantes, função para a qual o uso da força ou, pelo menos, a possibilidade de sua utilização legítima, era indispensável.

Em outras palavras, a função tradicional do Poder Judiciário implica em avaliação do ato humano ou estatal que está no passado e, portanto, seu julgamento sancionador ressent-se de regular exercício de poder político emprestado pelo Poder Executivo, autorizando a conclusão de que o Poder Judiciário da clássica divisão de poderes do Estado Liberal é disciplinador.

⁸⁵ Supremo Tribunal Federal. **ADIn 3.367**. Relator Ministro Cezar Peluso. Julgado em 17/03/2006. Disponível em www.stf.jus.br. Acesso em 10 de dezembro de 2013.

⁸⁶ CITTADINO *apud* MACIEL; KOERNER, 2012, pp. 123-124.

Nos Estados de Direito, essa função disciplinadora dos tribunais tende a ser suplantada, uma vez que os julgamentos judiciais não mais são puramente retrospectivos, ou seja, não se encontram voltados ao escrutínio de um ato passado, mas se dirigem a avaliar a eficácia de atos futuros, denotando um objetivo determinado por uma função política de controle, pressupondo tarefas que vão além da divisão funcional de poderes, o que somente pode ser estabelecido “no marco do Estado Constitucional de Direito, e não de qualquer Estado.”⁸⁷

Essa função de controle exercida pelo Poder Judiciário abandona, sem, entretanto, renunciar a idéia constituinte do sujeito de direitos, a representação liberal de que o indivíduo encontra-se no centro do palco da ação política. Nessa nova versão, a ação judicial desenrola-se sobre fatores externos (economia, legislação, política, etc) ao homem lendário de Iluminismo, motivo pelo qual a legitimidade que antes fundamentava o exercício do poder político torna-se despicienda, podendo-se afirmar, talvez com exagero e num ponto extremo de completa dissolução da política no direito declarado pelos Tribunais, que a “legitimidade da política contemporânea já reside no direito.”⁸⁸

Mas isso não se dá sem consequências.

As principais, por mais paradoxal que isso pareça, implicam no resgate de parte da teoria hobbesiana de um poder político exercido com base em critérios ditados por um cálculo racional de interesses e orientados à obtenção de resultados (eficientismo estatal) e na retomada de uma fusão prática entre direito e política⁸⁹, contribuindo, sobretudo, para a eclosão da judicialização da política.

3.2 AS FACES DA JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA

A judicialização de uma questão, problema, situação ou contenda implica em sua necessária submissão a uma espécie de procedimento, envolvendo, sempre, a mediação de um terceiro. Mesmo quando a judicialização ainda era embrionária, as “justas” (daí a expressão “Justiça”) entre os cavaleiros invocavam a intervenção divina como

⁸⁷ TAVARES, 2012, p. 18.

⁸⁸ LOPES, 2005, p. 69.

⁸⁹ Veja-se que essa retomada do pensamento hobbesiano não ocorre no nível teórico, pois nele ainda prevalece a distinção funcional entre os Poderes do Estado e a demarcação constitucional da vontade humana como fundamento do exercício de tais Poderes.

fator decisório, ou seja, sagrava-se vencedor o cavaleiro cuja causa era apoiada pela divindade.

Acompanhando a racionalização dos procedimentos e a laicização do Estado, surge a figura do encarregado humano, dotado da autoridade soberana para decidir o conflito de acordo com regras preconcebidas e formatadas a partir de espécie distinta de procedimento.

A hipertrofia desses aparelhos especializados, aliada ao princípio da legalidade estrita reproduzido pelos Estados Liberais e ao sistema de divisão funcional de poderes, afastou dos indivíduos as possibilidades de autotutela, obrigando-os a recorrer ao detentor do monopólio dos meios para resolver os conflitos micro-individuais, consolidando, assim, uma típica premissa do contrato social rousseauiano.

Ao obstar, quase que de forma absoluta, a possibilidade do uso da força individual para resolver os problemas interindividuais comuns à vida em sociedades simples ou complexas, o Estado terminou por obrigar a crescente procura por soluções dentro do aparelho judiciário, fazendo aumentar, ano após ano, a demanda pelo serviço de intermediação da controvérsia por meio de uma declaração de um agente estatal investido de autoridade para tal fim.

A judicialização nada mais é, portanto, que o crescente encaminhamento dos problemas da vida, antes resolvidos por maneiras não oficiais de solução de controvérsias ou possíveis controvérsias (autotutela, dádiva, etc), ao Poder Judiciário, potencialmente incrementada por condições institucionais, causas ligadas à expansão judicial, aumento da litigância processual e pela judicialização da política⁹⁰, que, por sua vez, pode ser definida, de modo superficial, como a crescente submissão de problemas outrora resolvidos pela debate, disputa e consensos políticos, aos órgãos do Poder Judiciário (judicialização *from without*).

Trata-se de uma circunstância moderna típica e relacionada, dessa feita, à emergência do Estado, ainda que alguns traços do fenômeno possam ser identificados no modelo ateniense de democracia, marcado por uma peculiar subordinação da política, em pontos específicos, aos tribunais, ao mesmo tempo em que os conflitos individuais eram relegados à composição privada por meio da arbitragem⁹¹. Conforme destaca Bernard Manin, em Atenas, qualquer pessoa do povo era dotada da capacidade de apresentar e defender propostas perante a Assembléia,

⁹⁰ CARVALHO, 2004, p. 122.

⁹¹ MANIN, 2008, pp. 32/33.

as quais, uma vez aprovadas, eram transformadas em lei. Em contraponto, qualquer do povo detinha a capacidade de questionar essa mesma lei perante os tribunais, fosse por questão formais (proponente submetido à pena de *atimia*), fosse por questões substanciais (contrariedade à legislação vigente).

La acusación se presentaba contra una persona nombrada: el particular que había presentado la propuesta ofensiva. Sólo el iniciador era objeto de enjuiciamiento; los ciudadanos no podían ser procesados por los votos emitidos (lo que vuelve a resaltar el estatus especial del acto de iniciación en la democracia ateniense). Y lo que es más importante, nótese que aún se podía presentar demanda de ilegalidad contra el proponente de un decreto o de una ley ya aprobada por la asamblea, aunque lo hubiese sido por unanimidad. Cuando se demandaba por ilegal un decreto o una ley ya aprobados por la asamblea, eran suspendidos inmediatamente hasta que los tribunales emitiesen su veredicto. La acción por ilegalidad tenía, consiguientemente, el efecto de supeditar las decisiones de la asamblea al control de los tribunales: toda medida aprobada por la *ekklesia* podía ser reexaminada por los tribunales con la posibilidad de su derogación si así era solicitado por alguien.⁹²

Tecnicamente, a judicialização da política não se esgota nessa intromissão do Judiciário em assuntos estranhos a sua alçada comum, mas também pode significar “a propagação dos métodos judiciais de tomada de decisão para além da jurisdição apropriada”⁹³, como, por exemplo, nos casos em que são instauradas nas Casas Legislativas Comissões Parlamentares de Inquérito ou Processantes ou na adoção pelas repartições administrativas de procedimentos assemelhados aos judiciais para resolver as questões a elas apresentadas (judicialização *from within*).

Como não poderia ser diferente, qualquer análise que se faça da judicialização da política coloca em pauta i) a função tradicional do

⁹² Ibid, p. 33.

⁹³ TATE; VALLINDER, 1997, p. 13.

Judiciário num contexto de divisão clássica de Poderes e ii) os efeitos, benéficos ou deletérios, para a Democracia em decorrência das manifestações, valores, preferências e posicionamentos dos magistrados em questões que, na origem, não lhes diriam respeito, ou seja, seriam estranhas à atuação típica do Poder Judiciário.

A extensão da controvérsia pode ser mensurada a partir do posicionamento radical de Moreira:

Sob o argumento de que vivemos sob uma democracia de direitos, o sistema de justiça passou a tutelar todas as áreas [...], desbordando de suas competências para envolver-se com assuntos que foram tradicionalmente conjugados conforme uma organização horizontal do poder, violando assim a autonomia dos poderes políticos, tudo submetendo ao jurídico. Essa tentativa de colonização do mundo da vida pela jurídico se realiza mediante um alargamento do espectro argumentativo, desligando a argumentação jurídica de qualquer vinculação com a lei.⁹⁴

Em seu entendimento, essa inflação do jurídico com relação ao político seria resultado de um rompimento com a função garantidora de direitos afeta ao Poder Judiciário e, a seguir, a filiação a um novo feixe de funções, relacionadas, por intermédio de um discurso extrajurídico, ao “fazer justiça”, situação que acaba por resgatar o brocardo empregado pelos juristas romanos: “Fiat iustitia, et perat mundus”.

Negando que a tarefa do Poder Judiciário seja “fazer justiça”, Moreira sustenta, ainda, sua existencial vinculação ao

[...]desempenho de papel previamente estabelecido, pelo qual “fazer justiça” significa o cumprimento correto dos procedimentos estabelecidos pelo ordenamento jurídico. Portanto, fazer justiça é o desincumbir-se de uma correção procedimental.
[...]

⁹⁴ MOREIRA, 2012, p. 05.

Cabe ao Judiciário circunscrever-se ao cumprimento de seu papel constitucional, de se distanciar da tentativa de constatar verdades.⁹⁵

Especificamente no que toca ao fenômeno da judicialização da política, Tobjörn Vallinder observa, para, depois, situa-lo em marcos definidores, que

[...] a tarefa dos tribunais é a de resguardar os direitos fundamentais dos cidadãos [...]. O legislativo, por outro lado, deve proteger os direitos e deveres da maioria (legislativa). A judicialização da política pode, *grosso modo*, ser descrita como a ampliação do primeiro princípio à custa do segundo⁹⁶.

Para melhor compreender a questão, permitindo-se, assim, visualizar a extensão prática da ampliação da função jurisdicional em detrimento dos demais Poderes Estatais, confira-se a tabela a seguir, elaborado por Vallinder de forma a demonstrar a diferença de funções tradicionais entre o Judiciário e o Legislativo, ou entre o modo judiciário e o modo político de resolver conflitos⁹⁷.

Tabela 1. Diferença das Funções Tradicionais entre Poder Judiciário e Poder Legislativo

	Judiciário	Legislativo
Atores	duas partes e um terceiro participante (o juiz)	diversas partes
Métodos de trabalho	audiências abertas ponderação dos argumentos	negociações e trocas, em geral a portas fechadas acordos adiamento do pauta

⁹⁵ Ibid, pp.07-08.

⁹⁶ VALLINDER, 2012, p. 1]MVFAÇ V7.

⁹⁷ Ibid., p. 16.

Norma decisória básica	decisão tomada por um juiz imparcial	princípio majoritário
Resultado	resolução de ações individuais porém, cf. precedentes esp. <i>judicial review</i>	normas gerais (leis, orçamentos), elaboração de políticas
Implicações	averiguação dos fatos (o que aconteceu) e da norma relevante (qual deve ser aplicada), “a única solução correta”	alocação de valores (em geral econômicos) “a solução politicamente possível”

De modo mais amplo, Vianna Lopes pondera que a diferença entre as instituições políticas e jurídicas é percebida a partir de critérios que atuam sobre o marco decisório de cada uma delas.

Em vista disso,

[...] política é a dinâmica de uma instituição cujo parâmetro decisório é concomitante ou simultâneo ao seu funcionamento (seus agentes atuam orientados pela conveniência circunstancial do momento), enquanto jurídica é a dinâmica de uma instituição cujo parâmetro decisório é prévio/anterior (e mesmo superior) ao seu funcionamento (seus agentes atuam orientados pela otimização de uma regra a ser, permanentemente, aplicada.⁹⁸

Tais pressupostos de análise são esboçados pelo mesmo autor na tabela que segue:

⁹⁸LOPES, 2005, p. 67.

Tabela 2. Diferença de Funcionamento das Instituições Jurídicas e Políticas

Dinâmicas Institucionais	Parâmetros de funcionamento	Orientação dos agentes	Discricionariedade das práticas
Política	Circunstancias conjunturais	Atos de conveniência da oportunidade	Ampla (máxima)
Jurídica	Regras prévias e vinculantes	Atos de otimização das normas	Restrita (mínima)

Advirta-se que isso não quer dizer, em absoluto e especialmente no que se refere à discricionariedade das práticas, que não haja espaços de compartilhamento entre as esferas política e jurídica.

A discricionariedade ampla afeta à política e, ao mesmo tempo, restrita na esfera jurídica, é melhor entendida a partir da análise de Locke sobre a prerrogativa do Poder Executivo, definida como o “poder de agir discricionariamente em vista do bem público na ausência de um dispositivo legal, e às vezes contra ele”⁹⁹, possibilidade completamente vedada ao demais poderes estatais.

Pode-se concluir, a partir desse arranjo prévio, que

A judicialização é um fenômeno bastante complexo e possui inúmeras dimensões. Do ponto de vista institucional, a judicialização da política define-se como um processo de transferência decisória dos poderes Executivo e Legislativo para os magistrados e tribunais, que passam, dentre outros temas controvertidos, a revisar e implementar políticas públicas e rever regras do jogo democrático.¹⁰⁰

A complexidade do fenômeno proporciona sua análise de duas formas distintas:

⁹⁹ LOCKE, 2014, p. 79.

¹⁰⁰ ARAÚJO, 2012, p. 03.

1) normativa, que aborda a chamada supremacia da Constituição sobre as decisões parlamentares majoritárias. Essa discussão é de grande importância teórica e avalia, entre outras coisas, os dilemas da evolução do constitucionalismo sobre o modelo tradicional (Westminster) de fazer-se política, ou seja, o vasto debate entre democracia e constitucionalismo. Nessa linha e de modo resumido, podemos destacar o debate normativo entre os que são a favor da judicialização, como Dworkin (2001) e Cappelletti (1993), os que são a favor desde que sejam expressos certos limites, como Habermas (1997) e Garapon (1999) e os que são contra, como Ely (1980) e 2) analítica, que se preocupa com o ambiente político e institucional, como as “polias e engrenagens” do processo político em questão. Portanto, está preocupada em como definir, medir e avaliar o processo de judicialização da política.¹⁰¹

No que concerne às possíveis causas do fenômeno, John Ferejohn explica a emergência do processo de judicialização da política a partir de duas causas gerais, denominadas por ele como hipótese da fragmentação e hipótese dos direitos:

A primeira é uma crescente fragmentação do poder dentro dos poderes políticos, a a qual limita a capacidade dos mesmo para legislar ou de ser o lugar onde a política é efetivamente formulada. [...] Quando os poderes políticos não podem agir, as pessoas que buscam resolução de conflitos tenderão a gravitar em direção a instituições das quais podem obter soluções; tribunais (e processos jurídicos associados) com frequência oferecem esse lugar.

[...]

A segunda causa é mais nebulosa, mas talvez mais importante. É a percepção de que se pode confiar nos tribunais (ou ao menos em alguns tribunais) para proteger uma ampla gama de valores

¹⁰¹ CARVALHO, 2004, p. 116.

importantes contra abuso político em potencial. [...] A idéia é que, assim que os tribunais começaram a proteger direitos e liberdades pessoais, além dos direitos de propriedade, a oposição ao papel judicial expansivo diminui.¹⁰²

Sob outro viés, mas atento às implicações destacadas por Vallinder na tabela acima e à hipótese de fragmentação de Ferojohn, Rosa Ferro atribui a judicialização a causas ligadas ao

[...] que poderíamos chamar a ‘crise da lei’. A lei ordinária perdeu dignidade e prestígio, durabilidade e clareza. Foi depreciada pela inflação legiferante, pela eficácia directa e ampliada da Constituição, pela multiplicação das instancias legislativas sobrepostas e concorrentes, enfim pelo caos normativo. O papel institucional dos juízes foi ainda potencializado pelo enfraquecimento do Estado e multipolarização do poder, pela crise de representação e pela crescente conflitualidade das sociedades modernas, que acabam por conferir ao tribunais maior protagonismo na arbitragem e regulação “política e social.”¹⁰³

A judicialização da política é também explicada a partir de condições políticas genéricas e imprescindíveis a sua conformação, tais como: a) Democracia; b) Separação dos Poderes; c) Direitos políticos; d) O uso dos tribunais pelos grupos de interesse; e) O uso dos tribunais pela oposição; f) Inefetividade das instituições majoritárias.

A judicialização do tipo *from without* implica, como fica fácil perceber, em certa passividade por parte dos Tribunais. A despeito da alegada intromissão na seara dos demais Poderes, isso somente ocorre mediante provocação externa e não por iniciativa dos juízes. Vale dizer: a judicialização da política ressent-se de agentes judicializadores externos (indivíduos isolados, associações, sindicatos, partidos políticos, grupos de interesse, Ministério Público), preferencialmente dispostos e inclinados a conduzir ao conhecimento de determinada Corte matérias

¹⁰² FERREJOHN, 2012, pp. 80-81.

¹⁰³ FERRO, 2012, p. 94.

anteriormente objeto de discussão nas instâncias legislativas e executivas.

A judicialização da política não deve, por essa razão, ser confundida com o ativismo judicial, a despeito de eventual uso comum de ambas as expressões.

Enquanto a judicialização, genericamente considerada, importa na canalização crescente de demandas ao Poder Judiciário,

O ativismo pode ser medido pela frequência com que os tribunais retiram as decisões das mãos dos eleitores, como nos casos em que o Poder Judiciário procura suprir omissões - reais ou aparentes - dos demais poderes.

Embora tenham como produto o mesmo resultado, o ativismo judiciário pode ser descrito como uma atitude, decisão ou comportamento dos magistrados no sentido de revisar temas e questões - *prima facie* - de competência de outras instituições, ao passo que a judicialização da política, sendo mais ampla e estrutural, cuidaria das macrocondições jurídicas, políticas e institucionais que turbariam a transparência decisória no eixo de separação de poderes.¹⁰⁴

Conforme Vieira, referenciado em estudo de Marshall, o ativismo judicial pode ser classificado em sete tipos ideais: a) contramajoritário, marcado pela relutância em relação às decisões emanadas dos representantes eleitos; b) não originalista, implicando no completo abandono, no ato de julgar, da busca da intenção do legislador; c) de precedentes, consistindo na rejeição dos precedentes judiciais anteriormente estabelecidos; d) formal ou jurisdicional, caracterizado pela resistência por parte dos Tribunais em aceitar um limite estanque para sua atuação; e) material ou criativo, derivado da consagração de novos direitos a partir da criação de doutrinas constitucionais; f) remediador, por meio do qual o Poder Judiciário impõe aos demais Poderes a realização de atuações positivas ou, quando realizadas como parte da própria política governamental, controla-as; g) partisan,

¹⁰⁴ ARAÚJO, 2012, p. 04.

consistente no uso do Poder Judiciário para patrocinar ou alcançar objetivos afetos a determinado partido ou segmento social.¹⁰⁵

Entretanto, o ativismo, ao contrário do que possa parecer, não derroga o princípio da inércia da jurisdição, isto é, mesmo quando um juiz ou tribunal adota um tipo ideal de ativismo em suas decisões, isso não significa que tenha ocorrido uma iniciativa desligada de uma provocação externa, o que equivaleria, na prática, a uma espécie de julgamento sem processo.

Isso também não quer dizer que o ativismo judiciário não possa ser resultado da i) comunhão de interesses político-ideológicos dentro do próprio corpo da magistratura ou ii) a contrapartida judiciária à forma de condução dos assuntos públicos pelos demais Poderes, redundando, por fim, no questionamento sobre a maneira de “fazer política” e na superação da autonomia do campo político pela via de inserção dos códigos jurídico-legais lícito/ilícito e morais certo/errado.

Aliás, a primeira hipótese tem sido utilizada por Hirschl para explicar, além da análise normativa usual, a atuação dos Tribunais nas modernas Democracias Constitucionais:

O poder judicial não cai do céu; ele é politicamente construído. Acredito que a constitucionalização dos direitos e o fortalecimento do controle de constitucionalidade das leis resultam de um pacto estratégico liderado por elites políticas hegemônicas continuamente ameaçadas, que buscam isolar suas preferências políticas contra mudanças em razão da política democrática, em associação com elites econômicas e jurídicas que possuem interesses compatíveis.¹⁰⁶

A segunda hipótese relaciona-se a uma já rançosa suspeição que recai sobre a política, ou, melhor dizendo, sobre as práticas políticas profissionais ao estilo weberiano. Esse preconceito com relação à política parte de uma “concepção de a política ser, em seu âmago interior, uma teia feita de velhacaria de interesses mesquinhos e de ideologia mais mesquinha ainda”¹⁰⁷, gerando em seu entorno um

¹⁰⁵ VIEIRA, 2009, p. 50.

¹⁰⁶ HIRSCHL, 2004, p. 49.

¹⁰⁷ ARENDT, 2012, p. 27.

espectro de desconfiança generalizada que acaba por atingir as fileiras do Poder Judiciário.

De fato, o que parece acontecer é o florescimento de uma desconfiança relativamente à política por conta de seu entrelaçamento com códigos valorativos (certo e errado) e jurídico-legais (lícito e ilícito), fomentando um discurso de secção entre política e politicalha (uma espécie de deturpação da *real politik*), facilitando a introdução da idéia de que os políticos profissionais

[...] se aproveitam da pobreza e dos baixos níveis educacionais da população, para promover a “compra de votos” e o uso abusivo da máquina administrativa. O aliciamento de grandes massas de eleitores por meio de oferecimento de dinheiro, bens ou de promessa de empregos ou funções públicas é prática corriqueira e que continua a se repetir eleição após eleição.¹⁰⁸

Haveria, desse modo, uma abissal diferença entre a política como ela é praticada pela maior parte dos detentores de cargos eletivos no Executivo e no Legislativo (políticos profissionais) e a política asséptica defendida pelos Tribunais, ou seja, como ela deveria ser. Na expressão precisa do ministro Rui Barbosa do Supremo Tribunal Federal,

Política e politicalha não se confundem, não se parecem, não se relacionam uma com a outra. Antes se negam, se excluem, se repulsam mutuamente. A política é a arte de gerir o Estado, segundo princípios definidos, regras morais, leis escritas, ou tradições respeitáveis. A politicalha é a indústria de o explorar a benefício de interesses pessoais. Constitui a política uma função, ou conjunto das funções do organismo nacional: é o exercício normal das forças de uma nação consciente e senhora de si mesma. A politicalha, pelo contrário, é o envenenamento crônico dos povos negligentes e viciosos pela contaminação

¹⁰⁸ **Integração Justiça Eleitoral Sociedade Civil. in A REFORMA Silenciosa da Justiça.** Organização: Centro de Justiça e Sociedade da Escola de Direito do Rio de Janeiro da Fundação Getulio Vargas. Rio de Janeiro, 2006, p. 20.

de parasitas inexoráveis. A política é a higiene dos países moralmente sadios. A politicalha, a malária dos povos de moralidade estragada.¹⁰⁹

Na essência, todavia, a desconfiança do Poder Judiciário com relação à política provém da constitucionalização do Estado de Direito, gerando a submissão de toda a prática estatal à matriz vazada no texto constitucional que, por sua vez, carece de existência independente, sendo aquilo que o Judiciário quer que ele seja, e isso nem sempre quer dizer que os preceitos constitucionais serão algo melhor após purificados pela interpretação jurisdicional.

Ponderadas essas circunstâncias, importa, agora, tentar situá-las e, antes disso, identificá-las nas práticas judiciárias nacionais para, a seguir, utilizá-las como referência instrumental no estudo desses fenômenos no Tribunal Regional Eleitoral do Estado de Santa Catarina, ressaltando-se, contudo, que o modelo de desenvolvimento econômico e social do Brasil ao longo de sua história deve ser levado em conta, pois, muito provavelmente, condicionou, de modo distinto, a litigiosidade social e em nossos Tribunais, bem como - e quanto a isso não restam dúvidas - os alternados períodos de exceção democrática tiveram um impacto substancial sobre o Poder Judiciário e sua funcionalidade.¹¹⁰

3.3 PECULIARIDADES DA JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA NO BRASIL

¹⁰⁹ BARBOSA, 2013, pp. 34-35.

¹¹⁰ A propósito, Santos, Marques e Pedroso assinalam que “O nível de desenvolvimento econômico e social afeta o desempenho dos tribunais por duas vias principais. Por um lado, o nível de desenvolvimento condiciona o tipo e o grau de litigiosidade social e, portanto, de litigiosidade judicial. Uma sociedade rural dominada por economia de subsistência não gera o mesmo tipo de litígio que uma sociedade fortemente urbanizada e com uma economia desenvolvida. Por outro lado, embora não se possa estabelecer uma correlação linear entre desenvolvimento econômico e desenvolvimento político, os sistemas políticos nos países menos desenvolvidos ou de desenvolvimento intermédio têm sido, em geral, muito estáveis, com períodos mais ou menos longos de ditaduras alternados com períodos mais ou menos curtos de democracia de baixa intensidade. Esse fato não pode deixar de ter um forte impacto na função judicial.” (SANTOS; MARQUES; PEDROSO, 1995, p. 21)

O estudo da judicialização da política no Brasil, partindo-se do consenso de que ela existe também aqui, demanda, antes de qualquer análise direcionada a descobrir os aspectos analíticos do fenômeno, o escrutínio das condições institucionais enquanto pressupostos da judicialização, com especial ênfase nas sucessões democráticas, pois, conforme verificado por Neal Tate, a Democracia é uma condição institucional básica para o desenvolvimento da judicialização, sendo esta incompatível, sob seu ponto de vista, com sistemas políticos autoritários.

Além disso, deve-se ter em conta que os desenvolvimentos sócio-estatais internacionais não se verificaram no Brasil na mesma velocidade. Quando da emergência do denominado Estado Liberal, e mesmo após sua consolidação nos países centrais, o Brasil era uma colônia portuguesa. Não bastasse isso, o Estado Social não se realizou entre nós fora da letra fria do texto constitucional de 1988.

Em face dessa conjunção de fatores, a clássica divisão dos poderes, outro elemento institucional importante no processo de judicialização da política, consolidou-se tardiamente, possibilitando uma explicação um tanto diversa, e até mesmo original, do fenômeno.

Para melhor exposição do assunto, as condições institucionais referidas serão abordadas em separado.

A partir da Proclamação da República, o Brasil foi submetido a uma série de conturbações da ordem democrática, servindo como exemplos o governo Arthur Bernardes, todo ele sob estado de sítio, a ditadura do período Vargas (1930-1945) e a recente ditadura militar (1965-1989), situações que, mesmo sendo experimentadas em outros países republicano-democráticos mundo afora (na França Napoleônica, por exemplo), tiveram entre nós impactos distintos por conta da deficiência no amadurecimento e consolidação dos ideais afetos a tal organização.

Esses períodos de exceção democrática nacional são caracterizados pela concentração e centralização do poder político no braço executivo do Estado, impedindo que a neutralidade política do Poder Judiciário seja rompida, o que leva, por conseguinte, à manutenção de um modelo de independência judicial do tipo liberal, marcado pela procedimentalização lógico-formal estritamente dependente da legalidade, pela atuação reativa limitada aos pequenos litígios individuais e a dependência orçamentária e administrativa com relação aos demais poderes¹¹¹.

¹¹¹ SANTOS; MARQUES; PEDROSO, 1995, p. 22.

Os longos períodos republicanos de autoritarismo e a propagação de uma cultura política a ele subordinada mantiveram a atuação judiciária distante da seara propriamente política e, quando houve atuação nesse sentido, o Judiciário operou como um agente de legitimação dos atentados contra a Democracia, não causando estranheza, por isso, que ainda hoje o Supremo Tribunal Federal, por exemplo, considere recepcionadas pela Constituição Federal de 1988 uma série de regras legais produzidas dentro dos variados períodos de exceção democrática cujo conteúdo é, de forma manifesta, autoritário e antidemocrático.

Apenas para ilustrar, a Corte Suprema considera válidas em face da Constituição Federal de 1988, o Código Penal de 1940 e o Código de Processo Penal de 1941, ambos promulgados na forma de Decreto-lei pelo então presidente Getulio Vargas, o Código de Processo Civil, promulgado em 1973, em plena Ditadura Militar e, o mais assombroso, o Código Eleitoral de 1965 e o Decreto-lei 201/67, editado pelo governo militar com o objetivo de controlar os prefeitos refratários ao regime em municípios nos quais as eleições para o cargo continuaram sendo realizadas.

A recepção constitucional do Decreto-lei 201/67¹¹² soa ainda mais absurda quando se constata que sua edição se deu

[...] com base no Ato Institucional n.º 4; ele jamais teve suporte constitucional. O Decreto-Lei n.º 201 não se coaduna absolutamente com o sistema constitucional, é uma excrescência dentro do sistema constitucional; ele viola completamente o sistema constitucional. É muito importante salientar e repetir que ele foi editado com base em ato institucional.¹¹³

Não por outras razões, pode afirmar que

¹¹² O Decreto-lei 201/67 foi editado pelo presidente Castello Branco nos meandros da convocação da Assembléia Constituinte encarregada de elaborar uma nova Carta em substituição a de 1946. Seu fundamento foi extraído do Ato Institucional número 4, por intermédio do qual foi convocada a Assembléia Constituinte. O AI-4 autorizava, em seu artigo 9o, o Presidente da República a baixar “decretos-leis sobre matéria de segurança nacional até 15 de março de 1967.”

¹¹³ DALLARI, 1994, p. 57.

A independência dos tribunais na matriz liberal é, pois, compatível com regimes não-democráticos. O controle político tende a ser exercido pela exclusão das áreas de litigação que contam politicamente para a sobrevivência do sistema e por formas de intimidação difusa que criam sistema de auto-censura. O objetivo é reduzir a independência à imparcialidade do juiz perante as partes em litígio e garantir a lealdade passiva dos magistrados ao regime. Essa estratégia garante ao Judiciário uma existência relativamente apagada, mas, ao mesmo tempo, sem a necessidade de se salientar em manifestações de lealdade, sendo esta uma das razões pelas quais, quando os regimes autoritários caem, a esmagadora maioria dos magistrados é confirmada pelo novo regime e continua em suas funções.¹¹⁴

A compatibilidade da matriz liberal dos tribunais, na qual sua tarefa deveria ser de bloqueio, com governos não-democráticos, pode ser demonstrada, no mais, pelo posicionamento do Supremo Tribunal Federal a respeito da validade dos atos ilegais praticados pelo governo provisório na Revolução de 1930 e na impossibilidade de sua revisão judicial.

No panorama dado, a Corte, conduzida por voto do Ministro Castro Nunes, estabeleceu que “a aprovação pela Assembléia Constituinte dos atos do Governo Provisório não teria razão de ser se não fosse acompanhada da clausula que veda a revisão judicial na reparação dos direitos individuais violados”, pois, se diferente fosse, de nada “adiantaria aprovar aqueles atos sem a devida clausula proibitiva”, posto que “os atos revolucionários, na grande maioria, constituem-se em práticas contra a lei” e, dessa feita, “aprová-los e permitir que os interessados pudessem ingressar no Poder Judiciário de nada adiantaria.”¹¹⁵

A limitação do alcance da judicatura nos hiatos democráticos não acontece, como se pode constatar a partir do posicionamento do Supremo Tribunal Federal acima aludido, sem a elaboração de um

¹¹⁴ SANTOS; MARQUES; PEDROSO, 1995, p. 23.

¹¹⁵ MEYER-PFLUG, 2007, p. 92.

consistente arcabouço jurídico do qual se vale o Poder Executivo para definir, arbitrariamente, atos típicos de governo ou atos políticos, estabelecendo que sobre eles não pode haver manifestação judicial.

Veja-se, a propósito, que a Constituição de 1934, do início da era Vargas, continha disposição explícita em seu artigo 68, vedando “ao Poder Judiciário conhecer de questões exclusivamente políticas”, contribuindo para o alargamento das impossibilidades da judicialização da macroconflituosidade ou da atuação judiciária ativa, visto que, na perspectiva constitucional liberal em que se encontra fundada a teoria da tripartição dos poderes estatais, não obstante a existência de uma demarcação funcional típica para cada um dos poderes, permanece a competência judiciária para apreciar e julgar os atos dos demais poderes, ainda que políticos ou de governo, quando afrontem alguma disposição constitucional.

De outro vértice, essa moldura jurídico-legal tende a auto-blindar a elite política contra uma eventual responsabilização futura por seus desmandos, ensejando, em países como o Brasil, em que há um forte e antigo entrecruzamento do poder político com o poder econômico, um incremento nos índices de corrupção e a estratificação de uma cultura de impunidade de específicos setores oligárquicos, cuja perfeita tradução pode ser obtida a partir de paradigmas judiciais pacíficos ainda hoje no Supremo Tribunal Federal, considerando punível a conduta de um desempregado que furta trezentos reais para comer, ou furta um botijão de gás, ou furta mercadorias em um grande supermercado, ao passo que considera impunível a conduta de um empresário, ou de qualquer pessoa de posses para tanto, que sonegue tributos em valor não superior a vinte mil reais, ou, mesmo que contrariando a posição das Cortes Internacionais de Direitos Humanos, pela absurda declaração de constitucionalidade da Lei de Anistia pela mesma Corte.

A emergência do paternalismo também se encontra imbricada com essa cultura e manifesta-se

[...] com sua recíproca: negar pão e água ao adversário. Para favorecer aos amigos, o chefe local resvala muitas vezes para a zona confusa que medeia entre o legal e o ilícito, ou penetra em cheio no domínio da delinquência, mas a solidariedade partidária passa sobre todos os pecados uma esponja regeneradora. A definitiva

reabilitação virá com a vitória eleitoral, porque, em política, no seu critério, “só há uma vergonha: perder”.¹¹⁶

Não bastasse isso, causas endógenas atreladas à formação do Republicanismo Representativo-Democrático contribuíram para um longo período de deslegitimação do Poder Judiciário como agente catalisador de mudanças sociais, emperrando ainda mais a emergência de qualquer processo de judicialização no Brasil, agora não mais pela concentração e centralização do poder político no braço executivo, mas pela formação de poderes privados capazes de impor ao Estado a sua vontade e os seus interesses.

Nesse passo, ainda que a questão seja controversa e, sob outro viés, até mesmo propulsora, em datas mais recentes, do discurso que empresta parcial fundamento à judicialização da política (a guardiania), a proclamação da República, a extensão do direito de sufrágio e

A superposição do regime representativo, em base ampla, a essa inadequada estrutura econômica e social, havendo incorporado à cidadania ativa um volumoso contingente de eleitores incapacitados para o consciente desempenho de sua missão política, vinculou os detentores do poder público, em larga medida, aos condutores daquele rebanho eleitoral. Eis aí a debilidade particular do poder constituído, que o levou a compor-se com o remanescente poder privado dos donos de terras no peculiar compromisso do “coronelismo”.¹¹⁷

Dentro dessa moldura, a divisão funcional do poder é de pouca relevância, posto que o compromisso oligárquico é justamente o forte opositor do Republicanismo Democrático de matriz representativa do qual resulta a tripartição dos poderes estatais.

Oportuno acrescentar, também, que a própria teoria da divisão dos poderes no período posterior à Proclamação da República encontrou resistências decorrentes de uma formatação prático-doutrinária anômala herdada do época colonial e do Império, sendo que neste fora negada independência a todos os poderes pela via da inserção do Poder

¹¹⁶ LEAL, 2012, p. 60.

¹¹⁷ Ibid, p. 233.

Moderador, a vitaliciedade do Senado e a demissibilidade da Câmara dos Deputados por ato do Imperador¹¹⁸, e naquela reinava a completa promiscuidade no modelo de exercício dos poderes públicos, se é que assim podemos dizer, vigorando um sistema de governo comunal denominado de Câmara Municipais, com tarefas executivas de governo, mas composta por dois juízes e três vereadores.¹¹⁹

Em linhas gerais, pode-se afirmar que, por extenso lapso temporal não houve efetiva tripartição funcional dos poderes no Brasil e, quando houve, restou comprometida pelo coronelismo e seus acréscimos, represando, ao lado das deficiências democráticas, as possibilidades de atuação política por parte do Poder Judiciário, realidade que não escapou à percepção de Carvalho, para quem

[...] a história do Brasil mostra que o dispositivo constitucional da separação de poderes, tal qual a democracia brasileira, pouco ou de nada valeu antes da Constituição de 1988.

Depois do golpe (1964), o poder foi assumido pelos militares que tentariam resolver os problemas a sua maneira. O Legislativo e o Judiciário sofreram profundas alterações. À semelhança do Estado Novo, os poderes do executivo foram aumentados. Seus atos escaparam ao controle do Judiciário. O Supremo Tribunal Federal foi atingido por diversas medidas que interferiram na sua composição e limitaram seus poderes. Os direitos e garantias dos cidadãos, assim como a liberdade de comunicação, reunião e pensamento ficaram subordinadas ao conceito de segurança nacional.¹²⁰

Ao que tudo indica, a Constituição Federal de 1988 - de existência jurisdicional duvidosa - é a responsável por iniciar um novo ato nesse processo, recolocando e ressignificando os termos do fenômeno.

Se nos regimes autoritários experimentados no período republicano encontrava-se assente a divisão entre ato judicial e ato

¹¹⁸ FAORO, 2012, p. 511.

¹¹⁹ LEAL, 2012, pp. 76-77.

¹²⁰ CARVALHO, 2004, p. 118.

político, sendo vedada a avaliação judicial do ato político, a Constituição Federal de 1988, apesar de manter a divisão funcional dos poderes e de ditar um longo e exclusivo feixe de atribuição para cada um deles, sufragou o princípio da inafastabilidade da jurisdição, preconizando, no artigo 5º, inciso XXXV, que “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”, ao mesmo tempo que, de uma só vez, constitui e titularizou direitos afetos a práticas jurídico-estatais muito distintas, ocasiando um alastramento sem precedentes de demandas judiciais de toda ordem.

Pode-se notar, num primeiro momento, que a inafastabilidade da jurisdição repele, em absoluto, que atos de governo, ainda que discricionários ou que importem em ações positivas de ordem programática, sejam retirados da apreciação do Poder Judiciário em casos nos quais a inação estatal provoque a violação de um direito, seja ele individual, social ou difuso.

A possibilidade constitucional atual de judicializar qualquer questão, mesmo as tipicamente políticas, foi introduzida acompanhada de mecanismos ou agentes de judicialização e tutela dos interesses e direitos que vieram a reboque na Carta Política, oportunizando a análise do fenômeno a) sob uma ótica conservadora voltada à preservação do postulado republicano da divisão dos poderes e dos direitos individuais e políticos; b) sob prismas progressistas que observam na abertura constitucional um *superávit* na cidadania e na fruição dos direitos em decorrência da administração judicial da macroconflituosidade ligada aos direitos sociais e difusos; ou, c) sob um enfoque estritamente pragmático e eficientista atrelado a um novo conceito de representação política.

A primeira corrente encontra representante em Arantes, que adota um modelo de constituição e república constitucional

[...] com marcada separação dos poderes, cujo equilíbrio mantém o predomínio das instâncias eleitorais-majoritárias de representação. O modelo de Constituição é o liberal e o do Judiciário, de órgãos técnicos voltados predominantemente à aplicação da lei aos casos individuais e com limitada interferência nas decisões legislativas e governamentais.¹²¹

¹²¹ MACIEL; KOERNER, 2002, p. 130.

Werneck Vianna é um expoente da segunda posição, tomando

[...] como modelo uma república constitucional, em que há cooperação e complementaridade entre os poderes na produção de decisões políticas, para as quais concorrem formas de representação eleitorais e funcionais. As dimensões da participação política e a deliberação pública são enfatizadas. O modelo da Constituição é o democrático-comunitário, no qual o Judiciário tem o papel de formular, segundo determinados procedimentos de que participa a comunidade de interpretes, os valores compartilhados, bem como o de servir de canal de expressão de grupos que demandem a promoção dos objetivos comuns expressos pelos direitos fundamentais. Assim, amplia-se o escopo, a visibilidade e as ocasiões em que os seus agentes atuam em ralação às autoridades governamentais, à burocracia e outros espaços sociais.

O terceiro posicionamento e, talvez, o mais inovador e controverso, fica a cargo de Thamy Pogrebinski. Em sua avaliação, a representação política deve ser submetida a uma expansão de sentido de modo a permitir a inserção de grupos sociais minoritários caracterizados pela comunhão de identidade cultural e não por sua ausência, em igualdade de condições, no processo político decisório.¹²²

Feito isso, caberia à instância judicial, especificamente às Cortes Constitucionais, propiciar o espaço para representação política das minorias culturais e promover a salvaguarda do núcleo constitucional de seus direitos, podendo atuar, ainda, “no exercício de seu papel institucional contramajoritário, como uma instância pró-minoritária.”¹²³

A judicialização da política nacional, nesse contexto, não seria vista como uma ingerência indevida do Judiciário nas funções das instituições representativas, “mas como uma ampliação daquilo que se considera função representativa”, possibilitando ampliar

¹²² POGREBINSCHI, 2012, p. 120.

¹²³ Ibid, p.123.

[...] o escopo da representação política e o espaço de sua aplicação, criando-se soluções institucionais que possibilitem fazer das cortes constitucionais instâncias efetivamente representativas, a despeito da inaplicabilidade do dispositivo eleitoral enquanto mecanismo de legitimação e *accountability*.¹²⁴

Porém, a possibilidade da Corte Constitucional, no caso, o Supremo Tribunal Federal, exercer essa forma rearticulada de representação política que supera o simples vínculo com a eleição dos representantes reclama delegação direta da Constituição e dos demais poderes e, indireta, dos eleitores; mecanismos de controle dos agentes delegados e uma forma de legitimação que suplante a ausência de escolha pelo voto dos eleitores.

É justamente nesse último ponto que o eficientismo é inserido por Pogrebinschi como dogma que passa a informar a legitimidade do agir político, passando a ser considerados representantes democráticos “todos aqueles que, legitimamente, satisfazem, por meio de suas atividades, demandas sociais que possuem consequências políticas”¹²⁵, garantindo-se, desse modo, que os procedimentos pelos quais a Democracia é usualmente identificada cedam “lugar aos efeitos e consequências percebidos no plano concreto”.¹²⁶

Embora os três modelos de explicação do fenômeno confrontem a realidade inerente ao cenário nacional posterior à promulgação do texto constitucional de 1988, é o diagnóstico de Vianna *et alli*, como se verá ao final, que melhor consegue apanhar as linhas explicativas e compreender as causas da judicialização da política no Estado Democrático de Direito que se constitui a partir da República Federativa do Brasil ordenada a partir da primavera de 1988, sem que isso implique, no entanto, a renúncia às hipóteses de Ferejohn.

Partindo-se da reprise da explicação causal fornecida por Ferejohn, a judicialização da política encontra-se vinculada a uma percepção pública de que se pode confiar mais nos Tribunais para resolver questões envolvendo macroconflituosidades (hipótese de direitos) e à fragmentação no exercício do poder político (hipótese de fragmentação).

¹²⁴ Ibid, p.124.

¹²⁵ Ibid, p.127.

¹²⁶ Ibid, p.128.

José Alvaro Moisés define confiança e, em seguida, confiança institucional, como

[...] algo que se refere à crença das pessoas na ação futura dos outros ou, dito de outro modo, é algo relativo à aposta de que, por meio de sua ação ou inação, os outros contribuirão para meu bem-estar ou, quando menos, se eximirão de impor prejuízos a mim; mas, uma vez mobilizada, a confiança envolve riscos, porque ela não assegura necessariamente certeza quanto a seus resultados. A confiança não se restringe, ademais, apenas à relação entre seres animados e, na esfera política, supõe-se que ela preencha o vazio derivado das dificuldades das pessoas comuns em mobilizar os recursos cognitivos necessários para avaliar e julgar a qualidade das complexas decisões políticas que afetam suas vidas; nesse caso, ela envolve a crença e as expectativas das pessoas a respeito das funções singulares atribuídas às instituições no regime democrático, algo diretamente relacionado com sua qualidade.¹²⁷

O ponto de tensão aqui é a confiança enquanto causa da judicialização da política no Brasil, isto é, as pessoas confiam no Poder Judiciário a tal ponto que permitem a ele (ou buscam nele) a resolução de questões cuja competência fora, em outro momento, entregue/confiada aos demais Poderes do Estado ou, ainda, a outras arenas sociais de solução de controvérsias políticas.

Ocorre que, segundo o índice de confiança nas instituições medido, ao final do ano de 2012, pela Faculdade de Direito da Fundação Getulio Vargas (ICJ-Brasil),

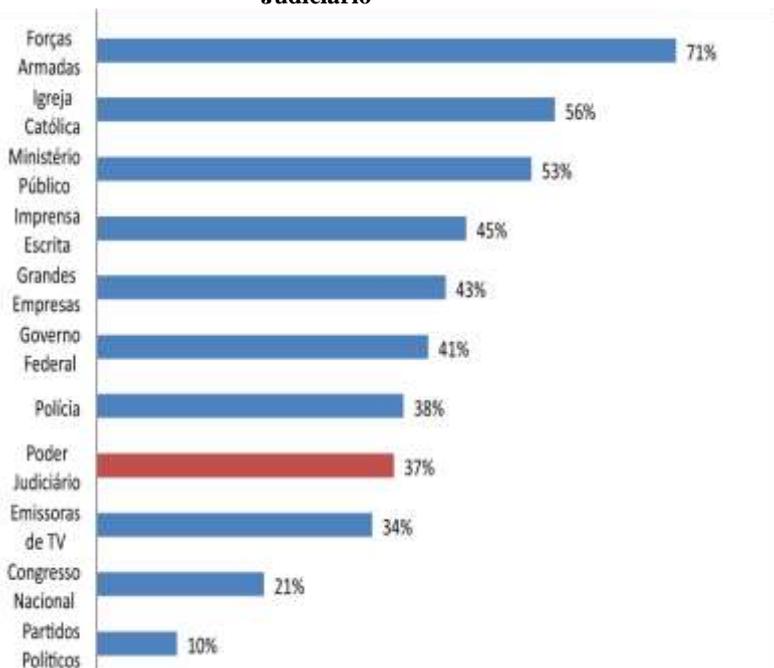
No que diz respeito à mensuração da confiança da população nas instituições, na declaração espontânea sobre o quanto os entrevistados confiam no Poder Judiciário, este percentual chegou a 37%. Comparando-se a confiabilidade no Poder Judiciário com a confiabilidade nas

¹²⁷ MOISÉS(Org), 2010, p. 09.

outras instituições, o Judiciário foi considerado a oitava instituição mais confiável, ficando na frente apenas das emissoras de TV, do Congresso Nacional e dos partidos políticos.¹²⁸

Para que se tenha uma idéia do que isso representa, veja-se o gráfico a seguir, ilustrando o grau de confiança, por parte dos entrevistados, nas demais instituições:

Gráfico 1. Índice de Confiança da População nas Instituições e no Poder Judiciário



A confiança na instituição judiciária, dessa feita, parece não fornecer uma adequada explicação do processo de judicialização da política.

¹²⁸ **Relatório ICJ-Brasil. 4º Trimestre de 2012.** p. 13. Disponível em http://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/10754/Relatorio_ICJBrasil_4TRI_2012.pdf?sequence=1. Acesso em 08 de junho de 2013.

No entanto, há outros elementos relacionados que contribuem para o estudo da matéria, a saber: a) uma extensa margem de confiança em agentes específicos da judicialização (Ministério Público¹²⁹); b) uma forte confiança institucional no Governo Federal, contrariando, ao menos no Brasil, o entendimento de que o ativismo judicial, a face ativa da judicialização, pode ser fomentado pela descrença na eficácia da ação executiva na implementação de políticas públicas de largo espectro, cujo encargo recai, por força da Constituição, sobre a esfera federal (educação pública superior, elaboração da política de saúde, etc); c) em decorrência da manutenção da confiança no Governo Federal, a suspeita acerca da confirmação da tese da deslegitimação do Estado como mecanismo de proteção social, o que levaria os socialmente desprotegidos a canalizar para o Poder Judiciário suas expectativas de amparo e proteção; e d) uma baixa confiança no Congresso Nacional e nos Partidos Políticos, coadunando a tese de suspeição generalizada da política “profissional”.

Observe-se, a princípio, que a funcionalidade do Ministério Público como agente promotor da judicialização da política é acridamente criticada por Arantes em sua análise do tema, ressaltando que, em sua pesquisa, obtiveram-se dados noticiando que 84% dos membros da instituição concordam, total ou parcialmente, com a assertiva segundo a qual “a sociedade brasileira é hipossuficiente, isto é, incapaz de defender autonomamente os seus interesses e direitos, e que por isso as instituições da justiça devem atuar afirmativamente para protegê-la”¹³⁰, cabendo ao Ministério Público, então, a responsabilidade de conscientizá-la e tutelá-la, permitindo-lhe maior acesso à Justiça com vista ao atendimento das demandas coletivas e o desenvolvimento da cidadania a partir da direção dada por um poder externo em detrimento das instituições democrático-representativas¹³¹.

Em razão do exposto, o fenômeno da judicialização da política no Brasil pode ser melhor explicado a partir da (i) insurgência de agentes judicializadores animados pelo desiderato de resignificar o espaço democrático; (ii) desconfiança do público com relação à política

¹²⁹ O artigo 127 da Constituição Federal de 1988 preconiza que “O Ministério Público é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbendo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis.”

¹³⁰ ARANTES, 2002, p. 16.

¹³¹ Ibid, pp. 129-130.

“profissional”¹³², aliada a uma desconfiança judiciário-institucional em função do entrecruzamento constitucional dos códigos da política com os códigos do Direito e da Moral decorrente da conformação republicana do Estado Democrático de Direito; (iii) causas intestinas, relacionadas, a princípio, com o histórico da formação do Poder Judiciário no Brasil, os critérios de seleção e nomeação dos juízes que o compõe e, retomando a hipótese anterior, à tônica de seus discursos no que diz respeito à suspeita dos procedimentos inerentes à democracia nacional e sua possível contaminação (dos discursos) por ideologias autoritárias conformadas no centro do ideário acerca da posição do município na federação e inclinadas a “ampliar o controle judiciário sobre as comunas e não a tutela do Legislativo ou do Executivo.”¹³³

A fragmentação do poder político, por outro lado, também fornece uma explicação condizente com o fenômeno estudado, especialmente por que a judicialização da política é acompanhada por um processo de fragmentação do poder estatal no nível executivo passível de verificação a partir dos seguintes eventos: a) o advento da Lei 9.095/95 (Lei dos Partidos Políticos), retirando as agremiações partidárias da estrutura do Estado e transformando-as em pessoas jurídicas de direito privado (até a Constituição Federal de 1988, os partidos políticos eram considerados pessoas jurídicas de direito público, ou seja, eram órgãos do Estado); b) a impossibilidade, ressalvada a intervenção federal previamente aprovada pelo Supremo Tribunal Federal, de os governadores dos estados serem nomeados por ato do Presidente da República (interventores); c) o reconhecimento constitucional da autonomia político-administrativa dos entes federados (estados, distrito federal e municípios) e a respectiva fixação de um elenco de competências privativas; e d) a instituição do cargo de prefeito municipal e, posteriormente, a sua eletividade, nunca realizada na prática no período da Primeira República, suprimida na vigência da Constituição de 1937, reintroduzida pela Constituição de 1946¹³⁴, limitada pela Golpe Militar de 1964 e reestabelecida, com os contornos atuais, pela Carta Política de 1988.

Mas isso não é tudo.

¹³² De acordo com pesquisa encomendada pela Associação dos Magistrados Brasileiros, 73% dos entrevistados concordam que os políticos são os maiores beneficiados pela atividade política institucionalizada.

¹³³ LEAL, 2012, p. 93.

¹³⁴ Ibid, pp. 101-105.

Vianna chama a atenção para o fato de que

O processo institucional que tem aproximado o Brasil de uma judicialização da política, levando o judiciário a exercer controle sobre a vontade do soberano, resulta [...] de se ter adotado o modelo de controle abstrato da constitucionalidade das leis com a intermediação de uma “comunidade de intérpretes”, e não, como em outros casos nacionais, da assunção de novos papéis por parte de antigas instituições.¹³⁵

A referida comunidade de intérpretes é formada pelos agentes do poder público e representantes de grupos de interesse constitucionalmente legitimados para propor, perante o Supremo Tribunal Federal, as ações de controle de constitucionalidade das leis, bem como patrocinar, perante a mesma Corte, as ações de inconstitucionalidade por omissão do Poder Público ou por descumprimento de preceito fundamental estampado no texto político e, mais recentemente, nos tratados internacionais que versem sobre direitos humanos de que o Brasil seja signatário¹³⁶.

Releva destacar que a comunidade da intérpretes da Constituição encontra-se radicada sob o entendimento de que o texto político é aberto (no sentido de que não é literalmente fixo e estático) e virtual, ou seja, como disse o Ministro Eros Grau do Supremo Tribunal Federal, a Constituição 1988 não existe, sendo, na prática, aquilo que o Supremo Tribunal Federal, ao interpretá-la, diz que ela é.

Desse modo,

A concretização da vontade geral declarada na Constituição seria, nesse sentido, uma obra aberta confiada às futuras gerações, às quais competiria garantir a efetividade do sistema de direitos constitucionalmente assegurados por meio dos recursos procedimentais dispostos em seu próprio texto. A política se judicializa a fim de

¹³⁵ VIANNA *et alli*, 1999, p. 47.

¹³⁶ Nos termos do artigo 5º, parágrafo 3º, da Constituição Federal de 1988, “Os tratados internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais.”

viabilizar o encontro da comunidade com os seus propósitos, declarados formalmente na Constituição.¹³⁷

Não se olvide, no entanto, que essa procedimentalização a que se refere Vianna não se confunde com o procedimentalismo *habermasiano*.

Nos termos da teoria da ação comunicativa defendida por Habermas,

[...] a esfera pública é uma sistema de alarme dotado de sensores não especializados, porém, sensíveis no âmbito de toda a sociedade. Na perspectiva de uma teoria da democracia, a esfera pública tem que reforçar a pressão exercida pelos problemas, ou seja, ela não pode limitar-se a percebê-los e a identificá-los, devendo, além disso, tematizá-los, problematizá-los e dramatizá-los de modo convincente e eficaz, a ponto de serem assumidos e elaborados pelo complexo parlamentar. E a capacidade de elaboração dos próprios problemas, que é limitada, tem que ser utilizada para um controle ulterior do tratamento dos problemas no âmbito do sistema político¹³⁸.

Nesse diapasão, o Estado e a Sociedade Política, de modo geral, e a Administração Pública, em particular, recolheriam da esfera pública a tematização de seus problemas e necessidades, elaborando-os no exercício parlamentar e, ato contínuo, os devolveriam à sociedade em forma de soluções práticas ou serviços públicos de alcance difuso, utilizados, a posterior, como meio de controle das tematizações problematizadas.

O governo, nessa ótica, demonstraria sua operatividade por meio do grau de proximidade e absorção da influência sobre ele exercida pela esfera pública, transformada em poder legítimo a partir do instante em que encampada pela esfera política oficial.

Dentro dessa dinâmica comunicacional derivada da interação de protagonistas distintos, caberia ao governo, por fim, informar à sociedade civil sob sua administração acerca dos encaminhamentos e

¹³⁷ VIANNA *et alli.*, 1999, p. 40.

¹³⁸ HABERMAS, 1997, p.91.

soluções dadas aos problemas dramatizados e reforçados por intervenção da esfera pública, oportunizando, dessa maneira, o controle do tratamento dado às situações assumidas pelo sistema político-administrativo vigente.

Pressuposto a isso estaria uma cidadania ativa, dotada da capacidade autoregulatória sobre a qual

O paradigma procedimental do direito pretende apenas assegurar as condições necessárias, a partir das quais os membros de uma comunidade jurídica, por meio de práticas comunicativas de autodeterminação, interpretam e concretizam os ideais inscritos na Constituição.¹³⁹

Feita essa ponderação, é possível afirmar que a judicialização da política no Brasil, independente de suas outras causas, é definida, justamente, a partir dessa peculiaridade, consistente na substituição do espaço público enquanto arena de discussão e posterior encontro entre a Sociedade e o Estado pela mediação do Poder Judiciário, acionado pelos intérpretes “legítimos” da Constituição, de modo a permitir “o encontro da comunidade com os seus propósitos,” diversamente do posicionamento de Habermas, para quem “a comunidade de intérpretes da Constituição se faria presente diretamente na vida pública e não pela mediação dos tribunais”¹⁴⁰.

¹³⁹ VIANNA *et alli*, 1999, p. 29.

¹⁴⁰ *Ibid*, p. 29.

4 INTERAÇÕES, FUNÇÕES E DISFUNÇÕES

4.1 A JUDICIALIZAÇÃO DA MEGAPOLÍTICA

O problema que se coloca a partir da judicialização da política reside em seu subseqüente desdobramento na judicialização da megapolítica, fenômeno identificado pelo controle dos atos políticos dos demais poderes pelo Judiciário, redundando em controle judicial sobre o exercício e manutenção do próprio mandato eletivo, e pelo deslocamento das disputas eleitorais - com mais força no espaço do Poder Executivo e com menos frequência, mas não menor relevância, nas disputas pela representação no Poder Legislativo - das urnas para os Tribunais.

Eventos internacionais recentes permitem concluir que a judicialização da política extrapolou o limite da análise ortodoxa que a observa a partir de uma leitura realizada pela ótica dos direitos constitucionalizados e adentrou no campo da própria disputa democrática pelos postos de governo, envolvendo, ainda, reformulações acerca do conceito da “questão política” ou atos de governo e a “corroboração judicial na transformação do regime”.¹⁴¹

A disputa judicial, em 2000, entre Bush e Gore pela presidência dos Estados Unidos da América e as reeleições de Hugo Chaves na Venezuela e a sucessão presidencial após sua morte ilustram bem o alcance da controvérsia.

No Brasil pós-constituição de 1988, embora com alguma resistência sentida a partir das decisões do Supremo Tribunal Federal por ocasião do julgamento do denominado “Caso Collor”, nas quais o Ministro Paulo Brossard sustentou o entendimento de que os tribunais seriam incompetentes para conhecer e julgar questões políticas, pois, se a lei não pode excluir da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito, a Constituição pode e, no caso, teoricamente excluiu, a judicialização da megapolítica pode ser observada, de modo geral, a partir das decisões do Tribunal Superior Eleitoral sobre a verticalização das coligações nas eleições proporcionais e fidelidade partidária, e, de forma concreta, pelos julgamentos que implicaram perda de mandato eletivo de governadores e prefeitos eleitos.

Exemplificativamente, no ano de 2001, o Tribunal Superior Eleitoral afastou do cargo o governador eleito do estado do Piauí, Mão

¹⁴¹ HIRSCHL, 2012, p. 138.

Santa. No ano de 2004, o mesmo Tribunal cassou o mandato de Flamarion Portela, governador eleito do estado de Roraima. Em 2008, foi cassado o mandato, pela mesma Corte Eleitoral, do governador Cassio Cunha Lima, eleito no estado da Paraíba, sob a acusação de compra de votos e abuso do poder econômico. No ano de 2009, o TSE cassou o mandato do governador eleito do estado do Maranhão, Jackson Lago, reconhecendo a prática de abuso de poder político e compra de votos, empossando, em seu lugar, o 2º colocado no pleito de 2006, Roseana Sarney, e o mandato do governador eleito do estado de Tocantins, Marcelo Miranda, por abuso do poder político, determinando a realização de escolha de novo governador por meio de eleição indireta. No ano de 2010, por fim, o Tribunal Regional Eleitoral do Distrito Federal cassou o mandato do governador José Roberto Arruda por infidelidade partidária.

Além disso, a Justiça Eleitoral determinou, no ano de 2004, a realização de eleições suplementares para o cargo de prefeito em 55 municípios do Brasil, 3 deles situados em Santa Catarina.¹⁴² Já no ano de 2008, a Justiça Eleitoral determinou a realização de eleições suplementares para o cargo de prefeito em 76 municípios do Brasil, 3 deles situados em Santa Catarina¹⁴³, não estando computados nesses dados os municípios nos quais foi dado posse aos classificados na 2ª colocação.

A judicialização da megapolítica no Brasil vem acompanhada, ao que parece, de uma tendência à cristalização de um padrão decisório revelando o entendimento por parte das Cortes Eleitorais segundo o qual a quantidade de votos não é fator suficiente à validade do processo eleitoral quando verificadas condições capazes de comprometer o equilíbrio das forças em disputa no cenário das eleições, colocando em pauta a discussão sobre a capacidade do corpo da sociedade civil aglutinada como eleitores formular suas preferências e, em vista delas, escolher os representantes que as espelhem.

A Justiça Eleitoral estabelece, desse modo, um novo ato na interpretação da funcionalidade do cidadão no contexto das confluências

¹⁴² Dados disponíveis em www.tse.jus.br/internet/eleicoes/2004/suplem_vaga_blannk.htm. Acesso em 18 de outubro de 2010.

¹⁴³ Dados disponíveis em www.tse.jus.br/internet/eleicoes/estatistica2008/est_result/suplementares.htm. Acesso em 18 de outubro de 2010.

e oposições entre Estado e sociedade civil, posto que a interferência do aparelho estatal na conformação de sua vontade termina por reforçar “aquele mesmo Estado do qual gostaria de se assenhorear e que, ao contrário, acaba por se tornar seu patrão.”¹⁴⁴ Emerge, assim, um novo conjunto de idéias aprimoradas acerca da representatividade do eleitor, permeadas pela tendência de corrigir sua vontade quando julgada distorcida, ou eliminá-la quando supostamente viciada, marcando com o cunho ideológico o anteparo da fundamentação que justifica o decreto judicial, comprometendo-se, até mesmo, a compreensão de que o voto, dado seu custo de fracasso inexistente, constitui para substancial parcela dos eleitores a ferramenta de barganha indispensável a não deterioração de suas condições de vida¹⁴⁵.

Todavia, diverso do que possa parecer à primeira vista, essa apropriação da vontade do eleitor não é consagrada em dogma da ação política do órgão estatal encarregado de prestar jurisdição sem que sobre ela pendam, embora de forma velada ou indireta, aspectos reveladores de tendência ao estabelecimento ou à manutenção de focos autorreferenciados de poder.

Ocorre que, diverso da legitimidade processual que tem o indivíduo da relação material controversa para provocar a ação dos demais ramos do Poder Judiciário (o trabalhador na relação de emprego; o consumidor na relação de consumo), o cidadão não possui legitimidade para figurar no pólo ativo das ações movidas perante a Justiça Eleitoral. Decorre disso que a judicialização da megapolítica envolve, necessariamente, condições institucionais vinculadas ao uso dos Tribunais Eleitorais por a) grupos de interesse sócio-econômicos descontentes com a política governista e b) partidos políticos de oposição insatisfeitos com a derrota nas urnas.

¹⁴⁴ BOBBIO, 2007, pp. 51-52.

¹⁴⁵ Na lição de Wanderley Guilherme dos Santos, “o custo de obter melhorias nas condições de vida via voto é inferior ao custo de obtê-las mediante o duvidoso recurso da reivindicação coletiva. E, no caso do voto, o custo do fracasso é igual a zero, pois o não cumprimento das promessas eleitorais não provoca automaticamente a deterioração do *status quo*, mas o deixa simplesmente como estava antes. Finalmente, enquanto em ações coletivas fracassadas os participantes não dispõem de mecanismos de retaliação, na troca de votos por serviços o eleitor detém a capacidade de retaliação no tempo, trocando de candidato. O voto clientelístico é o único recurso de poder das populações carentes em que o custo do fracasso é zero, em que seu valor de troca não se corrompe.” (SANTOS, 2007, p. 180)

Não está em questão, calha registrar, a constitucionalidade/legalidade da submissão do processo eleitoral ao controle exercido por meio do Poder Judiciário, mas sim a possível ligação de seu uso por grupos de interesse e partidos de oposição e a resposta judicial a tais demandas, o que parece canalizar a discussão e a construção da história política do país de forma unilateral, excluindo, uma vez mais, o protagonismo da sociedade civil. Não se olvida, de outro lado, que as práticas político-eleitorais rotineiras vigentes no cercado nacional expressam, de modos distintos, clientelismo, personalismo e patrimonialismo, “agindo no sentido de aumentar as desigualdades sociais e a exclusão social”.¹⁴⁶ Contudo, se, teoricamente, a judicialização da megapolítica tiver por objetivo a concreção de uma estratégia contra-majoritária autoimune, de forma a submeter a escolha eleitoral das maiorias a um escrutínio valorativo maquiado pela prática discursiva suprademocrática destinada a proteger o eleitor dessas “mazelas”, se impõe questionar quem irá defender a vontade das maiorias externalizada no voto da vontade de alguns poucos componentes dessa especial “comunidade de intérpretes”?

A resposta a esse questionamento é relevante em função de duas peculiaridades: 1) as Cortes Eleitorais na República Federativa do Brasil possuem composição heterônoma e são formadas por um limitado número de julgadores¹⁴⁷, tomando suas decisões por maioria de votos, não havendo necessidade, portanto, de unanimidade; 2) pressupõe-se um

¹⁴⁶ BAQUERO, 2004, p.166.

¹⁴⁷ Os Tribunais Regionais Eleitorais são compostos por 7 Juízes (2 advogados nomeados pelo Presidente da República, 2 desembargadores e 2 juízes togados da Justiça Comum Estadual escolhidos pelo Tribunal de Justiça Estadual e 1 juiz togado da Justiça Comum Federal escolhido pelo Tribunal Regional Federal, composto, importante assinalar, por 7 magistrados nomeados pelo Presidente da República. O Tribunal Superior Eleitoral, sediado em Brasília, igualmente é composto por 7 julgadores, sendo 2 advogados nomeados pelo Presidente da República, 3 ministros componentes do Supremo Tribunal Federal, todos nomeados pelo Presidente da República, e 2 ministros do Superior Tribunal de Justiça, nomeados, da mesma forma, por ato do Chefe do Poder Executivo. Já o Supremo Tribunal Federal, também sediado em Brasília, é formado por 11 ministros, todos eles nomeados por ato do Presidente da República, após aprovação do Senado Federal. A investidura nos órgãos da Justiça Eleitoral, ressalvado o Supremo Tribunal Federal, não é vitalícia, sendo os escolhidos designados pelo período de 2 anos, permitida uma recondução por igual período, após o qual novos juízes serão indicados.

certo comprometimento da Justiça Eleitoral com valores pretensamente extraídos do apanhado ético do pacto republicano expresso na Constituição Federal vigente, situação ilustrada, de maneira cristalina, no montante de deposições de agentes políticos operadas em decorrência de sua tutela¹⁴⁸, ou, em outras hipóteses, sustentados no cargo por conta de juízos hermenêuticos aptos a referendar a vontade do eleitor, mesmo que o fato analisado indicasse a ocorrência de fraude no processo eleitoral.¹⁴⁹ Assim, suas decisões não estariam na dependência de um

¹⁴⁸ No ano de 2001, o Tribunal Superior Eleitoral afastou do cargo o governador eleito do estado do Piauí, Mão Santa. No ano de 2004, o mesmo Tribunal cassou o mandato de Flamarion Portela, governador eleito do estado de Roraima. Em 2008, foi cassado o mandato, pela mesma Corte Eleitoral, do governador Cassio Cunha Lima, eleito no estado da Paraíba, sob a acusação de compra de votos e abuso do poder econômico. No ano de 2009, o TSE cassou o mandato do governador eleito do estado do Maranhão, Jackson Lago, reconhecendo a prática de abuso de poder político e compra de votos, empossando, em seu lugar, o segundo colocado no pleito de 2006, Roseana Sarney, e o mandato do governador eleito do estado do Tocantins, Marcelo Miranda, por abuso do poder político, determinando a realização de escolha de novo governador por meio de eleição indireta. No ano de 2010, por fim, o Tribunal Regional Eleitoral do Distrito Federal cassou o mandato do governador José Roberto Arruda por infidelidade partidária. Além disso, a Justiça Eleitoral determinou, no ano de 2004, a realização de eleições suplementares para o cargo de prefeito em 55 municípios do Brasil, 3 deles situados em Santa Catarina (Dados disponíveis em www.tse.jus.br/internet/eleicoes/2004/suplem_vaga_blannk.htm. Acesso em 18 de outubro de 2010). Já no ano de 2008, a Justiça Eleitoral determinou a realização de eleições suplementares para o cargo de prefeito em 76 municípios do Brasil, 3 deles situados em Santa Catarina, não estando computados nesses dados os municípios nos quais foi empossado candidato classificado na segunda colocação (Dados disponíveis em www.tse.jus.br/internet/eleicoes/estatistica2008/est_result/suplementares.htm. Acesso em 18 de outubro de 2010)"

¹⁴⁹ Paradigmática, nesse sentido, a situação do ex-governador de Santa Catarina, Luiz Henrique da Silveira. Em fevereiro de 2008, após o registro de votação que computava 3 votos a favor da cassação de seu mandato eletivo, estratificando, desse modo, a tendência de afastá-lo do cargo por abuso do poder político, o Tribunal Superior Eleitoral decidiu zerar a votação e, contrariando suas orientações anteriores, incluir no processo o então vice-governador Leonel Pavan. O resultado dessa nova postura implicou na manutenção de Luiz Henrique no cargo até seu afastamento para concorrer ao Senado Federal no ano

simples procedimento lógico-substantivo aparelhado pelo trinômio fato, valor e norma, mas na projeção de sua capacidade de captar a vontade latente no substrato social, interpretando-a de forma a extrair conteúdo socialmente inconsciente que encontre correspondência nas “regras do jogo” ditadas por sua compreensão apriorística de Democracia.

Portanto, a judicialização da megapolítica no Brasil não pode ser explicada tão somente pelo recurso as mesmas causas da judicialização da política e, de certo modo, isso pode ser facilmente entendido por não se tratar de uma disputa teórica entre a ótica conservadora voltada à preservação do postulado republicano da divisão dos poderes e dos direitos individuais e políticos, conformando uma espécie de representação tradicional, e as progressistas, que observam na abertura constitucional um *superávit* na cidadania e na fruição dos direitos em decorrência da administração judicial da macroconflituosidade ligada aos direitos sociais e difusos ou, ainda, a pragmática e eficientista ligada a um novo conceito de representação política.

Embora esses modelos explicativos sejam relevantes e, de algum modo, auxiliem na compreensão do fenômeno, todos eles encontram-se na dependência da representação política como pressuposto explicativo; porém, a judicialização da megapolítica não envolve - ao menos não diretamente - uma discussão sobre a representação política, mas sim sobre o alcance do exercício direto do poder pelo povo por intermédio do voto e a possibilidade democrática desse exercício direto de poder sofrer interferências por parte de uma estrutura que, quanto muito, pode ser considerada representativa sob o viés eficientista. Trata-se de saber, portanto, se o representante, seja ele antigo ou novo, detem poderes para limitar a vontade daqueles que lhe outorgaram a representação.

Retomando-se o ponto final do capítulo anterior, a judicialização da política no Brasil estaria enraizada, em contraponto à teoria procedimentalista, na substituição do espaço público enquanto arena de discussão e posterior encontro entre a Sociedade e o Estado pela mediação do Poder Judiciário, acionado pelos intérpretes “legítimos” da Constituição, de modo a permitir “o encontro da comunidade com os seus propósitos” (teoria substancialista ou material).

No entanto, a judicialização da megapolítica no Brasil vai além desse disputa pelo espaço de interpretação constitucional operada pelos Tribunais, assumindo uma posição de lealdade supersticiosa com

relação à própria funcionalidade dos Tribunais e emprestando ao juiz uma excepcional virtude que lhe confere - as palavras são de Habermas - um acesso privilegiado à verdade.

Dito de outro modo, o substancialismo que serve como causa especial da judicialização da política no Brasil muitas vezes assume, na judicialização da megapolítica, a feição de um decisionismo judicial, entendido como um ativismo praticado “a partir de discricionariedades interpretativas”, que, como adverte Streck, ameaça a relação constitucionalismo-democracia, advertência, no mais, baseada em uma resposta do Tribunal Superior Eleitoral à consulta do extinto Partido da Frente Liberal (hoje DEM), que, então, perdera diversos parlamentares que deixaram a legenda por outras, sobre fidelidade partidária, inaugurando entendimento sem amparo constitucional no sentido de “que os mandatos não mais pertencem (mais) aos eleitos, mas sim aos partidos políticos que abrigaram os candidatos”.¹⁵⁰

Não se trata também, como bem se vê, de uma mera controvérsia teórica sobre a interpretação da cláusula constitucional do devido processo legal formulada a partir da oposição entre os que “sustentam que o Estado de Direito é um ideal meramente formal: que a legalidade é plenamente assegurada quando se exige que as autoridades só ajam do modo permitido pelos critérios estabelecidos”¹⁵¹ (procedimentalistas) e os que defendem a idéia segundo a qual a “legalidade só se sustenta quando os critérios aceitos pelas autoridades respeitam certos direitos básicos dos cidadãos”(substancialistas), mas de um embate sobre (i) a funcionalidade programada para a especialização eleitoral do Poder Judiciário e seu importância para a democracia nacional e, envolto nisso, (ii) um incipiente processo de moralização das decisões emanadas das Cortes Eleitorais, tudo isso acelerado por (iii) “estímulos sociais a uma Justiça pronta para expandir seu âmbito de ação”.¹⁵²

Isoladas as duas hipóteses finais, que serão melhor estudadas nos tópicos seguintes, destinados, respectivamente, à apresentação dos mapas estatísticos noticiando a distribuição de processos e recursos eleitorais no Tribunal Superior Eleitoral de modo a permitir, a partir daí, o desenho do estímulo social à expansão do papel das Cortes Eleitorais brasileiras, e à análise de uma seleção de decisões do Tribunal Regional Eleitoral de Santa Catarina em casos de suposto abuso de poder político

¹⁵⁰ STRECK, 2009, p. 31.

¹⁵¹ DWORKIN, 2010, p. 09.

¹⁵² MAUS, 2000, p. 191.

por candidatas ao cargo de prefeito, avaliando-se, por meio delas, a existência ou não do aludido processo de moralização das decisões da Justiça Eleitoral, importa, por agora, tentar sintonizar, destacando eventuais interdependências com as demais hipóteses, a funcionalidade programada para a especialização eleitoral do Poder Judiciário e sua importância para a democracia nacional com a judicialização da megapolítica.

Os antecedentes eleitorais negativos relacionados ao primeiro período republicano (1891-1930) levaram os revolucionários de 1930 a incluir a Justiça Eleitoral entre os órgãos do Poder Judiciário, recorrendo-se “à magistratura para conseguir o que, na época, parecia sonho - a verdade das urnas,”¹⁵³ solução que, a primeira vista, deveria apresentar os

[...] menores inconvenientes políticos, por que o Judiciário, ao menos em princípio (norma que, infelizmente, nem sempre é respeitada), “julga pelo alegado e provado e, conseqüentemente, as suas decisões não podem ser contrárias ao que manifestou querer o município nas suas eleições”.¹⁵⁴

A Justiça Eleitoral é, nesse cenário, um protocolo de confirmação da correspondência entre o voto dado e o voto apurado, destinada a impedir a fraude e a corrupção nas eleições, conclusão confirmada, na atualidade, pela percepção do eleitor medida em pesquisa dando conta que, a despeito de sua ilegitimidade ativa para atuar em processos de judicialização da megapolítica, a Justiça Eleitoral é vista por ele como a principal instituição “onde fazer a denúncia” por compra de votos.¹⁵⁵

Em consequência, formar-se na magistratura eleitoral uma base de julgamento não mais voltada a proteger a vontade real do eleitor apurada na urna, mas a aplicar remédios a uma sociedade patologizada pelo paternalismo, pelo clientelismo, pelo coronelismo e pelo falseamento do voto deles derivado. Em outras palavras, essa operatividade programada para a Justiça Eleitoral permite, talvez de forma indesejada, um efeito colateral consistente na moralização das decisões judiciais, configurando a idéia de que os “pressupostos para

¹⁵³ GUIMARÃES, 1958, p. 421.

¹⁵⁴ LEAL, 2012, p. 133.

¹⁵⁵ Pesquisa de Opinião Pública e Política: Perfil do Eleitor. Agosto de 2010.

uma decisão racional e justa” residem no próprio juiz¹⁵⁶, situação que culmina em transformar o juiz de árbitro em ativo ator judicial, função essa reservada pela estrutura jurídica, com exclusividade, às partes litigantes.

Esse quadro mental do juiz eleitoral expõe, como já se disse, uma disputa diversa daquela entre procedimentalismo e substancialismo, que ocorre no nível da estrutura judiciária e opõe, por conseguinte, modelos jurídicos distintos vinculados a modelos estatais também distintos. A controvérsia, aqui, envolve o agente investido na jurisdição, isto é, o próprio juiz eleitoral, e um antagonismo entre o que Ost denomina juiz Júpiter e juiz Hércules. Enquanto aquele seria o ventríloquo do Código, este seria um juiz

[...] que se somete a los trabajos agotadores de juzgar y acaba por llevar el mundo sobre sus brazos extendidos, reproduciendo así fielmente la imagen del embudo. A partir de aquí no hay más Derecho que el jurisprudencial; es la decisión y no la ley la que crea autoridad. Al código lo substituye el dossier; la singularidad y lo concreto del caso se superponen a la generalidad y abstracción de la ley.¹⁵⁷

Essa vinculação jurisprudencial entre Moral e Direito, todavia, não é assunto novo e, por certo, também não é inaugurada pela função encomendada à Justiça Eleitoral; no entanto, no que toca às decisões da Justiça Eleitoral, parece “encobrir moralmente um decisionismo judicial” não só por conta “da extrema generalidade da ótica da moral, em oposição às normas jurídicas, mas, também, em decorrência da “relação indeterminada entre a moral atribuída ao direito e as convicções morais empíricas de uma sociedade”¹⁵⁸, circunstância bem evidenciada, no mais, por resultado de pesquisa encomendada pela Associação dos Magistrados Brasileiros, revelando que, apesar de ser favorável à Lei Complementar 135/2010, conhecida por Lei da Ficha Limpa, 59% dos entrevistados não denunciariam uma tentativa de compra de voto.¹⁵⁹

¹⁵⁶ MAUS, 2000, p. 185.

¹⁵⁷ OST, 2007, p. 102.

¹⁵⁸ Ibid, p. 186.

¹⁵⁹ **Pesquisa de Opinião Pública e Política: Perfil do Eleitor**. Agosto de 2010.

Não bastasse isso, o ponto de vista moral que parece acompanhar as decisões da Justiça Eleitoral vem acompanhado por uma vulnerabilidade que o torna inconsistente e inviabiliza a formação de uma corrente de jurisprudência estável. Isso acontece em função da inexistência de um quadro próprio e vitalício de juízes, os quais são investidos na jurisdição eleitoral por mandatos de dois anos, permitida uma recondução por igual período, fator que elimina, por completo, a possibilidade da formação de um consenso moral entre os julgadores e provoca, em consequência, uma oscilação substancial no entendimento das Cortes a cada nova investidura individual.

Esses fatores, contudo, parecem não impedir que as decisões da Justiça Eleitoral ganhem em legitimidade por conta da inserção de pontos de vista morais, o que também parece lhes conferir uma imunização à crítica e conduzir seu emissor a uma liberação “de qualquer vinculação legal que pudesse garantir sua sintonização com a vontade popular”, permitindo, de outro lado, que âmbito das proibições legais possa “ser arbitrariamente estendido ao campo extrajurídico das esferas de liberdade.”¹⁶⁰

A análise dos acórdãos selecionados a partir de julgamentos proferidos pelo Tribunal Regional Eleitoral de Santa Catarina em situações envolvendo abuso de poder político nas eleições para prefeito nos últimos doze anos, abarcando três eleições distintas (2004, 2008 e 2012), permitirão testar, especificamente, essa hipótese causal, verificando, assim, se a judicialização da megapolítica no Brasil pode, de fato, ser explicada por meio dela.

Antes, porém, calha observar se há um efetivo estímulo social por parte dos agentes de judicialização da megapolítica de forma a permitir às Cortes Eleitorais expandir seu âmbito de ação.

4.2 OS ESTÍMULOS PARA A JUDICIALIZAÇÃO DA MEGAPOLÍTICA

A operatividade jurídico-social da Justiça Eleitoral pode ser explicada a partir de estímulos sociais capazes de gerar no corpo da magistratura, diria Luhmann¹⁶¹, um sentido de mais-valia suficiente para permitir a prolação de decisões fundadas em argumentos alheios ao texto da lei.

¹⁶⁰ MAUS, 2000, pp. 189-190.

¹⁶¹ LUHMANN, 1990, p. 149-168.

Portanto, a verificação das demais hipóteses específicas explicativas do fenômeno demandam o prévio reconhecimento desse estímulo.

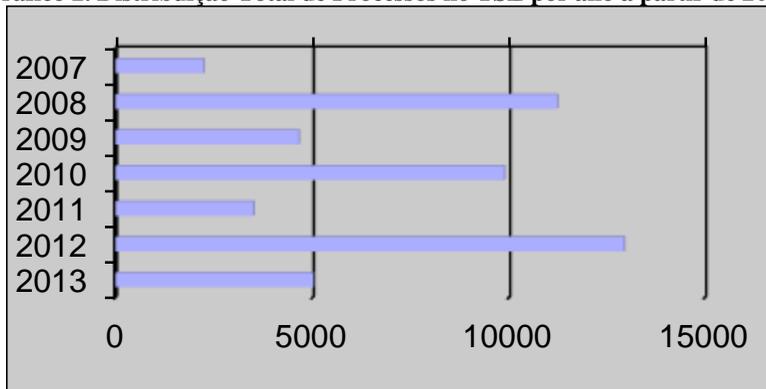
Já foi mencionado que a Justiça Eleitoral é vista pela população como o principal agente de combate à corrupção eleitoral, sendo indicada pela maioria dos eleitores, mesmo estes não possuindo legitimidade processual para acioná-la, como o local onde fazer denúncias de compra de votos.

No que diz respeito aos agentes de judicialização, o estímulo necessita ser mensurado por intermédio da verificação de eventual avanço quantitativo na procura da Justiça Eleitoral para resolver demandas relacionadas à disputa eleitoral.

Para tal fim, considerou-se mais adequado observar a questão por intermédio da análise dos dados consolidados do Tribunal Superior Eleitoral no período 2007-2013 (não há dados consolidados disponíveis a período anterior), uma vez que, em face de sua função consultiva e de sua jurisdição sobre todo o território nacional, a existência do estímulo, se existente, poderá ser padronizada além do nível local ou estadual, sem, no entanto, deixar de servir à análise do mesmo estímulo nesse níveis.

No ano de 2007, foram distribuídos no TSE 2.246 processos. Em 2008, chegaram ao Tribunal 11.242 processos. Em 2009, a Corte recebeu 4.664 processos e, em 2010, 9.897 processos. No ano de 2011, 3.520 processos lá aportaram. Em 2012, o Tribunal recebeu 12.951 processos e, por fim, em 2013, 5.025 processos. Graficamente, a evolução na distribuição de processos perante o TSE pode ser observada a seguir:

Gráfico 2. Distribuição Total de Processos no TSE por ano a partir de 2007



O elemento gráfico não deixa dúvida sobre o substancial aumento na demanda processual perante o Tribunal Superior Eleitoral. Mesmo nos períodos de “entre-safra” eleitoral (anos em que não há eleição), o número de processos distribuídos evoluiu consideravelmente, passando de 2.246 em 2007 para 5.025 processos em 2013, ou seja, um aumento de mais de 100%.

A comparação dos dados em anos eleitorais também demonstra o aumento da carga processual, saltando de 11.242 processos em 2008 para 12.951 em 2012, valendo assinalar que o número de processos distribuídos no ano de 2010 pode ser descartado como indicador em função de representar a distribuição de processos em ano de eleições nas circunscrições estaduais e federais. Nessas disputas, o número de candidaturas tende a ser menor e, portanto, também menor o número de disputas judiciais. Assim, a avaliação desse dado, para efeito de verificação do aumento do número de processos, deve ser feita em conjunto com a distribuição processual no próximo pleito nas mesmas circunscrições.

De modo mais específico, a comparação entre a distribuição de processos entre os anos de 2007 (2.246) e 2012 (12.951) permite concluir que, em anos de eleições municipais (caso de 2012), há um incremento na procura da jurisdição da Justiça Eleitoral, indicando uma forte tendência de transferir a disputa do campo eleitoral para o campo judicial, cujo efeito reflexo é, justamente, criar o sentido de mais valia suficiente para configurar os estímulos sociais para a expansão do âmbito de ação da Justiça Eleitoral.

Para que não se diga que a simples comparação do número de processos perante o Superior Tribunal Eleitoral não revela, por si só, um aumento no número de demandas envolvendo a disputa eleitoral, confira-se, no mesmo período, a distribuição processual por classe de ações:

Tabela 3. Distribuição de Processos no TSE por Classe de Ações a partir de 2007

Classe	2007	2008	2009	2010	2011	2012	2013
Apuração Eleição Presidencial				7			

Classe	2007	2008	2009	2010	2011	2012	2013
Agravo de Instrumento	563	1598	1559	2008	1318	2111	2301
Impugnação de Mandato				1			
Ação Penal							
Ação Rescisória		102	35	46	21	57	41
Agravo em Rec. Especial							
Conflito de Competência		1					2
Cancelamento de Partido		1				1	
Conflito de Competência				5	1	7	
Consulta	121	158	69	110	80	85	31
Criação de Zona Eleitoral	28	2	21	2	30	3	4
Embargos à Execução							
Execução Fiscal							
Encaminhamento de Lista Tríplice	46	42	31	47	37	39	29
Exceção de Suspeição							
Habeas Corpus	22	52	35	76	50	45	28

Classe	2007	2008	2009	2010	2011	2012	2013
Habeas Data		1					
Inquérito							
Instrução	6	5	10	10	13	2	9
Medida Cautelar	145	903	187	410	146	535	273
Mandado de Injunção		2					
Mandado de Segurança	113	463	123	180	115	146	128
Notícia Crime	2						
Processo Administrativo	92	273	112	306	56	215	33
Pedido de Desaforamento	1						
Petição	175	176	71	101	89	67	84
Recurso contra Expedição de Diploma	121	2	6		105	2	1
Reclamação	22	137	33	26	19	37	31
Registro de Candidato à Presidência e Vice				31			
Recurso Especial Eleitoral	550	6666	2095	4923	925	9099	1727
Registro de Partido	1	1	1		6		8

Classe	2007	2008	2009	2010	2011	2012	2013
Recurso em Habeas Corpus	3	5	11	14	16	16	27
Recurso em Habeas Data							1
Recurso em Mandado de Injunção							
Recurso em Mandado de Segurança	42	92	104	91	34	88	95
Recurso Ordinário	128	751	78	784	218	250	75
Representação	8	22	20	58	176	18	33
Revisão Criminal			1				
Revisão do Eleitorado	47	23	7	3	3	2	
Suspensão de Segurança		5	3	7	3	2	1
Ação de Investigação Judicial Eleitoral		1		1			
Exceção		1		5	1	4	1
Registro de Cômite Financeiro				13			
Propaganda Partidária		17	26	27	29	30	32
Prestação de		27	26	80	29	59	30

Classe	2007	2008	2009	2010	2011	2012	2013
Contas							

Entre as diversas questões que podem chegar ao Tribunal Superior Eleitoral, uma delas é a mais relevante para efeito da avaliação do problema posto.

Nos termos do artigo 121, parágrafo 4, da Constituição Federal, incumbe ao TSE julgar recursos interpostos em razão de decisões divergentes sobre a mesma matéria proferidas por distintos Tribunais Regionais Eleitorais ou quando as decisões proferidas por essas Cortes contrariarem disposição legal ou constitucional.

Processos dessa natureza chegam ao TSE por intermédio do manejo de Recursos Especiais Eleitorais, interpostos no tribunal de origem e sujeitos a um prévio controle de admissibilidade por parte da presidência do Tribunal Regional Eleitoral perante o qual são apresentados. Esse controle de admissibilidade objetiva analisar a adequação recursal de modo a constatar a correspondência entre a hipótese de cabimento (divergência jurisprudencial ou decisões proferidas contra a lei ou a Constituição Federal) e o inconformismo recursal. Se o Recurso Especial Eleitoral for admitido é enviado para o TSE para julgamento. Se não for admitido, o recorrente pode forçar sua remessa ao TSE por meio de um recurso denominado Agravo de Instrumento ou simplesmente Agravo.

De acordo com os dados elencados na tabela acima, a distribuição do recurso denominado Agravo de Instrumento saltou de 563 em 2007 para 2.301 em 2013. Os Recursos Especiais, por sua vez, de 550 em 2007 para 1.727 em 2013, com picos de 6.666 recursos em 2008 e 9.099 recursos em 2012, ambos anos de eleições municipais.

Gráfico 3. Distribuição de Recursos Especiais Eleitorais no TSE por ano a partir de 2007

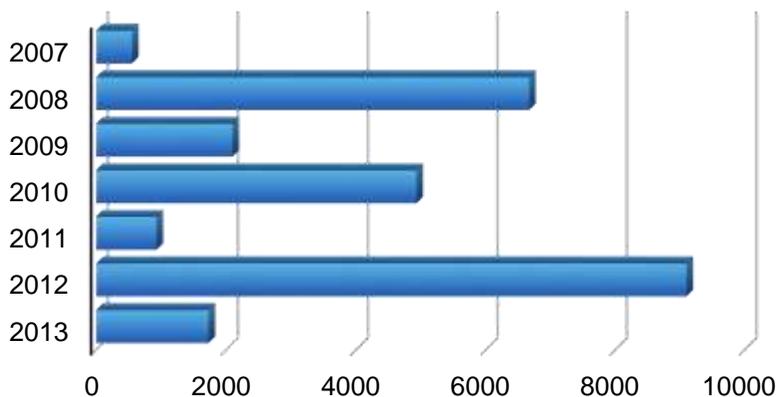
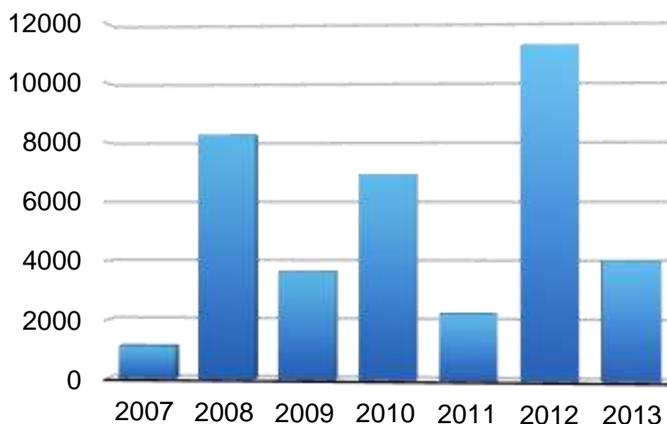


Gráfico 4. Distribuição de Agravos de Instrumento no TSE por ano a partir de 2007



Há uma relação direta entre o aumento na distribuição desses recursos e a elevação do número de processos que chegam ao TSE, isto é, se mais processos tem sido remetidos, ano após ano, ao Tribunal Superior Eleitoral, isso se deve a uma maior demanda processual perante a Justiça Eleitoral nas esferas municipais e estaduais e sua

posterior remessa, na forma de Recurso Especial ou Agravo, ao TSE, conforme ilustrado nos gráficos abaixo:

Gráfico 5. Soma dos Recursos Especiais Eleitorais e Agravos de Instrumento distribuídos no TSE por ano a partir de 2007

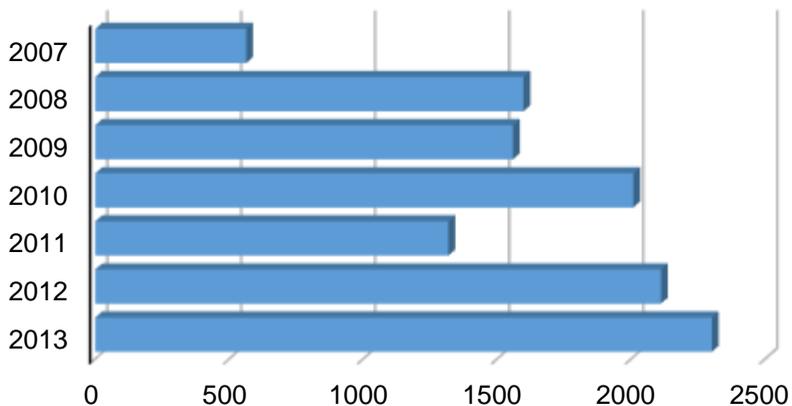
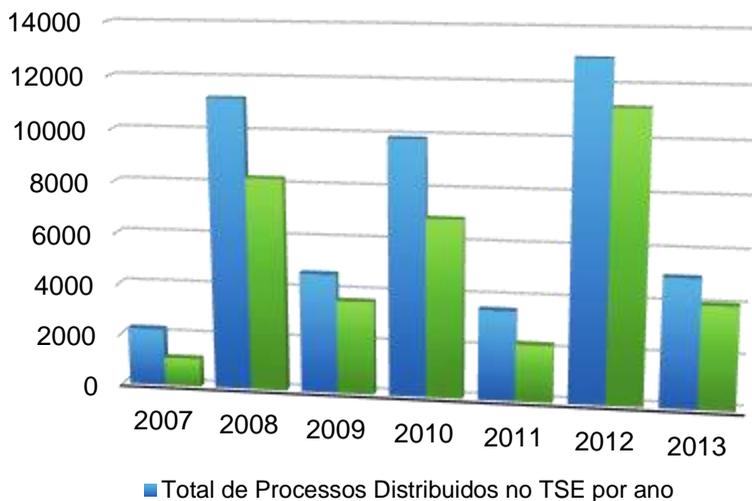


Gráfico 6. Relação entre a distribuição de Recursos Eleitorais e Agravos de Instrumento e o total de processos distribuídos no TSE por ano a partir de 2007



Em 2007, havia, como se percebe, uma relação medianamente proporcional entre o total de processos e o número de recursos especiais e agravos de instrumento que chegavam ao TSE. Em 2012, porém, essa relação foi definitivamente reconfigurada, de sorte que, dos 12.951 processos distribuídos, 11.210 eram recursos especiais e agravos de instrumento, o mesmo se verificando em 2013, ano em que, dos 5.025 processos distribuídos, 4.028 eram recursos especiais e agravos de instrumento.

A teor da regra constitucional que disciplina o uso desses mecanismos recursais, a matéria neles debatida é estritamente jurídica, sendo vedado, conforme entendimento do próprio TSE, seu uso para discutir fatos ou provas. Nesse sentido, confira-se a seguinte ementa¹⁶² de acórdão proferido pelo Tribunal:

RECURSO ESPECIAL. PROGRAMA
PARTIDÁRIO. REVALORAÇÃO JURÍDICA

¹⁶² A ementa constitui a introdução do acórdão, contendo uma síntese da questão objeto do julgamento.

DAS PREMISSAS FÁTICAS. PRECEDENTES. PROMOÇÃO PESSOAL. AUSÊNCIA DE BENEFÍCIOS ELEITORAIS NO PRONUNCIAMENTO DE FILIADO. PROVIMENTO DO RECURSO.

1. O provimento do recurso especial não envolve o reexame dos fatos e provas, mas apenas a sua correta reavaliação jurídica, uma vez que as premissas fáticas que fundamentaram o acórdão recorrido encontram-se devidamente delineadas. Precedentes.
2. O Tribunal Regional Eleitoral do Acre (TRE/AC) reconheceu que não houve pedido de benefícios eleitorais em pleitos futuros na manifestação de filiado veiculada por transmissão televisiva em programa da agremiação.
3. Não há que se falar em promoção pessoal quando inexistir finalidade eleitoral no pronunciamento de filiado em programa partidário.
4. Recurso especial provido.¹⁶³

Nesse quadro, ao julgar tais recursos, o TSE não funciona como uma simples instância revisora, mas como um integrante da “comunidade de intérpretes”, conferindo a seus julgamentos um viés interpretativo acerca daquilo que a Constituição Federal e a legislação infraconstitucional significam no campo da disputa eleitoral, da manifestação da vontade, do exercício direto do poder por parte do povo e da representação política.

Pode-se sustentar, então, que, quando um recurso é levado ao TSE, o estímulo social presente no inconformismo reside no anseio de que o Tribunal declare o que o direito por ele interpretado tem a dizer sobre a forma da disputa política ou sobre a própria política eleitoral enquanto meio de acesso ao exercício dos postos de governo ou representação em disputa.

Em vista disso, os dados aqui expostos são suficientes para fornecer base explicativa à judicialização da megapolítica a partir do

¹⁶³ Tribunal Superior Eleitoral. **Recurso Especial Eleitoral nº 34025 - Rio Branco/AC**. Relator Ministro Dias Tofolli. Julgado em 22/10/2013. Disponível em DJE - Diário de justiça eletrônico, Tomo 228, Data 29/11/2013, Página 12/13.

entendimento de que, de fato, existe um estímulo social concreto, operando a partir da baixo e reforçando a mera expectativa acerca de sua função típica, seja ela real ou irreal, para que a Justiça Eleitoral amplie seu âmbito de ação, permitindo-lhe, em muitos casos, utilizar dessa “mais-valia” para proferir e justificar decisões com argumentos de ordem moral e não jurídico-legal.

4.3 A FUNCIONALIDADE PROGRAMADA E A MORALIZAÇÃO DAS DECISÕES DA JUSTIÇA ELEITORAL

A Justiça Eleitoral surge sob o estigma corretivo. Diante da constante suspeita de fraude nas eleições, confia-se a fiscalização do processo eleitoral ao Poder Judiciário mediante a expectativa de repressão a qualquer fraude eleitoral.

Ocorre que, em face da operatividade típica do Poder Judiciário, a função de organização e fiscalização das eleições assume um aspecto sazonal, encoberto pela prestação jurisdicional relacionada não mais ao processo de escolha dos candidatos, mas as suas condutas específicas durante ou, em algumas ocasiões, antes de iniciada a disputa.

Enquanto a eleição, considerada como processo regulado de escolha dos representantes populares e dos chefes do Poder Executivo, é realizada com submissão a um processo organizacional regido por uma técnica oficial que o torna uma sucessão de atos preordenados, dispensando, portanto, que o Poder Judiciário resolva, via de regra, conflitos a esse respeito, as candidaturas a cargos eletivos acabam por ser tornar o palco específico da ação da Justiça Eleitoral, uma vez que nelas reside a possibilidade de manifestação jurisdicional típica.

Embora a atividade jurisdicional afeta à Justiça Eleitoral seja ininterrupta, é durante o processo eleitoral que se verificam as principais controvérsias.

Por força de lei, o processo eleitoral inicia-se com a convenção partidária para escolha dos candidatos e termina com a diplomação dos eleitos. O momento da posse, por conseguinte, já se encontra fora do processo eleitoral, sendo, na verdade, um ato cuja prática incumbe ao Poder Legislativo.

Durante o período abrangido pelo processo eleitoral (convenção até a diplomação), a Justiça Eleitoral pode ser convocada para avaliar condutas atribuídas a candidatos ou partidos políticos envolvendo infrações de ordem eleitoral que, na prática, vão de simples desrespeitos à regulação da propaganda eleitoral até abusos de poder e captação ilícita de sufrágio.

Essa provocação da Justiça Eleitoral acontece por intermédio de ações processuais específicas, vinculadas a prazos de natureza decadencial (por exemplo, o prazo para impugnação de mandato eletivo é de quinze dias, contados a partir da diplomação), com conseqüências que vão da multa à perda do mandato eletivo e competência para julgamento definida em função do ato de registro da candidatura.

O ato de registro da candidatura, momento em que o partido político comunica à Justiça Eleitoral quem foram os candidatos escolhidos na convenção, é realizado de acordo com a circunscrição do pleito.

Assim, para eleições municipais (vereador e prefeito), o registro é realizado perante o juiz eleitoral, autoridade judiciária vinculada a uma área territorial denominada de zona eleitoral, podendo corresponder a um município ou mais. Nas eleições estaduais (governador, deputados e senadores), o registro deve ser realizado perante o Tribunal Regional Eleitoral do respectivo estado da federação. Por fim, nas eleições para Presidente da República, o ato de registro deve ser efetivado perante o Tribunal Superior Eleitoral.

Se o ato de registro de candidatura define a competência jurisdicional para apreciação de controvérsias surgidas, no mais das vezes, durante a disputa, conclui-se que qualquer ação judicial por conta de conduta atribuída a candidato ou partido político durante o processo eleitoral deve ser proposta, originariamente, perante o órgão judiciário responsável pelo registro.

Para melhor exposição do assunto, a tabela abaixo ilustra quais são as ações judiciais passíveis de propositura, o assunto que nelas pode ser abordado, o prazo de cabimento e a conseqüência jurídica possível:

Tabela 4. Ações Judiciais passíveis de propositura perante a Justiça Eleitoral com o objetivo de atacar candidatura ou questionar resultado da eleição

	Assunto	Prazo	Consequências Jurídicas
Impugnação ao Registro de Candidatura	Inelegibilidade do candidato	05 dias após a publicação do pedido de registro	Cancelamento do registro e, caso o julgamento definitivo se dê após a eleição, a perda do mandato eletivo

	Assunto	Prazo	Consequencias Jurídicas
Representações	Condutas vedadas pela legislação eleitoral, propaganda eleitoral, captação ilícita de sufrágio, arrecadação e gastos de campanha	A depender do assunto, da data do registro até a data da diplomação	A depender do assunto, multa, retirada da propaganda irregular, inelegibilidade e perda do mandato eletivo
Investigação Judicial Eleitoral	uso indevido, desvio ou abuso de poder político ou e/ou econômico, utilização indevida de meios ou veículos de comunicação social	até a diplomação, ressalvada a hipótese de "caixa dois", caso em que poderá ser proposta em até 3 dias depois da diplomação	perda do mandato eletivo e inelegibilidade
Impugnação do Mandato Eletivo	abuso do poder econômico, corrupção e fraude	15 dias a partir da diplomação	perda do mandato eletivo e inelegibilidade

Nesse cenário, se uma dessas ações judiciais eleitorais for proposta em face de um candidato a prefeito, vice-prefeito ou a vereador, a apreciação inicial dar-se-á pelo juiz eleitoral da respectiva zona eleitoral, que também foi o responsável pelo recebimento do pedido de registro de candidatura.

O processo judicial eleitoral instaurado a partir de então obedecerá a um trâmite previsto na legislação eleitoral ou, em caso de impugnação de mandato eletivo, na legislação processual civil.

Superado o trâmite processual, o juiz eleitoral deverá proferir uma decisão, denominada sentença, por intermédio da qual irá dirimir, com base na prova produzida e com fundamento na legislação aplicável à espécie, a controvérsia e ele apresentada.

Favorável ou desfavorável ao proponente, a sentença poderá ser atacada por um recurso dirigido ao Tribunal Regional Eleitoral a que se encontra submetido o juiz que proferiu a decisão recorrida.

Na análise do recurso, o TRE deverá lançar mão do mesmo procedimento utilizado pelo juiz eleitoral para conhecer da matéria, ou

seja, escrutinar os fatos e provas produzidas e, com lastro neles, aplicar o direito pertinente. Vale assinalar que, diverso do TSE, que julga os recursos a ele apresentados sem reavaliação de fatos ou provas, o TRE julga os recursos a ele dirigidos com ampla liberdade, sendo-lhe permitido sondar tudo o conteúdo do debate travado no processo judicial eleitoral originário.

Enquanto o julgamento pelo juiz eleitoral é dito monocrático (um único agente decidindo), a decisão do TRE é denominada colegiada, pois depende da manifestação de todos os juízes que compõem a Corte.

O julgamento realizado pelo TRE será registrado em um documento denominado acórdão, que deverá conter as razões da decisão e, ao final, o julgamento proferido, reformando ou mantendo a sentença atacada.

A verificação das hipóteses aqui aventadas para explicar a judicialização da megapolítica levará em conta os acórdãos proferidos pelo Tribunal Regional Eleitoral de Santa Catarina no julgamento de recursos a ele apresentados com o objetivo de atacar as decisões dos juízes eleitorais de Santa Catarina proferidas em controvérsias envolvendo a impugnação das candidaturas a prefeito e vice-prefeito entre as eleições municipais de 2004 e 2012.

Por óbvio, a análise de todos os acórdãos do TRE no período mencionado tornaria a pesquisa inexequível e, de certo modo, seria até mesmo irrelevante, uma vez que muitos deles são proferidos em julgamentos que não interessam ao objeto da pesquisa (prestação de contas, propaganda partidária, consultas, etc)

Em vista disso, o universo da pesquisa foi limitado aos acórdãos versando sobre abuso do poder político, mais especificamente aqueles que, mantendo ou reformando a sentença prolatada pelo juiz eleitoral, aplicaram aos candidatos a sanção de inelegibilidade, cassação do diploma ou multa.

A escolha do tema de análise levou em consideração o fato de que, nos demais assuntos, a decisão encontra-se limitada, em absoluto, pelo procedimento lógico-subsuntivo, restando inviabilizada qualquer possibilidade de julgamento do conteúdo da controvérsia com recurso a categorias morais ou extrajurídicas.

A título de exemplo, se o TRE julgar um recurso acerca de propaganda eleitoral irregular no qual se discute o desrespeito a metragem máxima permitida para utilização de placas contendo propaganda eleitoral de determinada candidato (quatro metros quadrados), não haverá qualquer possibilidade de julgamento favorável se a propaganda contiver cinco metros quadrados, bem como não haverá

qualquer possibilidade de julgamento desfavorável se a propaganda contiver três metros quadrados.

Em síntese, em tais situações, a presença de conceitos jurídicos fechados ou definidos sobre a matéria inviabiliza o julgamento com invocação de critérios ditados pela escolha valorativa dos julgadores.

No que tange ao abuso de poder político, por outro lado, não há uma definição precisa do que venha a ser tal conduta e, quando há, a referência é feita a outros conceitos de natureza jurídica indeterminada ou aberta, permitindo que sobre eles seja descarregada a impressão moral dos julgadores.

Registre-se, de antemão, que o Tribunal Regional Eleitoral de Santa Catarina, pelo que se pode ver, é refratário a reconhecer a ocorrência do abuso de poder político, restringindo-se a admiti-lo apenas em casos nos quais há prova robusta, que também não deixa de ser um conceito indeterminado (O que é prova robusta? Uma confissão? Uma gravação? Um documento?), e, mesmo assim, se convencido que a conduta, ainda que provada, tenha a capacidade de influenciar o resultado do pleito ou comprometer a igualdade da disputa.

Em resumo, não existe um critério fixo do que seja prova suficiente de abuso de poder político, assim como não há um critério estabelecido do que venha a ser uma influência ilícita com potencialidade de influenciar o resultado do pleito ou comprometer a igualdade da disputa, abrindo-se, assim, o espaço propício para o decisionismo judicial.

A tabela a seguir identifica os acórdãos selecionados, os anos de julgamento, a classe da ação judicial proposta, o município que originou o recurso e o resultado perante o TRE, informando se houve manutenção da sentença ou, se o Tribunal, reformando a sentença, foi o responsável por aplicar a sanção ao candidato:

Tabela 5. Relação dos acórdãos do TRESC selecionados para a pesquisa

ACÓRDÃO/ ANO	CLASSE /ORIGEM	RESULTADO	MANTIDA/ REFORMADA
19.796/2004	Representação – Criciúma	Cassação do Diploma e Inelegibilidade	Reformada
19.989/2005	Investigação Judicial Eleitoral - Capinzal	Declaração de Inelegibilidade	Mantida

20.036/2005	Investigação Judicial Eleitoral - Rio Negrinho	Declaração de Inelegibilidade	Mantida
20.362/2005	Representação - Itapema	Cassação do Diploma	Mantida
20.590/2005	Impugnação do Mandato Eletivo	Cassação do Diploma	Mantida
20.414/2006	Representação – Zórtea	Multa e Cassação do Diploma	Reformada
20.416/2006	Representação - Monte Castelo	Multa e Inelegibilidade	mantida em parte
23.516/2009	Investigação Judicial Eleitoral – Criciúma	Inelegibilidade	Mantida em parte
23.541/2009	Investigação Judicial Eleitoral - Passo do Torres	Cassação do Diploma e Inelegibilidade	Reformada
24.008/2009	Investigação Judicial Eleitoral – Itapema	Inelegibilidade	Reformada
27.160/2012	Impugnação Registro de Candidatura – Criciúma	Indeferimento do Registro e Inelegibilidade	Mantida
27.940/2012	Representação – Brusque	Cassação do Diploma, inelegibilidade e multa	Reformada

Antes do material selecionado ser apresentado e submetido à verificação do expediente de moralização do conteúdo decisório em

casos em que a megapolítica é posta sob escrutínio judicial, algumas considerações preliminares são necessárias.

A primeira delas diz respeito à inelegibilidade cominada sem qualquer outra sanção. Esse fato pode ser explicado a partir da duração do empecilho imposto ao exercício da capacidade eleitoral passiva.

Até o advento da Lei da Ficha Limpa, o prazo máximo de inelegibilidade cominada era de três anos, contados a partir da data da eleição em que se verificou. Em virtude disso, se determinado candidato praticasse um ato sujeito à imposição dessa penalidade na eleição de 2004, a inelegibilidade persistiria por três anos, contados a partir da data da eleição (outubro de 2004), findando, portanto, em outubro de 2007. Como o mandato eletivo tem duração de quatro anos, bastava que o candidato ao qual fora imputada à prática ilícita pudesse contar com a habilidade de seus advogados para protelar o trânsito em julgado da decisão para momento posterior a outubro de 2007 para ficar livre de qualquer sanção e, em decorrência, conservar seu mandato eletivo. O julgamento proferido pelo TRE nesses casos não tinha qualquer efeito prático, ou seja, era juridicamente nulo.

Outra peculiaridade que merece destaque é a ausência de uniformidade nas decisões, ocasionando julgamentos que mais parecem um lance de sorte do que uma atividade estatal racionalizada e uniforme. Ver-se-á que condutas muito semelhantes foram avaliadas pela Corte de modo díspare, sem contar que, outras tantas, apesar de idênticas, não foram consideradas ilícitas.

Em síntese, não há um padrão decisório nos acórdãos do Tribunal Regional Eleitoral de Santa Catarina.

Não bastasse isso, as decisões raramente são unânimes, revelando um forte desacordo entre os julgadores e, quando isso se verifica, pode-se notar uma disputa envolvendo o significado da democracia e a avaliação da correta vontade do eleitor.

Por derradeiro, a Corte parece abusar do preenchimento de conceitos indeterminados em seus julgamentos. As sanções são aplicadas com invocação da gravidade da conduta, desequilíbrio do pleito, provas suficientes, abusividade, etc. Todavia, em nenhum momento essas categorias são esclarecidas nos acórdãos e, ao que tudo indica, mudam no mesmo passo em que ocorre a mudança da composição do colegiado. Isso não quer dizer que os acórdãos não possuem fundamentação de ordem legal, mas que a aplicação da lei parece ser moldada de acordo com as preferências político-ideológicas do intérprete judicial.

Partindo-se da ordem expressa na tabela acima, o primeiro acórdão a ser analisado foi proferido em julgamento do candidato a prefeito do município de Criciúma na eleição de 2004.

O candidato impugnado, Décio Goes, era candidato à reeleição, sendo a ele atribuídas as condutas de promoção pessoal com a utilização indevida da máquina pública.

Especificamente, os impugnantes atribuíram ao candidato a prática de propaganda institucional com caráter de promoção pessoal durante a divulgação de uma festa típica (Festa das Etnias) por meio do uso da expressão “E É FELIZ”, igualmente utilizada como mote da campanha eleitoral pelo candidato. Já durante a festa, teriam sido distribuídos *bottons* na cor vermelha (cor da agremiação partidária do candidato impugnado), contendo os mesmos dizeres, e exposição de *banner* no Centro de Especialidade da Secretaria Municipal de Saúde com os seguintes dizeres: “Criciúma mudou: agora tem participação popular.;Criciúma mudou: agora tem inclusão social; Criciúma mudou: agora tem mais emprego e renda”, os quais carregariam consigo o propósito de promover a figura do candidato à reeleição.

O juiz eleitoral de Criciúma não considerou presente qualquer ilicitude na conduta atribuída ao candidato, julgando, em consequência, improcedente o pedido de perda do mandato eletivo.

Os impugnantes recorreram ao TRE/SC, obtendo, por maioria de votos, a reforma da decisão, entendendo a Corte que a conduta do candidato feriu o princípio de igualdade de oportunidades que deve nortear o processo eleitoral.

A decisão do Tribunal Regional Eleitoral importou para o candidato na cassação de seu mandato eletivo, assumindo o cargo o segundo colocado no pleito, pertencente ao partido político responsável pela impugnação judicial, sendo oportuno destacar que o Ministério Público Eleitoral manifestou-se contrário à perda do mandato eletivo, opinando pela aplicação da multa.

Mesmo antes de iniciada a discussão sobre o conteúdo do acórdão, pode-se perceber o desacordo interno na apreciação da matéria, circunstância por si só preocupante.

O juiz eleitoral entendeu que todas as condutas foram provadas, mas não havia nelas ilicitude em razão da ausência de potencial para desequilibrar o pleito. O Ministério Público Eleitoral, guardião da correta aplicação da lei, segundo a Constituição Federal, entendeu que havia ilicitude, mas a sanção deveria ficar restrita à aplicação de multa aos candidatos. O órgão jurisdicional colegiado, por sua vez, dividiu-se,

entendo a minoria que não houve ilicitude, e a maioria entendendo que houve.

Apesar de reconhecer, textualmente, que não estava comprovada a participação direta do candidato Decio Goes nas condutas a ele atribuídas, a Corte Eleitoral Catarinense sufragou o entendimento de que as condutas narradas caracterizaram promoção pessoal por intermédio de publicidade institucional e abuso do poder político pela suposta transformação da Festa das Etnias em evento partidário, uma vez que a maioria das autoridades convidadas para participar da abertura da festa pertenciam ao Partido dos Trabalhadores.

O acórdão seguinte diz respeito ao julgamento do candidato à reeleição para o cargo de prefeito do município de Capinzal.

A coligação impugnante atribuiu ao candidato impugnado gastos excessivos com publicidade institucional, bem como realização de publicidade institucional com nítido caráter de promoção pessoal.

O juiz eleitoral julgou procedente o pedido de perda do mandato eletivo, sentença que acabou confirmada pela Tribunal Regional Eleitoral sob o fundamento de que

No momento em que o uso do poder político desborda em abuso do poder e utilização da máquina administrativa em proveito pessoal do ocupante da função pública, este fica desacreditado para continuar seu exercício da função pública, pois “não é conceitual que receba alguém delegação do povo para agir em nome do Estado e pratique ações ilícitas e prejudiciais à população.”

O fator fático fundante do ato decisório foi a violação aos princípios constitucionais da moralidade e da impessoalidade na condução da coisa pública, considerando-se

[...] devidamente provado que as matérias publicadas nos jornais dos dias 25.6.2004, 23.6.2004, 11.6.2004, 28.05.2004, 26.05.2004, 30.4.2004, 23.4.2004, 21.4.2004 e 30.6.2004, todas pagas com dinheiro público, [...] tiveram o sentido de promoção pessoal do candidato à reeleição, com nítido sentido de viabilizar sua candidatura à reeleição, de forma capaz de

quebrar a igualdade que deve ser guardada no processo eleitoral[...].

A Corte, portanto, assume a posição de que mesmo atos praticados fora ou antes do processo eleitoral (período compreendido entre a convenção e a diplomação dos eleitos e antes do qual, por excelência, ainda não há candidatos) podem ensejar conseqüências jurídico-eleitorais negativas.

No município de Rio Negrinho, o candidato à reeleição ao cargo de prefeito foi acusado de abuso do poder político consistente na veicularão de reiteradas mensagens radiofônicas destacando obras, realizações e projetos do Executivo Municipal.

O juiz eleitoral acolheu a pretensão dos impugnantes, aplicando ao impugnado a pena de inelegibilidade de três anos, contados a partir da eleição em que se verificou o ato a ele atribuído.

Em grau recursal, o Tribunal Regional Eleitoral, por maioria de votos (os vencidos defenderam a reforma da decisão, aplicando-se somente a pena de multa), manteve a decisão.

Nas razões do acórdão restou consignado que os tópicos objeto da propaganda institucional radiofônica

[...] inegavelmente configuram a prática de abuso, por meio de propaganda institucional [...]. Registre-se que elas destacavam obras já realizadas e realçava projetos, inclusive de licitação, voltados obviamente para o futuro, deixando ao ouvinte a subliminar mensagem de que havendo continuidade na Administração aquelas iniciativas teriam seqüência.

Na eleição para prefeito de 2004, o candidato a reeleição no município de Itapema foi impugnado pelo segundo colocado sob alegação de prática de condutas abusivas, especialmente por suposto desvirtuamento da propaganda institucional, com a finalidade de propulsionar sua campanha.

A representação foi julgada procedente pelo juiz eleitoral e, na sequência, confirmada pelo Tribunal Regional Eleitoral para cassar o diploma dos candidatos a prefeito e vice-prefeito e aplicar a eles pena de multa sob o fundamento de que

Caracteriza-se a publicidade institucional quando, custeada pelo Erário, diretamente ou por

compensação, há vinculações que destacam atos, programas, obras, serviços ou campanhas de órgãos públicos, que acabam pior enaltecendo, mesmo que reflexivamente, o candidato à reeleição ou de situação. Configura publicidade institucional a publicação maciça e reiterada de conteúdo que, isoladamente, poderia ser considerado de caráter meramente informativo.

Segundo as conclusões do acórdão, comunicados institucionais isolados veiculados em jornal privado poderiam ser ignorados para fim de caracterização de conduta eleitoralmente ilícita; todavia, a reiteração dos comunicados teria o condão de, mesmo sem potencialidade lesiva, criar no “inconsciente da população-alvo, seja ela esclarecida ou não, a imagem de realização” e, assim, favorecer o ocupante do cargo público e candidato à reeleição em detrimento dos demais candidatos.

Após decisão do juiz eleitoral julgando improcedente ação patrocinada pela coligação derrotada na eleição municipal, o Tribunal Regional Eleitoral, por maioria de votos, determinou a perda do diploma do candidato eleito para o cargo de prefeito de Zortea (candidato da situação) e a aplicação de multa ao então prefeito, concluindo pela prática de publicidade institucional em período vedado que, por sua vez, caracterizaria abuso de poder político.

Resumidamente, são as seguintes as matérias publicadas:

- Texto da inauguração da SC 458 acompanhado por fotografias;
- Texto com o seguinte conteúdo: O MUNICÍPIO DE ZORTEA TEM INTERNET, ENERGIA, INFRA-ESTRUTURA, TELEFONIA COM FIBRA ÓTICA, EDUCAÇÃO PÚBLICA COM SISTEMA POSITIVO DE ENSINO, UM ÓTIMO LUGAR PARA SE INVESTIR;
- Convite para asfaltamento da rodovia estadual SC 458;

Os julgadores reconheceram que, a rigor, não houve publicidade institucional, pois nenhuma das publicações foi custeada com o dinheiro público. No entanto, em suas considerações sobre a matéria, assinalaram que

[...] vincular a ocorrência de publicidade institucional à comprovação de pagamento pelos cofres públicos é deixar à margem da lei casos como este, em que a propaganda é feita

propositadamente com todos os contornos de publicidade estatal, com logomarca da administração municipal e promoção pessoal do prefeito.

Dessa forma, desde que não custeada pelo Estado, poderia a publicidade, com todas as características de publicidade institucional, ser promovida por partidários do administrador.

Como já ressaltai anteriormente, muitas vezes determinada publicidade institucional, mesmo não havendo sido regularmente paga pelos cofres públicos, já está incluída na totalidade daquilo que foi pago a título de propaganda pelo Município.

Ao tratar das matérias referentes à inauguração da rodovia estadual SC 458, custeada e executada por outra esfera de governo, o acórdão defende a posição de que a propaganda teria objetivo de facilitar a reeleição do candidato impugnado via disseminação da “idéia de que a administração municipal teve alguma participação na realização da obra”, sendo

[...] fato corriqueiro associar a conclusão da obra de interesse municipal ao fato de mandatários de outra esfera de poder, estadual ou federal, serem originários da mesma agremiação partidária do prefeito. Isso é empregado até na propaganda política, ainda que subliminarmente, com a finalidade de fazer crer que, se eleito candidato de outro partido, mais nenhum apoio estadual ou federal será prestado àquele município.

Assim é que o fato de o prefeito de Zortéa convidar a população para a inauguração de uma obra, mesmo não se podendo dizer que foi a administração pública municipal quem a financiou ou a executou, pode instilar a convicção nos eleitores que a obra só fora concluída porque aquele administrador e seu partido estavam no exercício do poder.

[...]

No caso concreto, não se faça juízo da qualidade da obra nem de sua serventia. O que destoa - e, no que interessa, destoa ilegalmente - é o aproveitamento da situação, em que houve inauguração de obra patrocinada pelo Governo do

Estado, para tirar proveito eleitoral no âmbito municipal, tratando de associar, indevidamente, o nome do prefeito então em exercício à obra inaugurada.

Na situação em apreço, dois pontos merecem especial atenção. O primeiro deles diz respeito à tempestividade da forma processual adotada, reconhecida em face do suposto abuso do poder político, posteriormente não reconhecido na fundamentação, ou seja, havia abuso de poder político para admitir o processamento da ação, mas não havia abuso de poder político para alicerçar a condenação. O segundo ponto relevante é a fundamentação do voto da minoria que ficou vencida, deixando de reconhecer a ilegalidade na conduta dos impugnados:

A admissão de tais publicações como publicidade institucional, a meu sentir e com vênua devida aos respeitáveis posicionamentos divergentes, importaria na ampliação da vedação legal *ope judicia*, de modo perigoso à segurança jurídica e incompatível com o princípio da soberania popular e da reserva legal às punições eleitorais.

No município de Monte Castelo, o candidato à reeleição foi sancionado pelo Tribunal Regional Eleitoral, por maioria de votos, com a pena de ilegitimidade pelo período de três anos, contados da eleição de 2004, pela prática de abuso de poder político consistente em divulgação de publicidade institucional autopromocional antes do período eleitoral, isto é, em data anterior à escolha dos candidatos em convenção partidária.

Extraí-se do relatório do acórdão que o juiz eleitoral havia imposto ao candidato eleito, por reconhecer comprovada a prática de duas espécies de condutas abusivas (contratação de servidor em período vedado e distribuição de jornal comemorativo ao aniversário do município em dependência de órgão público municipal), a pena de perda do mandato eletivo cumulada com multa. Em grau recursal, o Ministério Público Eleitoral, instado a se manifestar, opinou pela reforma da sentença, afastando-se a pena de perda do mandato imposta pelo juiz eleitoral, devendo ser mantida somente a pena de multa.

Na decisão proferida, a Corte Eleitoral Catarinense chegou a rebater argumento do candidato no sentido de que a perda do mandato eletivo representaria afronta à soberana vontade popular:

Igualmente destituída de fundamento a repetida alegação do recurso de que a cassação atentaria “contra a vontade livre, democrática e soberana da população Montecastelense”, porque também essa vontade popular deve obedecer às regras legais das quais ninguém, no Estado Democrático, pode se eximir.

No mérito, afastou a penalidade pela contratação de servidor público em período vedado pela legislação eleitoral e, apesar de reconhecer o abuso do poder político na distribuição do jornal comemorativo do aniversário do município, substituiu a pena de perda do mandato eletivo por inelegibilidade pelo período de três anos, contado da eleição em que se verificou o ato abusivo.

Os julgadores concluíram que o jornal, mesmo sendo distribuído antes do período eleitoral, continha “clara autopromoção” do futuro candidato.

O abuso do poder político pode ser identificado, segundo o acórdão, a partir da presença no jornal de

fotografias de vários servidores e colaboradores diretos do prefeito, inclusive Secretários Municipais, bem como fotografias do próprio Prefeito Municipal, ora representado, e mesmo um texto de sua autoria, intitulado “Palavra do Prefeito”.

[...]

De fato, o jornal contém duas fotografias do recorrente Sirineu Ratochinski, além de três “matérias” dando conta de diversas premiações recebidas por ele, com os títulos “Sirineu Ratochinski recebe prêmio Governador Mário Covas para prefeitos empreendedores”; “Sirineu Ratochinski recebe prêmio”; e “Prefeito de Monte Castelo entre os melhores administradores do Brasil”, além de artigo, de autoria dele, intitulado “Palavra do Prefeito”. Em todas essas “matérias” a autopromoção do recorrente é claramente realizada, mediante a afirmação de suas qualidades como administrador e, no artigo “Palavra do Prefeito”, relativamente às ações administrativas que empreendeu. Desnecessário

dizer o quão deplorável é tal conduta diante da regra constitucional, de nítido caráter moral, mas jurisdicizada pelo Poder Constituinte Originário, da impessoalidade na Administração Pública (art. 37).

O abuso do poder político, ainda segundo o acórdão, também estaria configurado em razão de comparações entre o governo atual e o anterior realizadas no texto publicado no jornal.

Nas eleições municipais de 2008, no município de Criciúma, o candidato a prefeito foi sancionado pelo Tribunal Regional Eleitoral com inelegibilidade por conta de alegado abuso de poder político. A decisão da Corte reverteu decisão de improcedência proferida pelo juiz eleitoral. A possibilidade de perda do mandato eletivo foi afastada, na hipótese, em decorrência do julgamento ter sido realizado após a proclamação do resultado do pleito e a diplomação do impugnado, fato que, segundo entendimento da Corte, impossibilitaria essa espécie de sanção, mesmo sendo ela cabível.

O acórdão registrou que

Em sede de ação de investigação judicial eleitoral não é necessário atribuir ao réu a prática de uma conduta ilegal, sendo suficiente, para a procedência da ação, o mero benefício eleitoral angariado com o ato abusivo, assim como a demonstração da provável influência do ilícito no resultado do pleito.

Além da divergência entre as instancias judiciais, pode-se verificar desacordo entre os membros do Ministério Público Eleitoral que oficiaram no feito.

O paracerista de primeira instancia opinou pela manutenção da sentença, entendendo, na condição de fiscal da correta aplicação da lei, que não houve prática de conduta eleitoral ilícita. Já o membro do Ministério Público de segunda instância manifestou-se no sentido da reversão da sentença, aplicando-se ao candidato impugnado as penas de inelegibilidade e perda do mandato eletivo, ponto no qual não foi atendido pelos julgadores.

A alegação formulada em desfavor do impugnado é a seguinte:

Desde sua eleição para o cargo de Deputado Estadual (ano de 2006) e com notória ênfase no

início deste ano eleitoral (2008), tem promovido diversas ações no intuito manifesto de enaltecer sua imagem e criar um bom nome perante a população criciumense, visando atrair para si pretensos eleitores com o objetivo de angariar seus votos, mormente das classes mais modestas e de pouca instrução [...].

Veja-se que a Corte Eleitoral, ao realizar o julgamento do caso, admite que as condutas isoladas imputadas ao impugnado, em sua maioria, não são ilícitas; porém, na sequência, reconhece, para efeito da sanção, a ilicitude de seu resultado:

Quanto aos fatos, visualizando-os de forma isolada, percebe-se que em parte das condutas praticadas não transparece qualquer irregularidade; v.g, o uso da página eletrônica da Assembléia Legislativa por Deputado Estadual é uma prerrogativa, do mesmo modo, a função de radialista exercida no período devido não encontra qualquer obstáculo legal. Todavia, o conteúdo dessas atividades, amalgamadas com outras razões coordenadas e sobre determinadas circunstâncias, permite a compreensão de atividades marcadas pelo abuso do poder e pela utilização indevida dos veículos de comunicação de massa.

Na mesma senda, a circulação de ônibus usado em projeto social, contendo potagem de expressiva foto, nome do recorrido e cores sugestivas de seu partido político pode não significar propaganda extemporânea; entretanto, a forma assistencial objetivamente vinculada à figura de seu promotor, enseja a ocorrência de abuso.

Anote-se, ainda, que essas e outras ações do recorrido eram divulgadas em seu *site* da Assembléia Legislativa e, principalmente, na Rádio Hulha Negra, no denominado "Programa Alô Salvaro", que atuava como patrocinador dos eventos. Assim, o conjunto das ações ganhava repercussão e relevo perante o eleitorado, mesmo não expressado o pedido de votos - o que seria exigir demais à configuração da infração -, as condutas adquirem potencialidade para influenciar

no ânimo do eleitorado no momento da opção por uma candidatura.

A função programada para a Justiça Eleitoral também é evidenciada:

A Justiça Eleitoral, atenta ao afastamento de práticas que conspurcam o processo eleitoral, tem reiterado a desnecessidade de comprovação de afetação direta ao resultado das eleições, punindo os recalcitrantes desde que dos fatos abusivos sobressaiam os indícios coerentes e a probabilidade de influência para distorcer a manifestação popular [...].

Após sentença de improcedência de ação de investigação judicial eleitoral movida em desfavor do candidato vencedor das eleições para prefeito no município de Passo de Torres, a coligação a qual pertencia o candidato derrotado manejou recurso perante o Tribunal Regional Eleitoral, logrando obter a reforma da decisão em vista do reconhecimento do abuso de poder político, consistente na “distribuição de aterros aos eleitores do município de Passo de Torres”, aplicando-se ao impugnado, candidato à reeleição, as penas de multa de dez mil reais, inelegibilidade pelo período de três anos, contados a partir da eleição, e perda do mandato eletivo.

A controvérsia objeto do julgamento é assim delineada:

Segundo consta, no período eleitoral, foi registrado por Jornal local (fotos de fls. 12 a 14) o momento de entrega de areia para aterro numa residência particular, realizada por funcionários públicos da prefeitura, por meio de um veículo do município. Na ocasião, os funcionários públicos confirmaram a doação do material, cujo serviço teria sido autorizado pela Secretária Municipal da Saúde.

[...]

Em contraponto ao contido na representação, os recorridos aduzem que não houve irregularidade nos atos praticados, uma vez que os aterros são necessários e atendem a critérios da vigilância sanitária contra a proliferação de doenças, em consonância com a campanha de combate à

dengue realizada pelo município, após a devida inspeção pelos agentes da Secretaria Municipal da Saúde, conforme documentos acostados (fls. 19-53).

O resultado da apreciação judicial da demanda é obtido a partir da premissa segundo a qual “mesmo que as doações fossem necessárias e legítimas, o uso promocional ocorreu”. Além disso, prossegue a argumentação,

É consabido que a administração pública não deve permanecer inerte ou amordaçada no período eleitoral, contudo, a intensa movimentação no período que precede as eleições, destoando da inércia administrativa dos anos anteriores ao pleito, pode significar, em conjunto com as provas palpáveis de condutas vedadas, o abuso do poder de autoridade.

No município de Itapema, o candidato à reeleição, que fora empossado após a perda do mandato eletivo do vencedor da eleição de 2004, foi condenado pela Corte Eleitoral Catarinense, por maioria de votos, à pena de inelegibilidade pelo período de três anos, contados a partir da eleição de 2008, por suposto abuso de poder político decorrente de publicidade institucional com caracteres de autopromoção veiculada no ano anterior à eleição, ou seja, em 2007.

O acórdão consignou que

A publicidade institucional que consiste na distribuição de calendário destacando obras e realizações da administração municipal, com evidente promoção pessoal do prefeito candidato a reeleição e conotação eleitoreira, caracteriza abuso do poder de autoridade.

O contexto em que essa decisão foi proferida demanda uma análise mais acurada, seja pelas peculiaridades internas, seja pelo uso, na eleição seguinte, da fundamentação do acórdão para decretar a perda do mandato eletivo do prefeito eleito no município de Brusque.

A controvérsia tem início durante a eleição de 2008 e verte da veiculação de material publicitário, na forma de hexano, contendo um calendário distribuído nas faces laterais acompanhado da inscrição

“Obras por todos os lados”, e, na face superior, uma mensagem de final de ano elaborada com base na conhecida frase de Chico Xavier: “Embora ninguém possa voltar atrás e fazer um novo começo, qualquer um pode começar agora e fazer um novo fim”.

Do julgamento do processo iniciado pelo PSDB, entendendo que a referida publicidade materializava abuso do poder político por parte do então prefeito e candidato à reeleição, seguiram-se as seguintes manifestações judiciais:

I - Decisão do Juiz Eleitoral de Itapema

Nos calendários em questão não há qualquer menção de nomes, símbolos ou imagens que caracterizem a promoção pessoal, há, tão-somente, a ilustração de obras realizadas pela atual administração Municipal. Dessa forma, não há como enquadrar-se a conduta versada, dentro do denominado abuso de autoridade. Quanto às frases constantes no calendário, quais sejam: "2008 O novo tempo começou" e "embora ninguém possa voltar atrás e fazer um novo começo, qualquer um pode começar agora e fazer um novo fim", entende-se que estas não possuem cunho eleitoreiro, pois não fazem alusão a eleições ou qualquer símbolo que as represente. Tem-se que, efetivamente, são frases festivas, típicas de final de ano. [...]

A conduta versada nos autos não ocorreu dentro do período de campanha eleitoral, não podendo ser considerada, assim, como caracterizadora do abuso de autoridade. Concomitantemente, observa-se que não se trata de propaganda extemporânea, porquanto não há nos calendários distribuídos qualquer menção ao futuro candidato.

II - Voto vencido proferido no Tribunal Regional Eleitoral de Santa Catarina pelo juiz relator no julgamento do recurso interposto pelo PSDB contra a decisão proferida pelo Juiz Eleitoral de Itapema:

No presente caso não há como associar a propaganda impugnada à reeleição do atual Prefeito, ora recorrido, pois não foi utilizada nenhuma palavra, expressão, cor, desenho ou

símbolo que, ainda de forma disfarçada ou dissimulada, tenha relação com a mencionada candidatura ou com o pleito eleitoral em geral. Também não há qualquer menção ao cargo almejado, nem pedido de votos, projetos ou divulgação de plataforma política.

[...]

Ora, não se pode negar que o candidato à reeleição tem um ganho eleitoral com a divulgação de seus atos e obras como administrador municipal, mas este benefício é inerente ao instituto da reeleição, assegurado constitucionalmente.

[...]

Assim, considerando que os calendários distribuídos constituem propaganda institucional, a qual não possui conteúdo caracterizador de promoção pessoal, nem conotação eleitoral, e, ainda, não foi realizada no período vedado pelo art. 73, VI, b, da Lei 9.504/1997, conheço do recurso e ele nego provimento, mantendo a decisão que julgou improcedente o pedido.

III - Voto vencedor proferido em sede de divergência no julgamento do recurso interposto pelo PSDB contra a decisão proferida pelo Juiz Eleitoral de Itapema:

Não desconheço que o posicionamento do Relator encontra suporte em precedentes jurisprudenciais. Todavia, peço licença para divergir, adotando raciocínio com certeza mais rígido, mas que, na minha opinião, também tem respaldo na jurisprudência e que, talvez, se molde ao evidente abuso que vem ocorrendo há muito tempo no serviço público, com a realização de gastos elevadíssimos justificados como propaganda institucional mas que, fica evidente até mesmo para o leigo, não constituem despesa pública, e sim verdadeira promoção pessoal dos administradores. Tenho que a apuração de tal prática não pode ficar restrita ao julgamento das contas públicas, merecendo também a atenção dessa Justiça Eleitoral, mormente quando os administradores públicos são candidatos ou

possíveis candidatos à reeleição ou eleição para outros cargos.

Feita tal consideração, a pergunta que não quer calar é: o que pretendia o Executivo Municipal de Itapema com a distribuição dos calendários? Qual o serviço público que pretendia prestar à população?

Não bastasse a divergência entre os diversos julgadores, o Ministério Público Eleitoral, em primeiro grau de jurisdição, manifestou-se pela improcedência da demanda e, portanto, pela manutenção da sentença. Já em segundo grau de jurisdição, o órgão ministerial opinou pela reforma da sentença com aplicação ao impugnado de pena de multa de vinte mil reais.

No município de Brusque, na eleição municipal de 2012, o candidato à reeleição teve decretada a perda do mandato eletivo, foi declarado inelegível pelo período de oito anos e multado em vinte mil reais em razão de suposto abuso de poder político ligado à publicidade institucional da prefeitura municipal.

Releva mencionar que a fundamentação do acórdão proferido pelo Tribunal Regional Eleitoral lançou mão dos mesmos fundamentos, inclusive com citação direta, utilizados no acórdão que decretou a inelegibilidade, também por abuso de poder político relacionado à publicidade institucional, do candidato à reeleição ao cargo de prefeito de Itapema no pleito de 2008.

O acórdão reformou, por maioria de votos, a sentença de improcedência proferida pelo juiz eleitoral de Brusque sob o fundamento de uma pretensa necessidade de restringir o uso abusivo da publicidade institucional em benefício da promoção do ocupante do cargo de prefeito e candidato à reeleição.

No caso, conforme conclusão da maioria (quatro dos sete julgadores que compõem o colegiado), o abuso do poder político estaria configurado em virtude da

[...] distribuição de livretes custeados com recursos públicos contendo dados e fotografias das obras realizadas pela prefeitura, nas quais as informações institucionais são apresentadas com o uso de frases de efeito, similares às manchetes utilizadas nos meios de comunicação sociais, bem como declaração de moradores locais que buscam,

a toda evidência, exaltar a atuação e a eficiência da atual gestão municipal.

[...]

Não há de negar, outrossim, a gravidade da conduta por conta da significativa capacidade de impulsionar e emprestar força à imagem do agente político beneficiado de maneira ilegítima e, com isso, desequilibrar a igualdade de condições dos candidatos à disputa do pleito.

De maneira detalhada, as condutas atribuídas ao candidato à reeleição para o cargo de prefeito de Brusque encontram-se representadas pela distribuição, fora do período eleitoral, do informativo intitulado “Brusque cresce com grandes obras em todos os bairros”, contendo informações referentes às “ações administrativas realizadas pela administração pública municipal de Brusque nos últimos 03 (três) anos”; distribuição de informativo municipal contendo dados acerca da recuperação asfáltica das vias de tráfego do município e depoimentos de munícipes acerca do programa, tais como “Depois de 30 anos trabalhando aqui, não tenho palavras para descrever como esse asfalto faz bem para o comércio” ou “Não precisamos mais levar o lixo até a rua debaixo. Agora, o caminhão sobe até nossas casas”; mensagem veiculada em 19 de março de 2013 no jornal local Dia a Dia, divulgando obras públicas realizadas pela prefeitura.

A eleição de 2012 para prefeito de Brusque fornece importante material de estudo em face da junção de características peculiares: **a)** o percentual de votos obtido pelo candidato vencedor na eleição de 2012 (95,74% dos votos válidos); **b)** decisão da Justiça Eleitoral reconhecendo que nem mesmo votação de maioria absoluta do eleitorado garante a legitimidade da conquista; **c)** condutas não previstas na legislação podem ser utilizadas para justificar a anulação dos votos; **d)** a reafirmação de que o eleitorado é presa fácil de políticos ardilosos, podendo a vontade da maioria ser viciada por condutas lícitas que acobertam práticas subliminares abusivas.

Traçado o esboço dos acórdãos que servirão de subsídio à pesquisa, convém ilustrar o resultado das eleições nos municípios que os originaram, permitindo, assim, entender, inicialmente, o significado do fundamento utilizado amiúde e formatado no sentido de que a vontade do eleitor, ainda que majoritária e soberana, não é fator suficiente para validar o resultado do pleito em situações nas quais determinadas

práticas dos candidatos, consideradas ilícitas pelas Justiça Eleitoral, possam macular a lisura e a igualdade da disputa.

Tabela 6. Resultado das eleições para o cargo de prefeito nos municípios que originaram os acórdãos do TRESA selecionados para a pesquisa

Município/A no da Eleição	Candidato	Partido Político	Votos	Percentual dos Votos Válidos
CRICIUMA /2004	Antonelli	PMDB	30.364	28,90%
	Clésio Salvaro	PSDB	17.302	16,47%
	Altair Guidi	PP	16.483	15,69%
	Jairo Viana	PV	1.860	1,77%
	Agamenon Cordeiro	PSTU	178	0,17%
	Décio Goes (Votos considerados nulos)			
CAPINZAL /2004	Nilvo Dorini	PMDB	7.705	60,90%
	Boaretto	PPS	4.946	39,10%
ITAPEMA/ 2004	Clóvis José da Rocha	PFL (DEM)	6.761	35,05%
	Professor Sabino	PT	5.407	28,03%
	Antonio Russi	PSDB	4.956	25,69%
	Dedeca	PMDB	2.166	11,23%
MONTE CASTELO/ 2004	Sirineu	PSDB	3.480	65,10%

	Hercílio José Fernandes	PFL (DEM)	1.866	34,90%
ZORTÉA/2004	Remilton Andreoni	PMDB	1.104	54,25%
	Covatti	PPS	931	45,75%
RIO NEGRINHO/2004 (nova eleição realizada em 11/03/2007)	Alcides Groskope	PMDB	8.183	34,20%
	Osni José Schroeder	PFL (DEM)	7.843	32,88%
	Luiz Gonçalves Junior	PTB	7.831	32,82%
CRICIUMA/2008	Clesio Salvaro	PSDB	53.329	48,62%
	Décio Gomes Goes	PT	31.447	28,67%
	Acelio Casagrande	PMDB	22.578	29,59%
	Odelondes de Souza	PSOL	2.322	2,12%
PASSO DE TORRES/2008	Newton Bitecourt da Silva	PMDB	2.162	50,61%
	Valmir Augusto Rodrigues	PP	2.110	49,39%
ITAPEMA/2008	Sabino Bussanello	PT	11.574	52,41%
	Ricardo Alexandre	PPS	8.032	36,37%

	Rosa			
	Antonio Russi	PSDB	1.617	7,32%
	Eliseu Casagrande	PMDB	778	3,52%
	Alexandre Maurício da Silva	PSC	83	0,38%
BRUSQUE/ 2012	Paulo Eccel	PT	35.998	95,74%
	Silvio Bertoloni	PSDB	969	2,58%
	Moises Nascimento	PSDC	631	1,68%

Quanto ao significado emprestado ao conteúdo fático objeto da decisões da Corte Eleitoral Catarinense e considerando-se que a capitulação da conduta como abuso do poder político envolveu, na maioria dos casos, a publicidade institucional do ente público municipal, algumas imagens foram selecionados com o intuito de, sem a necessidade de explicações de ordem jurídica, ilustrar como se dá, na prática, a concreção desse postulado constitucional:



Figura 1. Fotografia da Presidente Dilma Rousseff em posse no novo presidente do TSE. Brasília - DF, 13/05/2014.



Figura 2. Fotografia da Presidente Dilma Rousseff na companhia de trabalhadores por ocasião da visita às obras do Projeto de Integração do Rio São Francisco. Jati - CE, 13/05/2014.

A partir dessa imagens, extraídas do sítio oficial da Presidência da República hospedado na rede mundial de computadores, pode-se observar como a publicidade institucional é, de regra, realizada.

Essa padrão de comunicação institucional importa na associação do governante a seus atos e realizações. Por seu intermédio, a figura do chefe do Poder Executivo associa-se ao próprio governo, situação que, algumas vezes, outras não, é traduzido pela Justiça Eleitoral como abuso do poder político.

O reconhecimento e o posterior sancionamento pela Justiça Eleitoral de eventual abuso de poder político em atos de governos praticados pelo chefe do Poder Executivo não seria problemático se a instituição judicial não contrariasse, para tanto, o princípio gestor de sua competência, consistente na aplicação permanente de uma regra jurídica de forma a garantir a segurança delas esperada, tradução, no mais, do postulado republicano formulado no sentido de que os julgamentos devem ser orientados pelas leis e não pelas idiosincrasias humanas, sem que esse alheamento represente a neutralidade do julgador, mas, sim, o indispensável afastamento de suas preferências, sejam de que ordem forem, da apreciação da matéria a ser julgada.

Como os acórdãos selecionados demonstram, o reconhecimento e sancionamento judicial da prática de abuso do poder político implica no recurso a categorias estranhas ao programa judicial traçado pela ordem republicano-democrática e, conseqüentemente, na quebra da imparcialidade do julgador, ainda que com alguma resistência de seus pares.

Embora os acórdãos contenham razões legais, os motivos de convencimento são verbalizados na forma de axiomas cuja a existência e a validade, afirmativa ou negativa, não permitem sua verificação - e não poderia ser diferente -, seja pelo grau de generalidade, seja pelo subjetivismo.

Sem que seja necessário discorrer sobre a incontestada competência para controlar as eleições pertencente à Justiça Eleitoral, os acórdãos evidenciam que esse controle tem sido exercido, em situações particulares e sem qualquer junção declarada a preferências partidárias por parte do colegiado, de forma a externalizar um julgamento que recaí não sobre o fato em si, mas sobre a maneira de fazer política adotada pelos autores das condutas a que se atribui a pecha de abusividade.

Atente-se, de outro vértice, que as conseqüências sancionatorias suportadas pelos agentes políticos já seriam suficientes, por si só, para justificar a preocupação com o cenário e os possíveis prejuízos para o ambiente democrático, tanto maiores quando as decisões comprometem, por conta da afronta a princípios consolidados no Estado Democrático de Direito (irretroatividade das leis mais gravosas, imutabilidade da coisa julgada, divisão estrita de atribuições e competências entre os

órgãos e poderes governamentais, possibilidade do povo exercer seu poder diretamente por meio do voto em eleições regulares), a segurança jurídica esperada da aplicação da lei aos casos concretos.

Tomem-se como exemplo os acórdãos selecionados referentes às eleições do município de Criciúma.

Na eleição de 2004, o candidato reeleito para o cargo de prefeito, Decio Goes, teve o diploma cassado e foi considerado inelegível por três anos por abuso do poder político relacionado à promoção dos atos governo. Naquele pleito, Clesio Salvaro também se apresentou como candidato, ficando posicionado em terceiro lugar, com 17.302 votos.

Na eleição seguinte (2008), Clesio Salvaro apresentou-se, novamente, como candidato e foi eleito prefeito com 53.329 votos. Na sequência, sofreu impugnação perante a Justiça Eleitoral sob alegação da prática de abuso de poder político, julgada improcedente pelo magistrado de primeiro grau de jurisdição. Os impugnantes recorreram da sentença e obtiveram, perante o Tribunal Regional Eleitoral, a reforma do julgado. A Corte Eleitoral reconheceu a prática de atos caracterizadores do abuso do poder político e aplicou ao candidato eleito, em consequência, a sanção de inelegibilidade por três anos, contados a partir da data da eleição em que se verificou a conduta ilícita, ou seja, Clesio Salvaro estaria com a capacidade eleitoral passiva suspensa até outubro de 2011.

A ausência de uniformidade de critério entre as duas decisões é manifesta, especificamente por que, considerando-se as condutas imputadas a ambos os candidatos, aquelas atribuídas a Salvaro, em comparação às atribuídas a Goes, são substancialmente mais graves. Enquanto Goes teria utilizado-se do cargo de prefeito com o intuito de autopromoção, participando de uma festa típica da comunidade (Festa das Etnias) e distribuído material publicitário com cores semelhantes a de seu partido político, Salvaro foi acusado de promover assistencialismo por meio de programas de ajuda comunitária (um ônibus circulava pela cidade, identificado com uma grande fotografia de Salvaro, promovendo ações de apoio a moradores de comunidades carentes) e utilizar seu programa de rádio, antes do período eleitoral, para obter a simpatia dos futuros eleitores, valendo-se, para tanto, da distribuição de utilidades aos ouvintes.

A situação agravou-se ainda mais na eleição de 2012.

Como acima mencionado, a sanção imposta a Clesio deveria findar em outubro 2011, não havendo, por conseguinte, qualquer impeditivo legal a sua candidatura à reeleição para o cargo de prefeito, assim como não houve óbice à candidatura apresentada em 2008 por

Décio Goes, o candidato que, em 2004, perdera o mandato eletivo pela prática de abuso de poder político. Dito de outro modo, Décio Goes, candidato à reeleição em 2004, teve o diploma cassado e, além disso, foi considerado inelegível, pelo período de três anos, contados a partir da eleição de 2004 e, portanto, findos em outubro de 2007, estando apto a obter o registro a candidato a prefeito de Ciriúma na disputa de 2008, o que de fato fez.

Retornando-se à eleição de 2012, Clésio Salvaro apresentou-se como candidato à reeleição, mas teve o registro indeferido, pois, segundo o entendimento da Justiça Eleitoral, estaria inelegível pelo período de oito anos em face das modificações introduzidas pela Lei da Ficha Limpa. Em razão do efeito suspensivo do recurso por ele manejado contra o indeferimento de seu registro, pode participar da disputa na especial condição de *sub judice*.

Mesmo concorrendo com o registro de candidatura indeferido, Salvaro obteve vitória esmagadora com 85.549 votos de um universo composto por 139.613 votantes em potencial, dos quais 120.097 compareceram para votar, sendo que, entre estes, 4.970 eleitores anularam seus votos para prefeito de forma “deliberada”.

Em segundo lugar ficou candidata filiada ao Partido do Movimento Democrático do Brasil - PMDB, obtendo 21.415 votos.

Os votos obtidos pelo candidato eleito acabaram por não ser computados pela Justiça Eleitoral em virtude do indeferimento definitivo do registro de sua candidatura em decorrência da inelegibilidade posteriormente incrementada, sendo computados como “votos nulos por vontade do eleitor”. Por esse motivo, o percentual de votos nulos atingiu o total de 90.519 votos (75,37% dos votos apurados), sendo declarada vencedora, mas não eleita, a candidata posicionada em segundo lugar.¹⁶⁴

O exame da situação jurídico-eleitoral de Ciriúma coloca em evidência (i) o aspecto do confronto da vontade da maioria com as decisões do Tribunal Regional Eleitoral de Santa Catarina, como pela (ii) contradição que se insinuou, num primeiro momento, entre a grande quantidade de votos nulos e a posição oficial da Justiça Eleitoral a esse

¹⁶⁴Disponível em http://www.tre-sc.gov.br/site/fileadmin/arquivos/eleicoes/eleicoes2012/resultado_turno_1/relatorios_totalizacao_municipio/TOT2012_CRICIUMA.pdf. Acesso em 03 de junho de 2013.

respeito, lembrando que em situações como a verificada na disputa eleitoral de Criciúma não anulariam a eleição, pois

Votos anulados pelo eleitor, por vontade própria ou por erro, não se confundem com os votos anulados pela Justiça Eleitoral em decorrência de ilícitos - como falsidade, fraude, coação ou compra de votos.¹⁶⁵

Com referência ao confronto da vontade da maioria com as decisões do Tribunal Regional Eleitoral de Santa Catarina, calha registrar que a candidatura impugnada do candidato vencedor era formada por chapa complementada por candidato a vice-prefeito filiado ao Partido Progressista - PP, o qual, uma vez superado o impasse relativo a necessidade ou não de nova eleição, resolvido de modo afirmativo, apresentou candidatura a prefeito de Criciúma.

Em eleição suplementar realizada em 03 de março de 2013, o então candidato a vice-prefeito sagrou-se vencedor com votação correspondente a 72,27% dos votos válidos (76.748 votos)¹⁶⁶, ou seja, a decisão da Justiça Eleitoral terminou repelida pela força da reiteração da vontade popular, operando-se uma quase absoluta transferência dos votos obtidos pelo candidato à reeleição ao cargo de prefeito (afastado pela Justiça Eleitoral), filiado ao PSDB, ao originalmente candidato a vice-prefeito e depois candidato a prefeito na eleição suplementar, filiado ao PP, circunstância suficiente para demonstrar que essa crescente assepsia do político pelo jurídico, colonizando, na expressão de Habermas, o mundo da vida, carrega consigo tendência intrínseca e imanente à normatização dos aspectos profissionais do campo político, assim como do carisma do homem político singularizado, contrapondo-se, por exemplo, ao argumento weberiano segundo o qual a atividade política não pode ser relegada a decisões de gabinete.

No mais, a posição noticiada pela Justiça Eleitoral, no sentido de admitir, para fim de quantificação e declaração do resultado final da

¹⁶⁵ Tribunal Superior Eleitoral. **Mandado de Segurança 3438, de Abelardo Luz/SC**. Relator Ministro José Augusto Delgado. Julgado em 29 de junho de 2006. Disponível em Revista de Jurisprudência do TSE, Volume 17, Tomo 4, p. 150.

¹⁶⁶ Disponível em <http://www.tre-sc.gov.br/site/eleicoes/novas-eleicoes/balneario-rincao-campo-ere-criciuma-e-tangara-03032013/index.html>. Acesso em 05 de junho de 2013.

disputa eleitoral, uma maciça quantidade de votos nulos, desde que decorrente da vontade do eleitor - ainda que “deliberadamente errada” -, contradiz, no nível discursivo, a posição que justifica e fundamenta os acórdãos nos quais os votos são reputados nulos pela Justiça Eleitoral em consequência de suposto erro eleitor ao enunciar sua vontade (o eleitor não sabe o que quer e, se soubesse, não faria a escolha que fez), a qual, bem posta a questão, resultaria de uma “sedução” ou “engabelamento” do eleitor por parte de candidatos aparelhados por poder político apto a dirigir a escolha lançando mão, para tanto, de

[...] elaboradas técnicas publicitárias aptas a afetar o subconsciente do destinatário da mensagem - ou seja, o eleitor incauto e desinformado - colhendo-o emotivamente de modo a seduzí-lo e engabelá-lo a votar no autor da indevida mensagem.¹⁶⁷

Oportuno esclarecer, outrossim, que mesmo sendo factível assumir que o eleitor decide em que votar com base em espectro variado de possibilidades e orientações particulares, as decisões da Justiça Eleitoral proferidas em sede de julgamento do processo eleitoral de Criciúma sempre enfatizaram que a escolha realizada pelo eleitorado respectivo resultou de captura do voto por meio de condutas abusivas perpetradas pelos candidatos. Contudo, para alcançar essa conclusão, nenhum fundamento decisório passível de verificação foi utilizado, motivo pelo qual se encontra aberta, com base na própria opinião da Corte, a conclusão no sentido de que o candidato a vice-prefeito registrado na chapa de Salvaro na eleição de 2012, elegeu-se prefeito na eleição suplementar em função do apoio recebido de Salvaro.

Em outras palavras, a decisão da Justiça Eleitoral conduz a avaliação da escolha do eleitor ao ponto absurdo de ser impossível avaliar a forma de escolha do eleitorado ou separar a escolha válida da escolha inválida, dado que ambas se encontram na dependência do código certo/errado prevalente entre os julgadores no momento do tomada da decisão judicial.

Aliado a esse comprometimento do exercício dos direitos políticos advindo das decisões do Tribunal Regional Eleitoral de Santa

¹⁶⁷ Tribunal Regional Eleitoral de Santa Catarina. **Recurso Eleitoral 336-45.2012.6.24.0086, de Brusque**. Relator Juiz Eladio Torret Rocha. Julgado em 18 de dezembro de 2012.

Catarina, o bastante, como dito, para provocar receio, as conseqüências também se irradiam sobre elevados princípios democráticos e republicanos e, até mesmo, comprometem, pelo estrangulamento do político pelo direito, a manutenção do pacto constitucional que sustenta o Estado Democrático de Direito, como demonstram, por exemplo, os julgamentos da Corte nas eleições para prefeito dos municípios de Itapema e Brusque.

O município de Itapema atravessou, a partir do ano de 2004, uma série de fraturas no exercício do poder executivo municipal, ocasionando uma alternância anômala na ocupação dos cargos de prefeito e vice-prefeito municipal. Nesse processo, a Justiça Eleitoral exerceu função relevante, especificamente ao proferir decisões opostas à vontade popular.

Nas eleições municipais de 2004, o eleitorado de Itapema elegeu como prefeito, com 35,049% dos votos válidos (6.761 votos), candidato filiado à agremiação partidária DEMOCRATAS, então denominado Partido da Frente Liberal - PFL. O candidato apresentado pelo Partido dos Trabalhadores - PT ficou posicionado em segundo lugar com 28,03% dos votos válidos (5.407 votos)¹⁶⁸, sendo oportuno registrar que, na eleição municipal de 2000, o mesmo candidato recebera 389 votos (2,9% dos votos válidos)¹⁶⁹. Depois de diplomado¹⁷⁰ o candidato eleito, o partido político cujo candidato ficou posicionado em segundo lugar (Partido dos Trabalhadores), apresentou perante a Justiça Eleitoral pedido de Impugnação do Mandato Eletivo do prefeito eleito, justificando sua pretensão do poder político e outras irregularidades.

A Justiça Eleitoral, em todas as instâncias, acolheu o pedido do candidato derrotado e, em conseqüência, cassou o mandato do prefeito eleito (candidato do PFL/DEM), assim como de seu candidato a vice-

¹⁶⁸ Disponível em www.tse.jus.br/internet/eleicoes/2004/result_blank.htm. Acesso em 18 de outubro de 2010.

¹⁶⁹ Disponível em www.tse.jus.br/internet/eleicoes/2000/quad_part_cargo_blank.htm. Acesso em 18 de outubro de 2010.

¹⁷⁰ A diplomação é o último ato do processo eleitoral. Nele, a Justiça Eleitoral confere aos eleitos um diploma, no qual consta que foram eleitos para o cargo eletivo pelo voto popular, supostamente obtido de forma regular e lícita. O diploma conferido aos eleitos pode ser impugnado por intermédio de recurso contra expedição de diploma, ação de impugnação do mandato eletivo ou ação de investigação judicial eleitoral.

prefeito, determinando, em junho de 2006, a posse do segundo colocado na eleição (candidato do Partido dos Trabalhadores).

Na eleição municipal de 2008, o prefeito que fora conduzido ao cargo, em 2006, por força de decisão da Justiça Eleitoral, apresentou seu nome à reeleição pela mesma legenda partidária (Partido dos Trabalhadores), concorrendo, diretamente, com o vice-prefeito cujo mandato eletivo fora cassado em 2006 por conta de abuso do poder político na eleição municipal de 2004. Apurado o resultado da votação, o candidato do Partido dos Trabalhadores obteve 11.574 votos (52,41% dos votos válidos), ficando em segundo lugar o candidato que fora deposto do cargo de vice-prefeito em 2006, agora filiado à sigla partidária PPS, contabilizando em seu favor 8.032 votos (36,37% dos votos válidos).¹⁷¹

O candidato eleito em 2008 não saiu ileso do processo eleitoral, dado que, em 2009, o Tribunal Regional Eleitoral de Santa Catarina, por maioria de votos (3x2) decretou sua inelegibilidade (suspensão da capacidade eleitoral passiva) pelo período de três anos, contados de outubro de 2008, data da eleição municipal, por conta de atos de gestão qualificados pela Corte como abuso do poder político, praticados ao final do ano de 2007. Importante destacar que a fundamentação para impingir ao alcaide a sanção por abuso do poder político será utilizada pelo Tribunal Regional Eleitoral de Santa Catarina para determinar a anulação do registro do candidato à reeleição ao cargo de prefeito de Brusque - SC.

Aliás, esse acórdão é sintomático da invasão do político pelo jurídico, pois ilustra, por intermédio do contexto decisório, não somente as divergências interpretativas acerca do conteúdo legislado, mas, sobretudo, acerca da função do Poder Judiciário no moderno sistema político-democrático.

A controvérsia tem início durante a eleição de 2008 e verte da veiculação de material publicitário, na forma de hexano, contendo um calendário distribuído nas faces laterais acompanhado da inscrição “Obras por todos os lados”, e, na face superior, uma mensagem de final de ano elaborada com base na conhecida frase de Chico Xavier: “Embora ninguém possa voltar atrás e fazer um novo começo, qualquer um pode começar agora e fazer um novo fim”.

¹⁷¹Disponível em

www.tse.jus.br/internet/eleicoes/estatisticas2008/est_result/resultadoEleicao.htm. Acesso em 18 de outubro de 2010.

O voto prevalente proferido em sede de divergência no julgamento do recurso interposto pelo PSDB contra a decisão proferida pelo Juiz Eleitoral de Itapema, que havia julgado improcedente a imputação de abuso de poder político adota as seguintes razões como fundamento:

Não desconheço que o posicionamento do Relator encontra suporte em precedentes jurisprudenciais. Todavia, peço licença para divergir, adotando raciocínio com certeza mais rígido, mas que, na minha opinião, também tem respaldo na jurisprudência e que, talvez, se molde ao evidente abuso que vem ocorrendo há muito tempo no serviço público, com a realização de gastos elevadíssimos justificados como propaganda institucional mas que, fica evidente até mesmo para o leigo, não constituem despesa pública, e sim verdadeira promoção pessoal dos administradores. Tenho que a apuração de tal prática não pode ficar restrita ao julgamento das contas públicas, merecendo também a atenção dessa Justiça Eleitoral, mormente quando os administradores públicos são candidatos ou possíveis candidatos à reeleição ou eleição para outros cargos.

Feita tal consideração, a pergunta que não quer calar é: o que pretendia o Executivo Municipal de Itapema com a distribuição dos calendários? Qual o serviço público que pretendia prestar à população?

A decisão final proferida pelo Tribunal Eleitoral Catarinense, ainda que por maioria de votos, permite delinear os contornos iniciais da assunção pelo Poder Judiciário de uma tarefa estranha à instituição, identificada com um papel ativo de interferência nas decisões, mesmo que lícitas e legalmente amparadas, dos demais Poderes do Estado.

Por outro lado, essa decisão, ilustrativa das demais aqui selecionadas e reproduzidas anteriormente, permite antever notas de autonomia na judicialização do processo eleitoral, indicando que, se a "judicialização da política é em grande parte produto de escolhas, interesses e considerações estratégicas concretas de gente poderosa com

interesses políticos pessoais”¹⁷², a judicialização da megapolítica pode ser gestada de maneira interna ao Poder Judiciário, apontando para um envolvimento deliberado na “questão política” de modo que tudo passa a ser visto como “questão judicial” que passa a ser decidida com base nos critérios morais do julgador ou da corrente mais numerosa deles, redundando em incremento dos conflitos e da insegurança jurídica por meio de questões que, findo o julgamento, permanecem abertas: "o que pretendia o Executivo Municipal de Itapema com a distribuição dos calendários?".

Ainda no município de Itapema e já na eleição a prefeito de 2012, os candidatos do DEM e do PPS, afastados pela Justiça Eleitoral em 2006, retornaram ao cenário eleitoral, apresentando candidaturas a prefeito de Itapema em chapa majoritárias distintas.

O resultado das urnas garantiu a vitória a candidato apoiado por ampla coligação, na qual estavam inseridos partidos de projeção nacional (PMDB e PSDB), com 33,29% dos votos válidos (8.291 votos). Os candidatos do DEM e do PPS restaram posicionados, respectivamente, na terceira e na quarta posições, com 17,96% (4.474 votos) dos votos válidos e 12,31% (3.067 votos) dos votos válidos, ou seja, somados os votos obtidos por ambos (7.537 votos - 30,27% dos votos válidos)¹⁷³, percebe-se uma tendência acentuada do eleitorado, justamente aquele considerado pela Justiça Eleitoral como presa fácil de políticos ardilosos e, de cujo anseio moralizante, declara extrair os fundamentos da moralização de suas decisões, em reconduzir ao controle do Paço Municipal os candidatos outrora depostos por abuso de poder político.

No que concerne às eleições do município de Brusque, assinalese, inicialmente, que no pleito de 2008, o candidato que se sagrou vencedor, filiado ao Partido dos Trabalhadores - PT, obteve 33.498 votos de um universo de 60.056 votos válidos. O candidato posicionado no segundo lugar, filiado ao PDT, obteve 22.200 votos.¹⁷⁴

Na prélio de 2012, o ocupante do cargo de prefeito, vencedor em 2008, apresentou seu nome à reeleição pela mesma legenda (PT).

¹⁷² HIRSCHL, 2012, p. 48.

¹⁷³ Disponível em <http://www.eleicoes2012.info/candidatos-prefeito-itapema-sc/>. Acesso em 01 de junho de 2013.

¹⁷⁴ Disponível em <http://www.tre-sc.gov.br/site/fileadmin/arquivos/eleicoes/histeleiweb/2008/RFM2008180551.htm>. Acesso em 01 de junho de 2013.

Apurado o resultado, o concorrente a reeleição obteve 35.998 votos (95,74% dos votos válidos). O candidato na segunda colocação, filiado ao PSDB, obteve 969 votos (2,58% dos votos válidos), sendo oportuno assinalar que os votos nulos alcançaram, na comuna em questão, o montante de 29.864 votos, correspondentes a 43,32% do total de eleitores do município.¹⁷⁵

O Tribunal Regional Eleitoral de Santa Catarina, dando provimento a recurso interposto pelo vencido, cassou o registro¹⁷⁶ do vencedor sob o fundamento de prática de abuso de poder político, consistente na realização de publicidade institucional (campanha publicitária de caráter educativo veiculando, de forma impessoal, as realizações do governo) com cunho eleitoreiro, destinada, portanto, a promover, em prejuízo dos demais postulantes, a figura do candidato à reeleição para o cargo de prefeito.

A eleição para prefeito de Brusque fornece importante material de estudo em face da junção de características peculiares: **a)** o percentual de votos obtido pelo candidato vencedor na eleição de 2012 (95,74% dos votos válidos); **b)** decisão da Justiça Eleitoral reconhecendo que nem mesmo votação de maioria absoluta do eleitorado garante a legitimidade da conquista; **c)** condutas não previstas na legislação podem ser utilizadas para justificar a anulação dos votos; **d)** o eleitorado é presa fácil de políticos arditos, podendo a vontade da maioria ser viciada por condutas lícitas que acobertam práticas subliminares abusivas.

No que diz respeito aos itens “c” (condutas não previstas na legislação podem ser utilizadas para justificar a anulação dos votos) e

¹⁷⁵Disponível em http://www.tre-sc.gov.br/site/fileadmin/arquivos/eleicoes/eleicoes2012/resultado_turno_1/relatorios_totalizacao_municipio/TOT2012_BRUSQUE.pdf. Acesso em 01 de junho de 2013.

¹⁷⁶ O registro é o segundo ato do processo eleitoral, precedido pela convenção partidária para escolha dos candidatos. Nele, o partido político ou coligação apresenta, perante a Justiça Eleitoral, o nome do escolhido na convenção, acompanhado pelos documentos que dão conta de sua elegibilidade (comprovante de idade, escolaridade, filiação partidária, quitação eleitoral, residência mínima de um ano na circunscrição do pleito, etc). O registro deve ser efetuado até às 19 horas do dia 05 de julho do ano em que será realizada a eleição e pode ser impugnado por qualquer candidato, partido político, coligação ou pelo Ministério Público Eleitoral no prazo de 05 dias, contados de sua publicação pela Justiça Eleitoral.

para melhor entendimento da abordagem, destaque-se que a legislação eleitoral (artigo 74 da Lei 9.504/97, também conhecida por Lei das Eleições) estabelece que configura abuso de autoridade (sinônimo para abuso do poder político) a desobediência ao disposto no parágrafo 1º do artigo 37 da Constituição Federal, “ficando o responsável, se candidato, sujeito ao cancelamento do registro ou do diploma”.

O artigo 37, parágrafo 1º, da Constituição Federal dispõe, por seu turno, que

A publicidade dos atos, programas obras, serviços e campanhas dos órgãos públicos deverá ter caráter educativo, informativo ou de orientação social, dela não podendo constar nomes, símbolos ou imagens que caracterizem promoção pessoal de autoridades e servidores públicos.

O então prefeito de Brusque, eleito em 2008 para mandato no período 2009-2012, fez publicar, nos meses que antecederam a eleição de 2012, na qual figurou como candidato à reeleição, revista contendo a relação das obras e programas realizados pela administração municipal (publicidade institucional), respeitando, para tanto, a regulamentação constitucional, isto é, não havia na publicidade menção a nomes, partidos políticos ou imagens caracterizadoras de promoção pessoal. Vale dizer, o material não apresentava o nome do prefeito ou sua fotografia e, ainda que apresentasse, não se poderia caracteriza-lo como ilícito, pois esse é o padrão vigente na publicidade institucional, conforme se depreende das imagens acima utilizadas para ilustrar o assunto, numa das quais a Presidente da República aparece na companhia do Presidente do Tribunal Superior Eleitoral, que acabara de ser empossado.

Apesar disso, a Corte Eleitoral Catarinense, ancorada em decisão proferida na apreciação de caso análogo oriundo do município de Itapema, consignou que

[...] a circunstancia de não haver elemento identificador de pessoa ou partido político não torna, por si só, legítima publicidade institucional que eventualmente pode conter distorção e estar favorecendo indevidamente ocupante de cargo político.

[...]

De fato, diante da gravidade das penalidades previstas para atos incondizentes com probidade administrativa, a mensagem de conotação eleitoreira levada ao conhecimento público por meio de publicidade institucional dificilmente trará símbolos de campanha, expressa menção a pedido de votos ou, mesmo, manifesta exaltação do agente público. Ao contrário. Sempre será implementada de modo disfarçado, subreptício, e, revelando o espírito de esperteza que infelizmente grassa entre os dissimulados.¹⁷⁷

A solução jurídica adotada pelo Tribunal Regional Eleitoral Barriga-Verde no caso em tela, classificando a publicidade institucional como abuso de poder político, parece contrariar, ao que tudo indica, o paradigma republicano ao qual se filia o texto constitucional vigente, estando nele arraigado o princípio da publicidade dos atos de gestão governamental, ao mesmo tempo em que ignora que o incremento da publicidade dos atos de governo não é o espelho de um “espírito de esperteza”, mas um dos sinais de uma crescente erosão de autonomia da política partidária tradicional por conta do aumento do contingente dos eleitores cambiantes, que fazem sua escolha de voto sem vinculação ideológico-partidária¹⁷⁸, fator que coloca a eleição ou a reeleição de um candidato ao cargo de chefe do Poder Executivo na dependência de suas aptidões para o exercício de um bom governo.

No mesmo passo, cria um vácuo no processo democrático que, não bastasse contornar a vontade do eleitor e, portanto, o princípio segundo o qual o governo democrático encontra-se condicionado pela autorização dos governados, reconfigura, de maneira incomum, os limites da participação passiva que deram fundamento às Democracias Representativas e que, antes disso, fundamentaram a Democracia Direta.

Ao se imiscuir nos procedimentos típicos de governo sem que haja nele ilicitude, fazendo uso, para tanto, do recurso de preenchimento da lacuna legislativa por intermédio de uma acesso privilegiado ao conteúdo *sub judice* (está tudo dentro da legalidade, mas a legalidade é fruto de uma opção equivocada no gasto do dinheiro público), a Justiça

¹⁷⁷ Tribunal Regional Eleitoral de Santa Catarina. **Recurso Eleitoral 336-45.2012.6.24.0086, de Brusque**. Relator Juiz Eladio Torret Rocha. Julgado em 18 de dezembro de 2012.

¹⁷⁸ BECK, 2011, p. 284.

Eleitoral transforma um problema essencialmente político em problema jurídico, permitindo-se, outrossim, dirigir a escolha exclusiva da governança executiva ou combater suas escolhas “equivocadas”, conforme ilustra o seguinte ponto da acórdão:

É premente, pois, a necessidade de, sem esmorecimento, combater-se a malfadada e, infelizmente, usual prática administrativa envolvendo o uso desmedido de recursos públicos para pagamento de despesas com publicidade institucional, em detrimento, sobretudo, de áreas essenciais à população em geral e, inequivocadamente, sensíveis a preservação da dignidade humana, como a educação, a saúde, a segurança e o lazer, a qual é comumente alimentada pela certeza da impunidade que toma conta do país.¹⁷⁹

Com relação ao item “d” (o eleitorado é presa fácil de políticos ardilosos, podendo a vontade da maioria ser viciada por condutas lícitas que acobertam práticas subliminares abusivas), o julgado do Tribunal Regional Eleitoral de Santa Catarina reproduziu a compreensão também presente no Supremo Tribunal Federal.

A Corte Suprema, conhecida por fornecer base jurídica de legitimação aos períodos de exceção democrática (Era Vargas, Ditadura Militar de 64) e, recentemente, nacionalmente em evidência por conta do julgamento do “Mensalão” (Ação Penal 470), já havia estabelecido, ao proclamar a constitucionalidade da Lei Complementar 135/2010 (Lei da Ficha Limpa), estruturada de forma a limitar o exercício da capacidade eleitoral passiva de candidatos a cargos eletivos com biografia comprometida em razão de condenações judiciais ou por incidência de condições de elegibilidade negativas, restringindo, por conseguinte, suas possibilidades de participação política, que

Algumas vezes, deve-se proteger as maiorias contra elas mesmas e muitas vezes compete ao Poder Judicial o desagradável papel de restringir a

¹⁷⁹ Tribunal Regional Eleitoral de Santa Catarina. **Recurso Eleitoral 336-45.2012.6.24.0086, de Brusque**. Relator Juiz Eladio Torret Rocha. Julgado em 18 de dezembro de 2012.

vontade popular em nome da proteção do equilíbrio de forças democráticas, contra o esmagamento de minorias ou de pautas axiológicas que transcendam o critério quantitativo do número de votos em uma eleição ou em um plebiscito.¹⁸⁰

A decisão no Tribunal Regional Eleitoral de Santa Catarina, por outras palavras, reproduziu o entendimento do Supremo Tribunal Federal, atribuindo, de outro vértice, uma incomum capacidade aos candidatos de utilizar

[...] elaboradas técnicas publicitárias aptas a afetar o subconsciente do destinatário da mensagem - ou seja, o eleitor incauto e desinformado - colhendo-o emotivamente de modo a seduzí-lo e engabelá-lo a votar no autor da indevida mensagem.¹⁸¹

O eixo de interpretação da capacidade eleitoral ativa (votar) utilizado pelo Tribunal Regional Eleitoral de Santa Catarina em muito se assemelha a descrição e pastoreio das massas feita por Canetti, incorporando, de modo peculiar, a característica segundo a qual

A massa necessita de uma direção. Ela está em movimento e move-se rumo a alguma coisa. A direção comum a todos os seus membros fortalece o sentimento de igualdade. Uma meta exterior aos indivíduos e idêntica para todos soterra as metas particulares e desiguais que significam a morte da massa. A direção é imprescindível para sua durabilidade. O medo de desagregação, sempre vivo nela, torna possível guiá-la rumo a quaisquer metas.¹⁸²

¹⁸⁰ Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário 630147**. Disponível em www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/re630147DT.pdf. Acesso em 01 de outubro de 2010.

¹⁸¹ Tribunal Regional Eleitoral de Santa Catarina. **Recurso Eleitoral 336-45.2012.6.24.0086, de Brusque**. Relator Juiz Eladio Torret Rocha. Julgado em 18 de dezembro de 2012.

¹⁸² CANETTI, 1995, p. 28.

Essa idéia também se fez presente no pensamento de Constant, para quem

[...] a vontade só tem efeitos superficiais; na realidade, os homens são movidos por forças que ignoram. Tais forças já não são identificadas, como no passado, aos desígnios divinos, mas às leis históricas e sociais, cuja formulação cabe aos eruditos.¹⁸³

Mesmo que essa explicação seja pertinente para auxiliar a entender o fenômeno de formação de um apanhado de indivíduos deslocados por força de um movimento externo ao corpo massificado (heteronomia), seu choque com a autonomia da vontade que qualificada o indivíduo nas modernas democracias, inclusive na República Federativa do Brasil, é evidente, podendo-se afirmar, em vista disso, que as conclusões judiciais envolvendo a capacidade de escolha do eleitor nacional são, no mínimo, duvidosas e desprovidas de qualquer base de referência ao material típico que fornece o fundamento de uma decisão judicial: o direito posto.

Em linhas gerais, os acórdãos analisados reproduzem um posicionamento controverso, não unânime, cambiante e que privilegia um ponto de vista moral em detrimento do aplicação prática do direito ao caso concreto, orientado, por seu turno pelos seguintes pressupostos:

A) Incapacidade do eleitor nacional em externar, de forma autônoma, sua real vontade por intermédio do voto;

B) Sujeição da massa eleitoral a um estágio permanente de incompreensão da realidade, circunstancia que a torna suscetível a praticas ilícitas concretas ou subliminares tendentes a capturar seu voto;

C) A necessidade de que o Poder Estatal recorra a instrumentos de correção da vontade popular, resgatando o eleitorado, desse modo, de sua sempiterna ignorância e, via de consequencia, desqualificando sua vontade depositada na urna eleitoral;

D) Sobreposição do argumento jurídico à vontade coletiva e, em face de sua insuficiência (do argumento jurídico), o recurso ao preenchimento das lacunas jurídicas com recursos extrajurídicos, objetivando forçar a eliminação de candidatos cuja a conduta, ainda que

¹⁸³ CONSTANT *apud* TODOROV, 2012, pp. 92-93.

não descrita como ilícita pela legislação, possa ser considerada pela Corte politicamente desvirtuada ou abusiva;

E) Composição ou arranjo de saberes distintos por meio dos quais a heteronomia das regras jurídicas (teoricamente, o direito é a expressão de uma necessidade social, ou seja, as regras jurídicas vertem do social e não de si mesmas) transmuta-se em heteronomia da vida a partir das regras jurídicas (judicialização da vida e da política), sacrificando-se, em decorrência, as liberdades políticas relacionadas a possibilidade de participação no governos e a autonomia individual enquanto nota peculiar da cidadania.

A partir dos dados coletados e expostos é possível constatar, portanto, um incipiente processo de judicialização da megapolita em terra brasileira e, mais especificamente, no estado de Santa Catarina, propulsionado por estímulos externos e, de certa forma, também pelo posicionamento ideológico de alguns integrantes das Cortes Eleitorais.

Enquanto o estímulo externo é sentido pela demanda dos atores tradicionais, fazendo crescer o número de processos judiciais que tratam de questões relativas à disputa eleitoral, conforme demonstram os dados consolidados referentes à crescente distribuição de Recursos Especiais Eleitorais e Agravos perante o Tribunal Superior Eleitoral, o estímulo interno manifesta-se pelo aspecto moralizante contido nos acórdãos do Tribunal Regional Eleitoral de Santa Catarina.

A moralização dos fundamentos das decisões, apesar de acompanhada por referências legais, traduz um julgamento acerca do modo atual de fazer política encampado pelos candidatos de forma a exceder o controle da elegibilidade possível e programado no nível teórico para as Democracias Representativas.

Para melhor ilustrar a questão, observe-se, tomando-se como exemplo o caso da democracia direta ateniense, que o controle exercido sobre os candidatos jamais acontecia de antemão em situações de sorteio para os cargos de governo, razão pela qual a escolha não poderia ser previamente limitada por elemento diverso que não o julgamento do candidato acerca de suas capacidades para o exercício do cargo. Mesmo nos poucos casos em que a escolha era realizada por eleição, o controle prévio, consistente no julgamento da aptidão para o governo, era operado pelos eleitores¹⁸⁴, emprestando a essa decisão o caráter dela esperado, ou seja, ser governando de acordo com sua vontade (do corpo eletivo).

¹⁸⁴ MANIN, 2011, p. 26.

Ora, se na Democracia Direta, o sufrágio e a correlata participação no governo não se coadunam com controles estranhos à vontade do eleitor ou ao julgamento subjetivo da capacidade do candidato para a desempenhar as funções de governo, na Democracia Representativa, o controle judicial somente deveria ser exercido por meio de julgamentos sobre a licitude da própria representação e, ainda assim, em situações nas quais vigorasse a imperatividade dos mandatos.

Mesmo que diferente fosse e reconhecendo-se a objeção segundo a qual a legislação pátria autoriza o controle judicial das condutas dos candidatos durante o processo eleitoral, a análise dos acórdãos oriundos do Tribunal Regional Eleitoral de Santa Catarina demonstra que, algumas vezes, esse controle expande-se para além do cenário eleitoral, julgando as condutas praticadas fora do processo eleitoral (convenção partidária até a diplomação dos eleitos) desde que a Corte entenda, quase de maneira mística, que, quando da prática do ato, o resultado pretendido era eleitoral.

A conduta do candidato passa a ser enfocada pela Corte pelo prisma valorativo, ocasionado tanto um rompimento com a neutralidade do Poder Judiciário visto pela ótica da teoria da tripartição funcional dos poderes do Estado, como um desvio na funcionalidade do juiz, que passa de terceiro alheio ao conflito judicializado à posição de ator político encarregado de zelar não só pela licitude do processo eleitoral, mas, também e com maior importância, pela defesa de um eleitorado incauto ameaçado por políticos dissimulados.

A moralização das decisões judiciais eleitorais poderia, no entanto, extrair fundamento da explicação da judicialização da política elaborada a partir da leitura da Constituição como o campo de encontro da comunidade com seus interesses por intermédio da mediação de interpretes autorizados. Ocorre que essa explicação justifica a judiciliação da política como ferramenta de prestações estatais mais céleres e eficientes, infiltrando-se, por conseguinte, nos espaços de inação ou omissão estatal. Dito de outro modo, as escolhas encontram-se programadas, mas não são realizadas, circunstância que, discursivamente, legitimaria o Judiciário a agir para acelerar a concreção do propósito constitucional.

Esse hiato não existe, entretanto, nas questões que envolvem a judicialização da megapolítica. Ao contrário. Nesse caso, as opções e escolhas são materializadas, mas o Poder Judiciário, julgando-as equivocadas, barra sua implementação.

De outro lado, esse refúgio constitucional para justificar a judicialização da megapolítica seria até mesmo incongruente, dado que a

judicialização da política, quando invoca a implícita legitimação constitucional, parte de uma premissa efficientista referenciada em resultados positivos esperados a partir da intervenção da magistratura em questões ligadas à implementação de direitos sociais e, como ficou demonstrado a partir da exposição dos acórdãos do Tribunal Regional Eleitoral de Santa Catarina, o julgamento das demandas eleitorais vem importando em imposição de sérias penalidades aos agentes políticos que utilizam o resultado de sua atuação positiva no governo (eficiência) como critério de propaganda supostamente direcionada à obtenção de votos, isto é, a auto-divulgação da eficiência tem se tornado o fundamento para que a Justiça Eleitoral reconheça a prática de abuso do poder político.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Os fundamentos sob os quais se enraíza a judicialização não são estáticos e, mesmo se considerados historicamente dinâmicos, não são imutáveis ou insubstituíveis. Essa relatividade, no entanto, não lhes abstrai as características mínimas que singularizam seus conteúdos respectivos, ou seja, seus atributos não são espécies vazias, mas se relacionam a fenômenos identificáveis e particularizados por eles.

Assim, se a Democracia experimentada hoje não é idêntica à Democracia Grega, ou, se República Federativa do Brasil não traduz a mesma idéia contida na República Romana, isso não quer dizer, em absoluto, que Democracia e República, na atualidade, não digam respeito a opções e comportamentos político-governamentais padronizados a partir dos a quais se possa subsumir a existência ou não de uma Democracia ou de uma República, o mesmo se podendo dizer a propósito das teorias que lhe são subjacentes (representação, divisão tripartite dos poderes do Estado).

A judicialização, nesse contexto, não é uma característica de uma estrutura ou do modelo de ação ou comportamento político-governamental padronizado, mas o sintoma visível de que há mudanças em curso no interior do sistema no qual ela, com maior ou menor frequência, pode ser observada.

Essa sintomática importa não só em inéditas projeções funcionais, mas no desenvolvimento de novas teorias acerca do papel dos atores políticos e das formas de participação política. Estranhamente, a judicialização radica-se nesse arranjo de forma ambígua.

Ao passo que a centralização da política na esfera governamental democrático-representativa vem perdendo expressão no transcurso das últimas décadas, especialmente por conta do surgimento de grupos de interesses alinhados por força da cristalização de direitos individuais e políticos, circunstancia que coloca a efetividade de qualquer decisão governamental, seja ela meramente executiva ou legislativa, na dependência do debate com os núcleos sociais assim organizados, o Poder Judiciário, a despeito da auto-imagem que lhe confere, hodiernamente, a posição de ator político de transformação social, reestabelece, nos casos em que a judicialização pode ser constatada, a centralidade da política nos focos tradicionais de poder.

Admitindo-se que essa postura judicial encontre-se, em alguma medida, atrelada ao constitucionalismo, a ambiguidade da judicialização, valha a verdade, não pode ser classificada como

disfuncional ou autoritária, uma vez que, tomada como modelo a Constituição da República Federativa do Brasil, seu programa pressupõe a subordinação social à política governamental, necessária, ao que parece, para suprir a deficiência de uma sociedade supostamente patologizada em decorrência de uma modernização tardia e, em todo caso, incompleta. A Constituição Federal, nesse sentido, seria a ferramenta jurídico-política por intermédio da qual a promessa não cumprida poderia ser, finalmente, materializada, permitindo, concomitantemente, a fixação de objetivos pela via da ação estatal, constitucionalmente encarregado de “construir uma sociedade livre, justa e solidária”, a ele subordinada, dele dependente e, sem ele, serva, injusta e indiferente. O Estado, no padrão constitucional brasileiro, permanece como demiurgo da sociedade e

Diante dessa realidade, o modelo jurídico jurídico-político de Estado-Nação adotado é o europeu com ingredientes norte-americanos, inspirado no liberalismo, constitucionalismo, divisão dos três poderes, democracia e cidadania; sem maiores compromissos com a efetivação desses princípios e ideais. Essa é a visão da história de boa parte das “elites” deliberastes e governantes, visão essa na qual está implícita ou explícita a idéia de que o povo, enquanto coletividade de cidadãos, precisa ser criado e tutelado, de cima para baixo.¹⁸⁵

Todavia, diverso do que possa inicialmente parecer, o constitucionalismo acima resenhado, tanto local como globalmente, não representa a retomada da idéia *hobbesiana* de subordinação social em face do estado bélico afeto ao homem, mas a expressão de um velho receio calcado na desconfiança acerca das capacidades humanas para dirigir os assuntos públicos e, no rastro de um Estado controlador, também aqueles outrora protegidos pela esfera da privacidade clássica. Esse decalque constitucional pode ser percebido, internamente, na omissão de um objetivo ligado à erradicação do analfabetismo entre aqueles arrolados no artigo 3º da Magna Carta ao mesmo tempo em que o texto constitucional vigente erige o analfabetismo como barreira de controle ao exercício dos direitos políticos, estabelecendo, em seu artigo

¹⁸⁵ IANNI, 2004, p. 44.

14, que os analfabetos são inelegíveis (não podem ser candidatos a cargos eletivos) e possuem capacidade eleitoral facultativa para o alistamento (cadastro como eleitor) e para o voto (mesmo sendo alistado como eleitor, podem optar por não votar).

A “vontade geral” é, em função disso, resignificada e reposicionada de modo que seu reconhecimento possa ser fictamente preservado, contornando-se, na prática, as já limitadas possibilidades de sua materialização de maneira emancipada com relação ao dirigismo estatal, ou seja, o antigo confronto entre regulação e emancipação encontra um armistício constitucional com a prevalência da primeira.

Em outras palavras, a Constituição transfere a vontade geral do instante anterior ao pacto social, conforme teorizado por Rousseau, para uma posição posterior, conferindo ao extrato social a posição de criatura e não de criador e impedindo, ademais, que a suposta vontade geral recolhida pela Constituição possa ser modificada para corresponder a anseios sociais reais (dogmaticamente, a sociedade seria constitucionalmente incapaz de identificar seus anseios) e não a sua mera tradução por uma interposta comunidade de interpretes, a qual, por seu turno, deslegitima, com base na compreensão de uma sociedade hipossuficiente, as possibilidades de realização democrática procedimental, posto que a esfera pública não seria suficientemente madura para, sem a tutela de atores políticos capazes, tematizar suas demandas e validar suas decisões. Nesse particular, observe-se que a Constituição Federal preconiza que todo o poder emana do povo, que o exerce por intermédio de seus representantes ou diretamente por meio de referendo, plebiscito e iniciativa popular para início do processo legislativo destinado à elaboração de uma lei, possibilidade não admitida pela Supremo Tribunal Federal se destinada a modificar o texto constitucional.

Muito embora o hipotético consenso que motiva o pacto social rousseauiano componha uma premissa a-histórica, o que também suprime do corpo social as possibilidades de emancipação posteriores ao conteúdo regulador do consenso inicial, sua substituição por um paradigma constitucional judicializado desenraíza, por completo, as possibilidades de protagonismo social no espaço político, seja pelo transplante espaço-temporal do consenso a respeito da forma de organização jurídico-política afeta ao organismo estatal, seja pelo controle e tutela exercido sobre as condições de validade da participação política ativa (voto) e passiva (elegibilidade).

A judicialização constitucionalmente referenciada, por conseguinte, permite ao Poder Judiciário, ainda que com resistências

democráticas desfocadas, o exercício funcional carregado por uma múltipla postura ideológica: a) desconfiança com relação à desacreditada política centralizada nos focos governamentais dos Poderes Executivo e Legislativo; b) subordinação da sociedade e de suas capacidades políticas ao Estado-Juiz, detentor de uma capacidade impar de interpretar a vontade do povo e, também, protegê-lo de suas escolhas ruins; c) recuperação absolutista da legitimação do poder político pela via da exclusividade da jurisdição¹⁸⁶; e d) julgamento do agir político com referência em códigos jurídicos moralizados por uma noção de justo extraída da virtude do julgador.

No que diz respeito à judicialização da megapolítica e tendo-se em conta, especificamente, o aspecto do discurso judicial moralizado recolhido dos acórdãos proferidos pelo Tribunal Regional Eleitoral de Santa Catarina em situações nas quais foi atribuída ao candidato a prefeito a prática de abuso do poder político, essa postura fica ainda mais evidente, revelando tanto as notas ideológicas acima, como a assunção de um atributo estranho ao aparelho judicial na clássica divisão de poderes: o poder político.

Enquanto a nota característica do Poder Judiciário na tradicional doutrina da divisão dos poderes era sua neutralidade axiológica e a completa ausência de poder político, a magistratura da época da judicialização da megapolítica não só exerce poder político como o exerce em condição de ditar comportamentos sem o uso da força monopolizada pelo poder estatal e, o que é, de certa forma, mais estranho, um exercício dissociado de limites claros.

Pode-se argumentar, em contraponto, que essa postura judicial é histórica e já era conhecida pela democracia direta ateniense sem que isso representasse qualquer espécie de risco à manutenção do sistema democrático.

Ocorre que, afora o termo tribunal utilizado pelos gregos não significar tarefa jurisdicional no sentido moderno, mas tarefa essencialmente política¹⁸⁷, não fazendo sentido, por conseguinte, falar em judicialização da política, o controle pelos tribunais em Atenas não era exercido no contexto de divisão de poderes, medida, de qualquer modo, desnecessária e inepta em razão da soberania popular. Em outras palavras, a tripartição dos poderes surge como estratégia de contenção do poder estatal no ambiente político-governamental da democracia

¹⁸⁶ FOUCAULT, 2008, p.11.

¹⁸⁷ MANIN, 2008, p. 32.

representativa, não sendo necessária, portanto, no ambiente político-governamental de democracia direta, como era o caso ateniense. De outro vértice, o eventual controle das decisões da Assembléia Ateniense (*ekklesia*) por parte dos tribunais não se assemelha, formal ou materialmente, à judicialização levada a cabo atualmente pelos tribunais. O controle dos tribunais sobre os atos da Assembléia Ateniense era caracterizado por representar um segundo exame mais rigoroso com relação à decisão popular, sendo este o motivo de sua maior autoridade.

Para comenzar, había menos *diskastai* que miembros de la asamblea. Eran mayores y habían prestado juramento. Pero, además de eso, el procedimiento seguido por los tribunales se diferenciaba del de la asamblea. Se dedicaba un día entero a examinar las decisiones que habían sido recurridas por ilegalidad, mientras que durante una sesión de la *ekklesia* (media jornada) era costumbre tomar una serie de decisiones. El procedimiento de los tribunales era necesariamente de careo, teniendo que defender la propuesta quien la había presentado y atacarla la acusación. Además, ambas partes tenían que tener tiempo para preparar sus casos. La asamblea, por otro lado, podía tomar la decisión sin debate y de inmediato, siempre y cuando nadie objetase la propuesta en cuestión. Finalmente, las votaciones en la asamblea eran a mano alzada en todos los casos, salvo algunas excepciones. No se efectuaba un recuento exacto: con una media de 6.000 asistentes, el recuento hubiese exigido mucho tiempo. En los tribunales, en cambio, la regla era la votación secreta (para así limitar las posibilidades de sobornos y la corrupción) y los votos eran contados con exactitud. Así pues, los tribunales, aunque ejercían un papel político propiamente dicho, eran unos órganos que diferían sustancialmente de la asamblea en cuanto a tamaño, composición y métodos de procedimiento.¹⁸⁸

¹⁸⁸ Ibid, p.35.

Há uma enorme diferença entre o exercício de uma atividade tipicamente política por parte dos tribunais, que, via análise detalhada, culmina na reforma de uma decisão também política adotada em meio a um procedimento sem muito rigor, e uma decisão tipicamente jurídica que julga a política ou as escolhas político-eleitorais, gestadas ao longo de um mandato eletivo ou no curso de um longo processo eleitoral, depois de uma pequena discussão da qual nem sempre resulta unanimidade e cuja conclusão não emerge de critérios fixos ou pré-estabelecidos.

Óbvio que nada disso dispensa o controle que os tribunais possam exercer sobre os atos do demais poderes do Estado. O controle de um poder sobre o outro é da essência do sistema de partilha e, em função disso, aliás, ficou conhecido como sistema de freios e contrapesos ou controles recíprocos. Todavia, as possibilidades de controle não autorizam a amplitude de intervenção que sustenta os argumentos favoráveis à judicialização da política e da megapolítica, especialmente em razão da impossibilidade constitucional de abolição legislativa da tripartição dos poderes (artigo 60, parágrafo 4, inciso III, da Constituição Federal).

Em outras palavras, se a própria Constituição Federal considera que a clássica divisão dos poderes compõe um núcleo rígido e imutável da organização político-governamental do Estado Brasileiro, impossibilitando a análise de propostas tendentes a aboli-la, parece intuitivo que a mudança na distribuição e na forma do exercício dos poderes estatais não pode partir do Poder Judiciário, especialmente quando a intervenção dos demais poderes em sua atuação não é tolerada. Vide, a propósito, as resistências da magistratura por conta de proposta formulada no sentido de subordinar as decisões do Supremo Tribunal Federal ao referendo do Conselho Nacional de Justiça.

Controle não significa intervenção e, muito menos, considerada a atuação judicial no sentido de judicializar a política e a megapolítica, o exercício de um poder estranho à investidura dos juízes: o poder político. Nesse particular, o exercício do poder político pela magistratura não significa apenas a apropriação de um espaço estranho à esfera do Poder Judiciário, mas o rompimento funcional da figura do juiz como árbitro imparcial encarregado de solucionar um conflito entre partes processuais equidistantes por uma posição de ator político, restando comprometida a imparcialidade da qual resultaria - é o que se espera - a propalada justiça da decisão, além de que, no contexto de um sistema democrático, pressupõe uma perigosa confusão entre a titularidade do poder, pertencente ao povo, e seu exercício, delegado a

seus representantes. No mais, esse desacordo interpretativo patrocinado pela Justiça Eleitoral termina por colocar em questão toda e qualquer base de legitimidade possível para as escolhas eleitorais, uma vez que, se o Poder Judiciário detém a capacidade para deslegitimar o resultado da escolha popular, nada impede que a parcela do eleitorado vencida não considere legítimo o resultado das urnas e, em função disso e com base na titularidade do poder que lhe é própria, instigue e fomenta revoltas populares direcionadas a subverter o resultado da eleição com o qual não concorde.

Ainda que a postura judicial com relação à política possa, sob certos aspectos, ser tomada como um sinal de evolução do sistema republicano-democrático pela inserção de novos atores, não se pode ignorar que a judicilização tende a massacrar justamente o espaço reservado à atuação desses novos atores: a esfera pública, desprestigiando, reflexamente, o principal controle sobre o governo: a dependência em relação ao povo¹⁸⁹.

Na judicialização - e isso é aparente -, a esfera pública é visualizada como um setor débil e suscetível a manipulações por parte de indivíduos ardilosos e dissimulados (os políticos), cabendo ao Judiciário a tarefa de conduzir uma sociedade hipossuficiente ao lugar por ele determinado como ideal.

Essa depreciação judicial da esfera pública como espaço da nova política vem acompanhada por uma desconfiança com relação à política tradicional centralizada no governança estatal, que, por não produzir os resultados eficientes que dela se espera, deve ter suas decisões substituídas pela decisão judicial, situando-se nesse ponto a inflexão entre judicialização da política e judicialização da megapolítica, especialmente nos casos envolvendo o denominado abuso de poder político.

O reconhecimento do abuso do poder político como causa para sancionamento dos candidatos ao cargo de prefeito importa, no mais das vezes, na admissão de que houve excesso na divulgação da eficiência governamental, seja pelo anúncio de realizações, pela comparação com governantes anteriores, pela associação de realizações à figura do agente ou pela promoção do trabalho socialmente realizado antes da candidatura ao cargo eletivo. No entanto, o *deficit* de eficiência é justamente o argumento que empresta legitimidade à judicialização da política, insinuando-se, assim, uma contradição, no mínimo perigosa,

¹⁸⁹ HAMILTON; MADISON; JAY, 2013, Número 51. p. 03.

entre as decisões de um poder que judicializa a política em nome de uma eficiência governamental que não pode ser alcançada pelos caminhos gerenciais normais e, ao mesmo tempo, pune o agente político que veicula, mediaticamente, sua eficiência ou aptidão no e para o governo.

Dentro desse panorama tenebroso, nada sobra que faça lembrar o ambiente democrático direto ou representativo e, por esse motivo, a solidificação da tendência no sentido da judicialização obrigará a substituição do modelo de governança democrática por um governo cujas características principais não permitirão sua redução à Democracia, salvo sob o ponto de vista estritamente formal.

Sem que isso implique em avaliação acerca dos benefícios possíveis a partir de um governo de juízes ou de uma política judicializada ao extremo, na qual o debate seria completamente suprimido em homenagem ao resultado, e as escolhas individuais, eleitorais ou não, abolidas em prol da segurança, independentemente de seu antagonismo com o humano ser socialmente pensado, tematizado ou discutido, o fenômeno em si provoca inquietações que ultrapassam o debate acadêmico e colocam-no sob o enfoque político relacionado à tensão entre um desejado ambiente democrático e os perigos a ele inerentes e a segurança produzida pela decisão de juízes que nos substituem de forma descolada da nossa confiança e sem que suas decisões sejam capazes de mitigar ou anular os efeitos contingentes da decisão política judicializada.

Anuir com a judicialização, especialmente no espaço da megapolítica, incrementa, portanto, a margem de legitimidade das decisões judiciais em detrimento das práticas democráticas, novas ou antigas, permitindo que o fundamento extrajurídico nelas contido oculte tanto o exercício fático do poder político em nova roupagem e seu imperceptível abuso por parte dos juízes - o que importa em seria ameaça à ordem republicana -, ignorando-se, outrossim, que a maior segurança que possa ser sentida a partir da intervenção judicial é debitada na conta de nossos caros espaços de liberdade, individuais, sociais e políticos, tornando a própria Democracia incompreensível.

É preciso não olvidar que a Democracia, na forma experimentada nos palcos político-governamentais modernos, orienta-se por um regime de desejo, canalizado, por sua vez, pelo anseio de igualdade¹⁹⁰, incompatível com pretensões generalizadas de segurança, uma vez que esta engendra uma força política estranha ao processo democrático: o

¹⁹⁰ RIBEIRO, 2008, p. 18.

medo, cuja capacidade potencial para orientar ações políticas em nome da segurança é, em razão de sua irracionalidade imanente, incerta e de conseqüências desconhecidas¹⁹¹, especialmente naquilo que toca ao cálculo utilitário da conduta na esfera da segurança jurídica. Dito de outro modo, o medo impede a projeção racional das conseqüências da conduta, tanto na esfera da escolha eleitoral como na implementação de programas que, de certo modo, foram determinantes da escolha dos eleitos.

A tradução romantizada dessa conjuntura em que o medo abastece demandas político-sociais por segurança foi realizada, de maneira perfeita, por Guimarães Rosa, ilustrando bem o que ela significa. Depois de questionar um visitante acerca de sua crença na existência do Diabo, a personagem principal, um ex-jagunço convertido ao catolicismo, movido pelo medo que a admissão da existência da maligna figura lhe inspirava, afirma que o governo, conhecedor de que o Diabo, existindo ou não, provocava medo nas pessoas, deveria colocar fim ao pavor popular por meio de uma lei ou outro ato qualquer que declarasse que o Diabo não existe: “Só assim, davam tranquilidade boa à gente.”¹⁹²

Por certo, o medo que propulsiona o discurso de segurança presente nas decisões judiciais envolvendo a megapolítica não é reação a uma entidade sobrenatural; porém, a maneira como esse medo vem sendo tratado pela magistratura eleitoral envolve o mesmo princípio sugerido na obra de Guimarães Rosa: o extermínio do agente causador do medo por intermédio de uma declaração simbólica.

A ubiquidade desse agente, no entanto, arrasta a Democracia para um confronto com suas bases de legitimação, pois o medo combatido por meio dessa declaração simbólica relaciona-se tanto a um suposto inimigo externo ao processo democrático (a ardilosa classe política tradicional) como a um inimigo interno (a débil sociedade civil detentora da capacidade eleitoral ativa). Todavia, um e outro são indispensáveis à Democracia Representativa e suas eventuais debilidades não podem servir de fundamento para supressão do poder de escolha de uns ou para limitação da participação de outros.

Não se pode ignorar, todavia, que essa postura não é emergente da própria relação democrática representativa ou de seu consectário identificado pela difusão estrutural e funcional dos poderes estatais, mas

¹⁹¹ BECK, 2011, p. 60.

¹⁹² ROSA, 2001, p. 39.

do significado atribuído pelo Poder Judiciário, com mais ou menos rigor, ao fenômeno constitucional, identificado como freio contramajoritário e, portanto, dotado da potencialidade de paralisar os procedimentos democráticos.

Contudo, ainda que se reconheça que a Constituição possa representar um dique à vontade das maiorias, evitando-se que, em nome de seus interesses, opere-se uma “espécie de retorno a Rousseau”¹⁹³, o contramajoritarismo presente, em nosso caso, na Constituição Federal é, de todo modo, uma cláusula legislativa e não judicial, impedindo que as vontades majoritárias violem direitos fundamentais consagrados (resgatando, por exemplo, a pena de morte), retrocedam na universalidade e igualdade do direito de sufrágio, atentem contra a forma republicana e federativa ou levem à abolição da divisão de poderes.

O imobilismo constitucional resgata, por conseguinte, a premissa federalista segundo a qual a República é marcada pelo predomínio necessário do Poder Legislativo, cabendo aos demais poderes conter os inconvenientes dessa prevalência¹⁹⁴, ou seja, o freio contramajoritário contido na Constituição objetiva reforçar a funcionalidade dos demais Poderes com o desiderato de anular as possibilidades de debate no foro de representação de matérias recobertas pelo caráter constitucional de inalterabilidade.

Essa possibilidade, como se vê, não contém um franqueamento à intervenção do Poder Judiciário direcionado a suprir a ineficiência governamental ou interpretar a vontade do povo de sorte que possa ela corresponder ao sentido idealizado para a Democracia, nem, tão pouco, substituir as tematizações e demandas da esfera pública por uma representação comunitária concentrada e identificada por um virtude extraordinária que lhe permitiria fazer escolhas melhores que aquelas feitas pelo povo, ou, o que dá no mesmo, “trazer à luz seus verdadeiros anseios”.

A judicialização e, de forma mais específica, a judicialização da megapolítica, traduz uma desfuncionalidade real do sistema de representação republicano-democrático, mascarando tanto uma conduta arbitrária por parte de seus agentes principais (os juízes) como a renovação do surrado problema - quase uma aporia - relacionado aos debates acerca das possibilidades de implementação democrática em

¹⁹³ STRECK, 2009, pp. 18-19.

¹⁹⁴ HAMILTON; MADISON; JAY, 2013, Número 51, p. 03.

determinados cenários populacionais, ou seja, grosso modo, a judicialização expressa a idéia de que o povo brasileiro, em face das irrealizadas promessas da modernidade, não estaria preparado para a Democracia, necessitando de tutores aptos a identificar suas escolhas reais e protegê-lo de suas escolhas ruins, permitindo, assim, uma reconfiguração na titularidade e no exercício do poder de tal modo profunda que é possível aos eleitores dizerem: “Quelli che abbiamo eletto non hanno potere. E quelli che hanno potere non li abbiamo eletti.”¹⁹⁵

¹⁹⁵ BECK, 2014, Prefacio.

REFERÊNCIAS

1. ARANTES, Rogério Bastos. **Ministério Público e política no Brasil**. São Paulo: Sumaré, 2002.
2. ARANTES, Rogério Bastos; COUTO, Cláudio Gonçalves. Constituição, Governo e Democracia no Brasil. **Revista Brasileira de Ciências Sociais**. Volume 21. 61/2006
3. ARAÚJO, Eugenio Rosa de. **Economia e Justiça: Ativismo judicial na política monetária**. Niterói: Impetus, 2012
4. ACKERMAN, Bruce. **A Nova Separação dos Poderes**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013.
5. ARENDT, Hannah. **O que é Política?** 10a ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2012
6. BAQUERO, Marcelo. Formas alternativas de participação política ou naturalização normativa? Cultura política e capital social no Brasil. **Revista Política e Sociedade**. Florianópolis, Volume 3, Número 5, p.166. 2004
7. BARBOSA, Rui. **Antologia**. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2013
8. BARROSO, Luis Roberto. Constituição, Democracia e Supremacia Judicial: Direito e Política no Brasil Contemporâneo. **Revista da Faculdade de Direito da UERJ**, Rio de Janeiro, volume 2, número 21, 2012.
9. BAUMAN, Zygmunt. **Em busca da Política**. Rio de Janeiro: Zahar, 2000.
10. BAUMAN, Zygmunt. **Legisladores e Interpretes**. Rio de Janeiro: Zahar, 2010.
11. BECK, Ulrich. **Sociedade de Risco: Rumo a uma outra modernidade**. 2a ed. São Paulo: Editora 34, 2011.
12. BECK, Ulrich. **Potere e contropotere nell'età globale**. Bari (Italy): Laterza, 2014.

13. BOBBIO, Norberto. **Estado, Governo, Sociedade: Para uma teoria geral da Política**. 14ª ed. São Paulo: Paz e Terra, 2007.
14. BOBBIO, Norberto; BOVERO, Michelangelo. **Teoria Geral da Política: A Filosofia Política e as Lições dos Clássicos**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2000.
15. BRASIL. **Constituição Federal**. 05 de outubro de 1988.
16. _____. **Lei Complementar 64**. 18 de maio de 1990.
17. _____. **Lei Ordinária 9.504**. 30 de setembro de 1997.
18. _____. **Lei 4.737 (Código Eleitoral)**. 15 de julho de 1975.
19. _____. **Decreto-lei 201**. 27 de fevereiro de 1967.
20. CAMPILONGO, Celso Fernandes. O Judiciário e a Democracia no Brasil. **Revista USP**, São Paulo, mar/abr/mai/1994.
21. CANETTI, Elias. **Massa e Poder**. São Paulo: Companhia das Letras, 1995.
22. CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes Legisladores?**. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1993.
23. CARVALHO, Ernani Rodrigues de. Em Busca da Judicialização da Política no Brasil: Apontamentos para uma nova abordagem. Curitiba, **Revista de Sociologia Política**, número 23, nov/2004.
24. COMPARATO, Fabio Konder. **A questão política nas medidas provisórias: um estudo de caso**. Disponível em www.egov.ufsc.br/sites/default/files/anexos/14558-14559-1-PB.htm. Acesso em 10 de abril de 2014.
25. DAHL, Robert A. **A Democracia e seus Críticos**. São Paulo: Martins Fontes, 2012.
26. _____, Robert A. **La igualdad política**. Buenos Aires: Fondo de Cultura Económica, 2008.

- 27._____, Robert A. **Poliarquia**. São Paulo: Edusp, 2012.
- 28.DALLARI, Adilson de Abreu. Crime de Responsabilidade do Prefeito. **Revista de Informação Legislativa**. Brasília. Ano 31. n. 121, Janeiro/Marco de 1994.
- 29.DAVID, René. **O direito inglês**. São Paulo: Martins Fontes, 2000.
- 30.DWORKIN, Ronald. **A Justiça de Toga**. São Paulo: Martins Fontes, 2010.
- 31.ELY, Jonh Hart. **Democracia e Desconfiança: Um teoria do controle judicial de constitucionalidade**. São Paulo: Martins Fontes, 2010.
- 32.FAORO, Raymundo. **Os donos do poder: Formação do patronato político brasileiro**. 5a ed. São Paulo: Globo, 2012.
- 33.FERRAZ JR, Tércio Sampaio. O Judiciário frente à divisão dos poderes: um principio em decadência? **Revista USP**, São Paulo, mar/abr/mai/1994.
- 34.FEREJOHN, John. Judicializando a Política, Politizando o Direito. em **Judicialização da Política**. São Paulo: 22 Editorial, 2012
- 35.FERRO, Pedro da Rosa. **Democracia Liberal: A Política, o Justo e o Bem**. Coimbra: Almedina, 2012.
- 36.FOUCAULT, Michel. **Nascimento da Biopolítica**. São Paulo: Martins Fontes, 2008.
- 37.FUCK, Luciano Felício. **Memória Jurisprudencial: Ministro Nelson Hungria**. Brasília: Supremo Tribunal Federal, 2012.
- 38.GOYARD-FABRE, Simone. **Os Principios Filosóficos do Direito Político Moderno**. São Paulo: Martins Fontes, 2002.
- 39.GUIMARÃES, Mario. **O Juiz e a função jurisdicional**. Rio de Janeiro: Forense, 1958.

- 40.HABERMAS, Jurgen. **A crise de legitimização no capitalismo tardio**. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2002.
- 41._____, Jürgen. **Direito e Democracia: entre facticidade e validade**. Vol. 2. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997
- 42.HAMILTON, Alexander; MADISON, James; JAY, John. **O Federalista**. Campinas:Russell, 2013.
- 43.HIRSCHL, Ran. A judicialização da megapolítica e o surgimento dos tribunais políticos. em **Judicialização da Política**. São Paulo: 22 Editorial, 2012.
- 44._____, Ran. **Towards juristocracy: the origins and consequences of the new constitutionalism**. Cambridge: Harvard University Press, 2004P): Russel, 2013.
- 45.HOBBS, Thomas. **Leviatã ou Matéria, Forma e Poder de uma Estado Eclesiástico e Civil**. São Paulo: Martin Claret, 2001.
- 46.IANNI, Octavio. **Pensamento Social no Brasil**. Bauru/SP: EDUSC, 2004
- 47.LAGASNERIE, Geoffroy de. **A última lição de Michel Foucault: Sobre o neoliberalismo, a teoria e a política**. São Paulo: Três Estrelas, 2013.
- 48.LEAL, Victor Nunes. **Coronelismo, Enxada e Voto: O Município e o Regime Representativo no Brasil**. 7a ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2012
- 49.LOCKE, John. **Segundo Tratado sobre o Governo Civil**. São Paulo: Edipro, 2014.
- 50.LOPES, Julio Aurélio Vianna. **A Invasão do Direito: A expansão jurídica sobre o estado, o mercado e a moral**. Rio de Janeiro: FGV, 2005.
- 51.LUHMANN, Niklas. A posição dos tribunais no sistema jurídico. **Revista AJURIS**, Porto Alegre, n. 49, ano XVII, jul/1990.

- 52.LUHMANN, Niklas. **El Derecho de la Sociedad**. Cidade do México: Herder, 2005.
- 53.MACIEL, Débora Alves; KOERNER, Andrei. Sentidos da Judicialização da Política: Duas Análises. **Lua Nova**, São Paulo, n. 57, 2002.
- 54.MANIN, Bernard. **Los Principios del Gobierno Representativo**. Madrid: Alianza Editorial. 2008.
- 55.MAUS, Ingeborg. O Judiciário como Superego da Sociedade: O Papel da Atividade Jurisprudencial na “Sociedade Órfã”. **Novos Estudos**, n. 58, nov/2000.
- 56.MATTEI, Ugo; NADER, Laura. **Pilhagem: Quando o Estado de Direito é ilegal**. São Paulo: Martins Fontes, 2013.
- 57.MEYER-PFLUG, Samantha Ribeiro. **Memória Jurisprudencial: Ministro Castro Nunes**. Brasília: Supremo Tribunal Federal, 2007.
- 58.MOISÉS, José Álvaro (Org.) **Democracia e Confiança: Por que os cidadãos desconfiam das instituições públicas**. São Paulo: EDUSP, 2010.
- 59.MONTESQUIEU, Charles de Secondat, Baron de. **O Espírito das Leis**. 2a ed. São Paulo: Martins Fontes, 2000.
- 60.MOREIRA, Luiz (Org.). **Judicialização da Política**. São Paulo: 22 Editorial, 2012.
- 61.MORGADO, Cíntia. A Nova Face da Separação dos Poderes - Capacidades Institucionais, Vinculação dos Poderes e Constitucionalismo Cooperativo. **Revista de Direito Processual Geral**, Rio de Janeiro, n.66, 2011.
- 62.NEVES, Marcelo. **Entre Têmis e Leviatã: Uma Relação Difícil**. 3a ed. São Paulo: Martins Fontes, 2013.
- 63.OST, François. Júpiter, Hércules, Hermes: tres modelos de juez. **Revista sobre enseñanza del Derecho**. Ano 4, n. 8, 2007.

64. POGREBINSCHI, Thamy. **Judicialização ou representação: política, direito e democracia no Brasil**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012.
65. RIBEIRO, Renato Janine. Democracia versus República: A questão do desejo nas lutas sociais. in BIGNOTTO, Newton (Org.). **Pensar a República**. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2008.
66. ROSA, João Guimarães. **Grande Sertão: Veredas**. 20 ed. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2001.
67. ROUSSEAU, Jean-Jacques. **Do Contrato Social: Princípios de Direito Político**. Bauru/SP: Edipro, 2000.
68. SANTOS, Ana Catarina. **Papel Político do Tribunal Constitucional**. Coimbra: Coimbra Editora, 2011.
69. SANTOS, Boaventura de Sousa. **A crítica da razão indolente: Contra o desperdício da experiência**. 6ª ed. São Paulo: Cortez, 2007.
70. _____. **Para uma revolução democrática da justiça**. 3ª ed. São Paulo: Cortez, 2011.
71. _____. Boaventura de Sousa. **Pela mão de Alice: O social e o político na pós-modernidade**. 13ª ed. São Paulo: Cortez, 2010.
72. SANTOS, Boaventura de Souza; MARQUES, Maria Manuel Leitão; PEDROSO, João. **Os Tribunais nas Sociedades Contemporâneas**. Oficina do CES – Centro de Estudos, Coimbra, n. 65, nov/1995.
73. SANTOS, Wanderley Guilherme dos. **Horizonte do Desejo: Instabilidade, Fracasso Coletivo e Inércia Social**. 2ª ed. Rio de Janeiro: FGV, 2007.
74. SCHLUCHTER, Wolfgang. **Paradoxos da Modernidade: cultura e conduta na teoria de Max Weber**. São Paulo: Unesp, 2011.
75. STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e Consenso**. 3ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

76.TATE, C.; VALLINDER, T. **The Global Expansion of Judicial Power**. New York University Press: New York, 1997.

77.TAVARES, André Ramos. **Paradigmas do Judicialismo Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2012.

78.TODOROV, Tzvetan. **Os Inimigos Íntimos da Democracia**. São Paulo: Companhia das Letras, 2012.

79.VALLINDER, Torbjörn. A Judicialização da política: um fenômeno mundial. em **Judicialização da Política**. São Paulo: 22 Editorial, 2012.

80.VIANNA, Luiz Werneck *et all*. **A judicialização da política e das relações sociais no Brasil**. Rio de Janeiro: Revan, 1999.

81.VIEIRA, José Ribas. Verso e Reverso: a Judicialização da Política e o Ativismo Judicial no Brasil. **Estação Científica**, Juiz de Fora, V. 01, número 04, out. e nov. de 2009.

82.WEBER, Max. **Ciência e Política: Duas Vocações**. São Paulo: Martin Claret, 2006.

83._____, Max. **Ensayos sobre Sociología da la Religión**. 2a ed. Madrid: Taurus, 2001.

84._____, Max. **O Direito na Economia e na Sociedade**. São Paulo: Ícone, 2011.