

CANDIDATURA AVULSA E A DIFICULDADE CONTRAMAJORITÁRIA

INDEPENDENT CANDIDACY AND THE COUNTER- MAJORITARIAN DIFFICULTY

Parcelli Dionizio Moreira *

SUMÁRIO: Introdução. 1. Mutação Constitucional. 2. Ativismo judicial e judicialização. 3. Candidatura avulsa e a dificuldade contramajoritária. Conclusão. Referências.

RESUMO: Este artigo pretende investigar o instituto da candidatura avulsa, tema que ganha importância com a existência do Recurso Extraordinário com Agravo (ARE) 1054490. Ao longo do estudo, primeiramente, será realizado uma breve análise acerca da evolução da noção de mutação constitucional no direito ocidental. Em seguida, far-se-á uma abordagem da figura do ativismo judicial, suas origens históricas, procurando-se distingui-la do fenômeno da judicialização. Ao final, a proposta será investigar como uma regra constitucional originária pode sofrer mutação em face das alterações da perspectiva do papel do parlamento e também do poder judiciário na atualidade, buscando-se compreender em que medida a separação rígida de funções entre os poderes, outrora predominante no imaginário dos juristas, comporta temperamentos em razão da atuação contramajoritária, representativa e iluminista dos juízes. As conclusões serão extraídas não apenas de excertos doutrinários, especialmente daqueles que tangenciam questões atinentes à dificuldade contramajoritária, mas também buscar-se-á uma resposta para o problema ora proposto a partir de julgados em que o Supremo Tribunal Federal posicionou-se de modo diverso às disposições expressas no Texto Constitucional.

Palavras-chave: Candidatura. Avulsa. Mutação. Judicialização. Dificuldade Contramajoritária.

ABSTRACT: *This article intends to investigate the independent candidacy theme's, a subject that gains importance with the existence of Interlocutory Appeal inside of the Extraordinary Appeal n. 1054490. In the study, first of all, a brief analysis will be carried out on the evolution of the notion of constitutional mutation in Western Law. Next, an approach will be made in terms of judicial activism, its historical origins, trying to distinguish it from the phenomenon of judicialization. In the end, the proposal will seek to respond how an original constitutional rule can mutate in the face of changes in the perspective of the role of the parliament and also of the judiciary in the present time. The aim will be to try to understand how the rigid separation of functions among the state powers has changed since the counter-majoritarian approach emerged. The conclusions will be drawn not only from books and doctrinal papers, especially from those that refer to the counter-majoritarian difficulty, but also from the analysis of the leading cases in which the Brazilian Federal Supreme Court adopted different meanings to the literal provisions of the Constitutional Text.*

Key-words: *Independent. Candidacy. Mutation. Judicialization. Counter-Majoritarian Difficulty.*

* Doutorando em Direito Econômico e Desenvolvimento pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná - PUC/PR.

Artigo recebido em 20/12/2018 e aceito em 21/01/2019.

Como citar: MOREIRA, Parcelli Dionizio. Candidatura avulsa e a dificuldade contramajoritária. **Revista de Estudos Jurídicos UNESP**, Franca, ano 22, n. 36, p.451, jul/dez. 2018. Disponível em: <<https://ojs.franca.unesp.br/index.php/estudosjuridicosunesp/issue/archive>>.

INTRODUÇÃO

O artigo 14, parágrafo 3º da Constituição Federal prevê que a filiação partidária é uma das condições de elegibilidade que qualquer cidadão deve preencher se quiser disputar pleitos para cargos eletivos no executivo e no legislativo, regra que consta do texto constitucional desde a sua promulgação, em 05 de outubro de 1988.

No Recurso Extraordinário com Agravo (ARE) 1054490, após ter sua candidatura avulsa indeferida pela justiça eleitoral fluminense para concorrer à prefeitura do Rio de Janeiro, o autor da ação sustenta que a norma deve ser interpretada segundo a Convenção de Direitos Humanos de San José da Costa Rica.

Para o candidato autor da ação, a Convenção estabelece como direito dos cidadãos “votar e ser eleitos em eleições periódicas autênticas, realizadas por sufrágio universal e igual e por voto secreto que garanta a livre expressão da vontade dos eleitores”.

No presente artigo buscar-se-á fazer um estudo acerca das possibilidades do reconhecimento da candidatura avulsa em face do texto constitucional, analisando-se as perspectivas da interpretação constitucional no caso vertente à luz dos institutos da mutação constitucional e do interpretativismo, promovendo-se, ainda, uma distinção do ativismo judicial e da judicialização.

Ao final, analisando-se os meandros que envolvem o conflito entre as maiorias e as minorias na democracia, buscar-se-á identificar o papel contramajoritário do poder judicial, além de se apurar se existem, no âmbito dos próprios precedentes do Supremo Tribunal Federal, julgamentos que justificariam uma interpretação diversa da literalidade do Texto Constitucional (art. 14, §3º), de modo a autorizar a implementação de uma candidatura avulsa.

1 MUTAÇÃO CONSTITUCIONAL

Com o advento do constitucionalismo no mundo ocidental, percebe-se uma preponderância da adoção de constituições rígidas entre os Estados que apresentam avançado desenvolvimento político, em que torna-se presente a ideia de que deve existir uma separação entre

as leis que são fundamentais e as demais (BRYCE, 1952, p. 94-95)¹, ou seja, o processo de mudança do texto constitucional, num primeiro momento, é concebido somente por meio de um procedimento previsto na própria constituição, o qual, se verificado, autorizará a alteração do texto (SANCHÍS, 2014, p. 181-182)².

A ideia de mutação constitucional começa a ser construída, de um modo mais preciso, com a Constituição Imperial alemã de 1871, a partir da qual surge a Escola de Direito Público tedesca, na qual se destacam Paul Laband e Georg Jellinek. Segundo Urrutia (2000), Laband entendia que, mesmo que as constituições fossem normas jurídicas em sentido estrito, a ação do Estado poderia alterar o sentido dessas normas, sem necessidade de modificação formal, sobretudo em função da expansão da faculdade de se referendar os atos do *Kaiser* por meio de uma legislação e de uma prática política no contexto constitucional do *Reich*, o que permitia uma grande quantidade de alterações informais da Constituição.

Georg Jellinek (1991, p. 15-16)³ acentuava que os limites da constituição, assim como os da lei, são sempre incertos, não havendo qualquer garantia de que alguma lei não venha a contrariar o texto

¹ “Las constituciones rígidas, por otra parte, marcan una etapa relativamente avanzada del desenvolvimiento político. Es el momento en que se hace familiar la idea de separar las leyes fundamentales de las demás, para lo cual generalmente es necesario tener una experiencia considerable en el arte de gobernar y en los asuntos políticos. Por esta causa, las constituciones rígidas han estado mucho más en boga que las flexibles durante los últimos cien años”.

² “Rigidez significa que el texto constitucional no puede ser alterado o derogado por los órganos estatales y en especial por el legislador. Cuando esto último ocurre, cuando la Constitución puede ser modificada por la ley, se habla de flexibilidad. Naturalmente, entre ambos extremos, entre la intangibilidad absoluta y la total flexibilidad, existen muchas posibilidades intermedias que son las habitualmente utilizadas en la práctica constitucional: exigencia de mayorías reforzadas, intervención de distintos órganos colegisladores, disolución de las Cámaras y celebración de nuevas elecciones, necesidad de ratificación de la reforma, concurso directo del pueblo a través del *referendum*, etc”.

³[...] los límites de la Constitución, como los de la ley, son siempre inciertos y no hay ninguna garantía de que leyes que pretenden basarse en la Constitución no la contravengan a pesar de todo, produciendo así un cambio de la Constitución que no lo querían o, por lo menos, no lo pretendían explícitamente. Los preceptos constitucionales a menudo son oscuros o extensos y sólo el legislador les da sentido preciso mediante leyes que los concretan de modo muy parejo a como el juez, primero, toma conciencia clara del contenido de las leyes que ha de aplicar. Así como por lo general la aplicación jurisprudencial de los textos legales vigentes está sujeta a las necesidades y opiniones variables de los hombres, lo mismo ocurre con el legislador, cuando interpreta mediante leyes ordinarias la Constitución [...] No sólo el legislador puede provocar semejantes mutaciones, también pueden producirse de modo efectivo mediante la práctica parlamentaria, la administrativa o gubernamental y la de los tribunales. Han de interpretar las leyes y también las normas constitucionales, pero de modo subrepticio una ley constitucional puede adquirir, poco a poco, un significado totalmente distinto al que tenía en el sistema jurídico originario”.

constitucional, mas essas mutações não se restringem à atividade parlamentar, alcançando também o executivo e o judiciário, os quais, no exercício de sua função institucional, podem conferir interpretações às leis que não se coadunam com o sentido original da constituição, o mesmo acontecendo com as próprias normas constitucionais, que podem, pouco a pouco, adquirir sentido diverso daquele que foi estabelecido originalmente.

Para Herman Heller (1998, p. 317-318), a constituição permanece através da mudança dos tempos e das pessoas em razão da probabilidade de que se repita, no futuro, a conduta humana que com ela concorda, probabilidade que se assenta, de uma parte, na mera normalidade de fato da conduta dos membros de um dado grupo social e, mais ainda, numa normalidade normada dos mesmos e no mesmo sentido. Nesse contexto, assim como não se pode estimar completamente separados o aspecto dinâmico e o estático, tampouco podem sê-lo a normalidade e a normatividade, o ser e o dever-ser no conceito da Constituição:

La Constitución normada consiste en una normatividad de la conducta normada jurídicamente, o extrajurídicamente por la costumbre, la moral, la religión, la urbanidad, la moda, etc. Pero las normas constitucionales, tanto jurídicas como extrajurídicas, son, a la vez que reglas empíricas de previsión, criterios positivos de valoración del obrar. Porque también se roba y se asesina con regularidad estadísticamente previsible sin que, en ese caso, la normalidad se convierta en normatividad [...]. Sólo se valora positivamente y, por consiguiente, se convierte en normatividad, aquella normalidad respecto de la cual se cree que es una regla empírica de la existencia real, una condición de existencia ya de la humanidad en general, ya de un grupo humano (HELLER, 1998, p. 320).

Uma das definições mais importantes de mutação constitucional, segundo a doutrina, foi aquela elaborada por Hsü Dau Lin (apud URRUTIA, 2000)⁴, um estudante chinês que frequentou a Universidade de Berlin nos anos 30 do século passado, o qual identificou, pelo menos, quatro tipos de mutações constitucionais, seja pela prática estatal formal que não afronte a constituição, seja pela impossibilidade do exercício de

⁴ “De acuerdo con la relación entre la norma constitucional y la realidad, pueden existir cuatro supuestos de mutaciones constitucionales: la mutación constitucional por medio de una práctica estatal formal que no viola la Constitución (a); la mutación constitucional por imposibilidad del ejercicio de determinadas atribuciones descritas en la Constitución (b); la mutación constitucional por medio de una práctica constitucional contraria a la Constitución (c); y la mutación constitucional por medio de la interpretación de la Constitución (d)”.

determinadas atribuições descritas no texto constitucional, ou ainda, pela prática constitucional contrária à constituição ou pela interpretação do texto constitucional.

Já na perspectiva de Loewenstein (1983, p. 164-165)⁵, as constituições são verdadeiros organismos vivos, sujeitos a reformas ou alterações ao longo do tempo, daí porque a possibilidade de *reforma constitucional* é normalmente prevista nos textos constitucionais, instituto esse que apresenta um aspecto formal e material; o primeiro identifica-se com a própria técnica procedimental por meio da qual se modifica o texto da constituição, enquanto o aspecto material está vinculado ao próprio conteúdo da reforma, isto é, trata-se do resultado do procedimento de reforma.

Além da reforma constitucional, a outra figura que exsurge é exatamente a *mutação constitucional*, em que, segundo Loewenstein (1983, p. 164-165)⁶, há uma transformação na realidade da configuração do poder político, da estrutura social ou do equilíbrio de interesses, permanecendo intocável o texto constitucional, o que é típico dos Estados com constituições escritas, ocorrendo com muito mais frequência do que as reformas constitucionais formais.

Como “modificação constitucional” Konrad Hesse (1998, p. 46) entende exclusivamente a modificação do texto da Constituição, a qual deve ser distinguida do “rompimento constitucional”, isto é, o desvio do texto em cada caso particular (sem modificação do texto), uma prática

⁵ “Cada constitución es un organismo vivo, siempre en movimiento como la vida misma, y está sometido a la dinámica de la realidad que jamás puede ser captada a través de fórmulas fijas. Una constitución no es jamás idéntica consigo misma y está sometida constantemente al *panta rhei* heraclítico de todo lo viviente. Estas inevitables acomodaciones del derecho constitucional a la realidad constitucional son tenidas en cuenta sólo de dos maneras, a las cuales la teoría general del Estado ha dado la denominación de reforma constitucional y mutación constitucional. La reforma constitucional tiene un significado formal y material. En sentido formal se entiende bajo dicha denominación la técnica por medio de la cual se modifica el texto, tal como existe en el momento de realizar el cambio de la constitución. En este sentido es - o, por lo menos, debe de serlo cada vez - modificación del texto constitucional. [...] La reforma constitucional en sentido material, por otra parte, es el resultado del procedimiento de enmienda constitucional, esto es, el objeto al que dicho procedimiento se refiere o se ha referido”.

⁶ “En la mutación constitucional, por otro lado, se produce una transformación en la realidad de la configuración del poder político, de la estructura social o del equilibrio de intereses, sin que quede actualizada dicha transformación en el documento constitucional: el texto de la constitución permanece intacto. Este tipo de mutaciones constitucionales se da en todos los Estados dotados de una constitución escrita y son mucho más frecuentes que las reformas constitucionales formales”.

estatal considerada admissível na República de Weimar, sob o pressuposto da realização das maiorias necessárias para modificações constitucionais.

Segundo Hesse (1998, p. 46), tal prática deve, finalmente, ser diferenciada da “mutação constitucional”, que não atinge o texto como tal – esse fica inalterado – porém, resta afetada a concretização do conteúdo das normas constitucionais, porquanto estas podem, nomeadamente em vista da amplitude e abertura de muitas determinações constitucionais, sob pressupostos alterados, conduzir a resultados diferentes e, nesse aspecto, produzir uma “mutação”.

Essas mutações são fenômenos que são indissociáveis dos textos constitucionais dos Estados democráticos contemporâneos, haja vista que as sociedades se tornam cada vez mais complexas e os conflitos, antes latentes, passam a desvelar a tensão no espaço público, a demandar escolhas políticas daqueles sujeitos que, em última instância, são constitucionalmente designados para indicar o sentido, o significado e o alcance de uma determinada norma jurídica, nalguns casos a norma jurídica que emerge do próprio texto original da constituição.

Não raro essas situações acirram o debate político no seio das sociedades democráticas e plurais, expondo as fragilidades da democracia diante da inerente dificuldade linguística de atribuir um sentido unívoco à norma jurídica, vicissitude que acompanha a atividade de interpretação constitucional, especialmente a que é desenvolvida pelas cortes constitucionais dos países democráticos.

Na disputa pelo espaço da interpretação constitucional, apresentam-se aqueles que se caracterizam por uma atitude mais contida, vinculando-se a uma pretensa vontade do constituinte originário, o que, no tradicional constitucionalismo norte-americano, denomina-se “originalismo”, ao passo que outros se inclinariam por uma visão da Constituição como um texto que comporta sentidos ou significados em constante mutação, o que na doutrina convencionou-se nominar de “mutação constitucional”.

Jack M. Balkin (2012, p. 1129-1160)⁷, professor de Yale, afirma que a fidelidade ao “sentido original” exige fidelidade ao significado

⁷ “My own approach, framework originalism, argues that fidelity to “original meaning” requires fidelity to the semantic meanings of the words in the text at the time of adoption, including generally recognized terms of art. For example, it turns out that “equal protection” means the same thing today as it did in 1868, when the Fourteenth Amendment was adopted. In a few cases, however, the original semantic meanings are different from the ones we expect today. The word “magazines” in Article I, Section 8 refers to places to store ammunition, not glossy publications, and “domestic violence” in Article IV, Section 4 refers to civil unrest or insurrection, not spousal battery”.

semântico das palavras que estavam no texto ao tempo de sua adoção, de maneira que isso resultaria que expressões como “igual proteção” significam a mesma coisa hoje do que era em 1868, quando a 4ª Emenda foi adotada, embora Balkin admita que, em poucos casos, os significados semânticos originais são diferentes dos que nós pressupomos atualmente, por exemplo, a palavra *magazines* do artigo 1º, seção 8, da constituição americana, refere-se a lojas de munição e não revistas publicadas, enquanto *domestic violence* no artigo 4º, seção 4, está relacionada a uma insurreição ou sublevação civil, e não agressão física no casamento.

Um tenaz defensor do originalismo, o juiz norte-americano Antonin Gregory Scalia, propôs uma interessante reflexão: imagine-se se um estado federado editasse uma lei que estabelecesse açoitamento ou uma tatuagem feita com ferro quente na mão direita como punições para crimes. Mesmo se pudesse ser demonstrado inequivocamente que estas medidas não eram cruéis ou incomuns em 1791 e que nenhuma decisão especificamente anterior da Suprema Corte as tivesse desaprovado, Scalia afirma, “eu duvido que qualquer juiz – mesmo entre os muitos que se consideram originalistas – sustentaria tais medidas se confrontadas com 8ª emenda” (SCALIA, 1988, p. 849)⁸.

Scalia também pondera que poderia ser dito que era originalmente pretendido que a cláusula da vedação da punição cruel ou incomum tenha um conteúdo que evolui – que “cruel e incomum” originalmente significava “cruel e incomum para a época em questão” e não “cruel e incomum em 1791”, porém, para ser fidedigno ao pensamento originalista, diz Scalia, isso não deve ser apenas afirmado, demonstrando-se que isso está na base de uma prova ou evidência textual ou histórica; talvez as meras palavras “cruéis ou incomuns” sugiram um significado evolucionário mais do que as disposições da Constituição, pondera Scalia, “entretanto isso está longe de

⁸ “What if some state should enact a new law providing public lashing, or branding of the right hand, as punishment for certain criminal offenses? Even if it could be demonstrated unequivocally that these were not cruel and unusual measures in 1791, and even though no prior Supreme Court decision has specifically disapproved them, I doubt whether any federal judge -- even among the many who consider themselves originalists - would sustain them against an eighth amendment challenge”.

estar claro e eu desconheço qualquer evidência histórica desse significado” (SCALIA, 1998, p. 849)⁹.

De acordo com Miguel de Brito (2000, p. 55-114), o originalismo seria um método de interpretação da constituição que atribui autoridade vinculante ao texto da constituição, tal como era entendido ao tempo em que foi adotada, ou ainda, pode consistir numa abordagem interpretativista da constituição, a qual admite que as decisões das questões constitucionais sejam feitas apenas com base nas normas presentes no texto constitucional, por oposição a uma abordagem não-interpretativista, esta última admitindo a vigência de normas constitucionais que não podem ser descobertas dentro dos parâmetros estabelecidos na constituição.

Impende ressaltar, entretanto, que não se excogita de um autêntico “originalismo” no caso do direito constitucional no Brasil, que não reproduz, em sua história, as características do constitucionalismo dos Estados Unidos da América, tampouco uma tradição fundada em valores e princípios vivenciados ao longo de mais de dois séculos, de modo que não é possível, diante da baixa autoridade moral de que o parlamento brasileiro desfruta e das sucessivas emendas em tão pouco tempo de vigência do texto constitucional, reportar-se aos “pais fundadores” da constituição de 1988, ao passo que a noção de “*Founding Fathers*” na sociedade estadunidense é amplamente aceita, em vista do papel que exerceram durante os conflitos pela independência travados contra o império britânico.

A impossibilidade de uma abordagem autenticamente “originalista”, nos moldes da tradição norte-americana, é explicada por inúmeras rupturas políticas na história, vincadas por autoritarismos incrustrados desde o nascedouro do Estado brasileiro, primeiro com a figura onipresente do Imperador, e depois, na República, com sucessivos governos militares, além de uma ditadura civil (1930-1945), que também se estabeleceu a partir de um golpe concretizado por meio do auxílio da ação militar, sem contar o abortamento do natimorto processo democrático iniciado em 1946, esgarçado pela ditadura militar (1964-1985) e, ainda, a sôfrega e agonizante experiência democrática desde 1988.

⁹ “One way of doing so, of course, would be to say that it was originally intended that the cruel and unusual punishment clause would have an evolving content - that “cruel and unusual” originally meant “cruel and unusual for the age in question” and not “cruel and unusual in 1791.” But to be faithful to originalist philosophy, one must not only say this but demonstrate it to be so on the basis of some textual or historical evidence. Perhaps the mere words “cruel and unusual” suggest an evolutionary intent more than other provisions of the Constitution, but that is far from clear; and I know of no historical evidence for that meaning”.

Tratando-se de constitucionalismo brasileiro, seria lícito referir-se, no máximo, a interpretações da constituição que se vinculem ao texto original, dentro do contexto da tradição positivista associada a uma abordagem interpretativista (COELHO, 2003, p. 81-82)¹⁰, sem, contudo, haver uma identificação com o originalismo da doutrina norte-americana ou, então, seria possível, para aqueles que se desgarram da textualidade da Carta de 1988, reportar-se à própria ideia de mutação constitucional, fenômeno que, como visto alhures, comporta algumas variações.

Uadi Lâmeço Bulos (1997, p. 70-71) pressupõe que as mutações constitucionais são uma realidade transformadora de sentido, significado e alcance das normas da constituição, isto é, a partir de dados da realidade concreta, o referido autor classifica as mutações constitucionais em: a) mutações constitucionais operadas em virtude da interpretação constitucional, nas suas diversas modalidades e métodos; b) mutações decorrentes das práticas constitucionais; c) mutações através da construção constitucional e d) mutações constitucionais que contrariam a constituição (mutações inconstitucionais).

Na esteira do pensamento de Konrad Hesse, o português J. J. Gomes Canotilho (2003, p. 1228-1229), por seu turno, assevera que já ficou para trás a rigorosa compreensão da estrutura normativo-constitucional que nos levaria à exclusão de mutações constitucionais operadas por via interpretativa, mas enfatiza que apenas a necessidade de uma permanente adequação dialéctica entre o programa normativo e a esfera normativa justificará a aceitação de transições constitucionais que, embora traduzindo a mudança de sentido de algumas normas provocado pelo impacto da evolução da realidade constitucional, não contrariam os princípios estruturais (políticos e jurídicos) da constituição (mutações constitucionais silenciosas como ato legítimo de interpretação constitucional).

Pontuada a evolução da compreensão de mutação constitucional na doutrina jurídica ocidental, a partir do entendimento dos principais

¹⁰ “Chamam-se *interpretativistas* os que, embora admitam que o aplicador da Constituição - tal como o aplicador de qualquer norma jurídica - não deva prender-se à literalidade do texto, mesmo assim consideram incompatível com o *princípio democrático* qualquer criatividade judicial em sentido forte, isto é, qualquer forma de interpretação dos enunciados normativos que ultrapasse o âmbito de seu significado linguisticamente possível, porque isso implicaria atribuir aos juizes uma legitimidade que é privativa dos titulares dos mandatos políticos. *Interpretar* não é criar, advertem os interpretativistas; é simplesmente *aplicar* a norma com o sentido e o alcance que lhe atribuíram as instâncias de representação popular, cujas decisões *políticas* não podem (ser) substituídas pelas decisões *jurídicas* - sobretudo as de forte inspiração *política* - da magistratura constitucional”.

autores europeus, bem como assentada a premissa da impossibilidade de uma abordagem autenticamente originalista no caso brasileiro, passar-se-á no próximo capítulo, antes de propriamente responder se um texto original da constituição pode ou não sofrer mutação para admitir a candidatura avulsa, a discorrer-se acerca do ativismo judicial, como ele se caracteriza e como se diferencia da mutação constitucional.

2 ATIVISMO JUDICIAL E JUDICIALIZAÇÃO

A ideia do ativismo judicial está por aí há muito mais tempo do que o próprio termo em si, pois muito antes do século XX, juristas enquadraram o conceito de legislação judicial, isto é, a situação em que o juiz atua como legislador positivo, o que é retratado por Brian Bix (*Positively Positivism*) ao mencionar a oposição entre Blackstone e Bentham sobre a “legislação judicial” e as características do *common law* (KMIEC, 2004, p. 1411-1478)¹¹.

Alguns consideram, entretanto, que a primeira ocorrência que consistiu numa manifestação do ativismo judicial foi a decisão do caso *Lochner v. New York*, em que a Suprema Corte dos Estados Unidos da América entendeu que o princípio de liberdade contratual estava implícito na noção de devido processo legal previsto na 14ª Emenda à Constituição norte-americana, declarando, assim, inconstitucional a lei do Estado de Nova Iorque que limitava a jornada de trabalho dos padeiros a 60 horas semanais (VICHINKESKI, 2012, p. 37-58).

A crescente perda de legitimidade do parlamento e de outros atores políticos criou um vácuo que, nos últimos tempos, vem sendo ocupado pelo poder judiciário, o qual, de modo crescente, vem sendo demandado para solucionar conflitos que, noutras épocas, encontravam uma resposta nas arenas do Congresso Nacional e das assembleias legislativas ou mesmo por meio da política exercida no âmbito do poder executivo.

Nada obstante, é necessário não se confundir os dois fenômenos – a judicialização da vida e o ativismo judicial –, que são bastante próximos, mas que, devido às suas particularidades, devem ser apartados por apresentarem características próprias e que resultam de realidades distintas:

¹¹ “Arthur Schlesinger Jr. introduced the term “judicial activism” to the public in a Fortune magazine article in January 1947.22 Schlesinger’s article profiled all nine Supreme Court justices on the Court at that time and explained the alliances and divisions among them”.

A ascensão do Judiciário deu lugar a uma crescente judicialização da vida e a alguns momentos de ativismo judicial. Judicialização significa que questões relevantes do ponto de vista político, social ou moral estão sendo decididas pelo Judiciário. Trata-se, como intuitivo, de uma transferência de poder das instâncias tradicionais, que são o Executivo e o Legislativo, para juizes e tribunais. [...] A judicialização ampla, portanto, é um fato, uma circunstância decorrente do desenho institucional brasileiro, e não uma opção política do Judiciário. Fenômeno diverso, embora próximo, é o ativismo judicial. O ativismo é uma atitude, é a deliberada expansão do papel do Judiciário, mediante o uso da interpretação constitucional para suprir lacunas, sanar omissões legislativas ou determinar políticas públicas quando ausentes ou ineficientes (BARROSO, 2014, p. 27-61).

Ou seja, enquanto a judicialização decorre de um “desenho institucional” traçado na constituição de 1988, arquitetado sob uma base de proteção de direitos e de garantias fundamentais, além de normas projetadas para uma transformação efetiva da sociedade brasileira, no contexto dos objetivos fundamentais da República, o ativismo judicial, por outro lado, é uma atitude ou um comportamento proativo dos membros do poder judiciário.

O ativismo judicial caracterizar-se-ia, de um modo geral, pela aplicação direta da Constituição a situações não expressamente contempladas em seu texto e independentemente de manifestação do legislador ordinário; pela declaração de inconstitucionalidade de atos normativos emanados do legislador, com base em critérios menos rígidos que os de patente e ostensiva violação da Constituição, além da imposição de condutas ou de abstenções ao poder público, notadamente em matéria de políticas públicas (BARROSO, 2009, p. 17-32).

Para Gisele Cittadino (2004), no Brasil, da mesma forma que nos Estados Unidos e também na Europa, observa-se uma ampliação do controle normativo do poder judiciário, principalmente com o advento da Constituição de 1988, que, ao incorporar direitos e princípios fundamentais, configurar um Estado Democrático de Direito e estabelecer princípios e fundamentos do Estado, tem viabilizado uma ação judicial que recorre a procedimentos interpretativos de legitimação de aspirações sociais.

A presença do poder judiciário no espaço público não apenas do direito, mas também em campos antes dominados exclusivamente pela política, é uma consequência que se observa muito em função de ideias

que, embora não tratem expressamente do referido fenômeno, acabam por impulsioná-lo, como é o caso, por exemplo, do pensamento de Konrad Hesse, que sustentava a existência de uma “força normativa da Constituição”, a qual dependeria não apenas do seu conteúdo, mas também da sua *práxis*, a partir do que desenvolve também a concepção de “vontade de Constituição” (HESSE, 1991, p. 21).

Hesse afirmava que a interpretação tem significado decisivo para a consolidação e preservação da força normativa da Constituição, de maneira que a interpretação constitucional está submetida ao princípio da ótima concretização da norma (*Gebot optimaler Verwirklichung der Norm*), o qual não poderia ser aplicado com base nos meios fornecidos pela subsunção lógica e pela construção conceitual, não podendo a interpretação ignorar os fatos concretos da vida que condicionam a eficácia do direito e da Constituição (HESSE, p. 22).

A judicialização, no caso brasileiro, parece não ter sido um resultado imprevisto no contexto da ordem constitucional iniciada em 1988, pelo contrário. Uma leitura detida do texto revela que se trata de um resultado previsível e talvez desejado pelos constituintes, porquanto, além de traduzir um compromisso inescusável com a democracia social, a atual constituição também cuidou de criar novos mecanismos de tutela judicial que viabilizam a implementação de direitos e princípios de transformação social (VERÍSSIMO, 2008, p. 407-440).

Barroso (2009, p. 17-32) identifica três grandes causas para o fenômeno da judicialização no Brasil: a) a expansão institucional do Ministério Público, a presença crescente da Defensoria Pública em diferentes partes do Brasil, além do processo de redemocratização que fortaleceu e expandiu o Poder Judiciário, bem como aumentou a demanda por justiça na sociedade brasileira; b) a constitucionalização abrangente, que trouxe para a Constituição inúmeras matérias que antes eram deixadas para o processo político majoritário e para a legislação ordinária; c) o sistema brasileiro de controle de constitucionalidade, um dos mais abrangentes do mundo, híbrido ou eclético, combinando aspectos de dois sistemas diversos: o americano e o europeu.

Essa notória expansão do Poder Judiciário tem se concretizado hodiernamente no cenário jurídico e também político brasileiro, seja pelo crescimento paralelo de órgãos com a função institucional de garantir direitos fundamentais e de zelar pela proteção do patrimônio público em

sua acepção mais ampla, seja pela constitucionalização do cotidiano, seja pela abrangência do controle de constitucionalidade.

Todos esses elementos, associados à competência do Supremo Tribunal Federal para dizer a última palavra em quaisquer questões que envolvam interpretação da Constituição, e ainda, somente para citar alguns exemplos emblemáticos, a ampliação do rol de legitimados para propor ações diretas de inconstitucionalidade por ação e omissão, além do aumento dos legitimados para propor ação direta de constitucionalidade, torna a judicialização um fenômeno incrustado na vida democrática brasileira.

2 CANDIDATURA AVULSA E A DIFICULDADE CONTRAMAJORITÁRIA

Um ponto central que se suscita a partir do reconhecimento da expansão da judicialização, fenômeno que avança sobre terreno antes dominado pela política tradicional (legislativo e executivo), diz respeito à dificuldade contramajoritária, isto é, uma das mais importantes críticas à atuação do poder judiciário na esfera antes ocupada pelos outros poderes relaciona-se à legitimidade democrática (ou a falta dela) do órgão judicial para desconstituir, anular ou declarar a inconstitucionalidade de uma norma jurídica aprovada pelos representantes que obtiveram o voto popular (GARGARELLA, 1998)¹².

No *Federalista*, Alexander Hamilton (HAMILTON, MADISON e JAY, 2016, p. 380-381)¹³ apresenta justificativas para o exercício do *judicial*

¹² "Los problemas más obvios que Hamilton vino a enfrentar se vinculaban con interrogantes como los siguientes: cómo puede ser que los jueces tengan la capacidad de revertir decisiones tomadas por el poder legislativo - esto es, por los representantes de la ciudadanía? cómo puede ser que en una sociedad democrática termine primando la voz de los jueces – funcionarios que no son elegidos directamente por la ciudadanía, y cuyo mandato tampoco está sujeto al periódico escrutinio popular – sobre la voz de la ciudadanía? Hamilton se apresuró a dar respuesta a tales inquietudes y defendió así, pioneramente, la posibilidad de un control de las leyes, negando (lo que hoy denominaríamos) las posibles implicaciones antidemocráticas de dicho control".

¹³ "It is not otherwise to be supposed that the Constitution could intend to enable the representatives of the people to substitute their *will* to that of their constituents. [...] The interpretation of the laws is the proper and peculiar province of the courts. A constitution is, in fact, and must be regarded by the judges as a fundamental law. It therefore belongs to them to ascertain its meaning as well as the meaning of any particular act proceeding from the legislative body. [...] in other words, the Constitution ought to be preferred to the statute, the intention of the people to the intention of their agents. Nor does this conclusion by any means suppose a superiority of the judicial to the legislative power. It only supposes that the power of the people is superior to both, and that where the will of the legislature, declared in the statutes, stands in opposition to that of the people, declared in the Constitution, the judges ought to be governed by the latter rather than the former".

review pelos juizes, afirmando que nenhum ato legislativo que contrarie a Constituição pode ser considerado válido, pois nenhum deputado pode ser maior que aquele que está acima dele, nenhum representante do povo é superior ao povo em si, nenhum servo é superior ao seu mestre.

O caso paradigmático da Suprema Corte norte-americana, *Marbury vs. Madison*, é o marco mais importante no constitucionalismo norte-americano em termos de *judicial review*. O então presidente Thomas Jefferson decidiu não confirmar as indicações de alguns juizes que haviam sido realizadas pelo seu antecessor, entre eles Marbury, o qual acabou acionando perante a Suprema corte o secretário de Estado James Madison, o qual era responsável pela entrega dos diplomas de investidura no cargo de juiz, sob a alegação de que sua nomeação seria de competência da Corte, e não do Presidente (USA, 2018).

Ao final, o resultado foi a confirmação da competência da Suprema Corte para declarar a invalidade de leis incompatíveis com a Constituição, decisão que passou a representar o caso mais emblemático relativo ao controle de constitucionalidade, inaugurando o *judicial review* no constitucionalismo norte-americano, prática que ampliaria os poderes dos juizes e que seria, sobretudo na segunda metade do século XX e no início do século XXI, disseminada pelo mundo.

Alexander Bickel (1986, p. 27-28)¹⁴ ponderava que as democracias efetivamente dão vida à ideia, que é central ao processo de conquistar o assentimento dos governados, de que a maioria tem o poder em última instância de mudar os políticos ou as pessoas que tomam decisões e também de rejeitar parte de suas políticas, ou seja, a democracia parte de uma premissa igualitária, em que não há escalas certas por meio das quais seja possível medir todas as relevantes virtudes e capacidades dos homens.

Dessa forma, adequar o controle jurisdicional (*judicial review*) a essas pressuposições exige uma análise mais próxima da operação real do processo sob várias circunstâncias. Uma sugestão preliminar seria a de que a regra do princípio imposta pela Corte é raramente rígida, que a Corte tem modos de persuadir antes de tentar coagir e que, ao longo do tempo, uma

¹⁴ Tradução livre, em síntese, da seguinte passagem do texto: “Reference of specific policies to the people for initial decision is, with few exceptions, the fallacy of the misplaced mystics, or the way of those who would use the forms of democracy to undemocratic ends. It is not the way in which working democracies live. But democracies do live by the idea, central to the process of gaining the consent of the governed, that the majority has the ultimate power to displace the decision-makers and to reject any part of their policy. With that idea, judicial review must achieve some measure of consonance. [...] The premise of democracy is egalitarian [...] there is “no universal standard of superiority”, there are no sure scales in which to weigh all the relevant virtues and capacities of men [...]”.

opinião sustentada contra a norma que a Corte considera constitucional pode resultar em nulidade, direta ou pelo desuetudo. Ademais, pode ser que, se o processo é executado de modo apropriado, um aspecto da atual vontade popular - não apenas a eterna ou mística - encontra expressão na adjudicação constitucional. O resultado pode ser uma tolerável acomodação com a teoria e a prática da democracia (BICKEL, 1986, p. 27-28)¹⁵.

Partindo dessas vicissitudes históricas, principalmente do constitucionalismo norte-americano, fato é que a noção descritiva do Direito positivo, outrora predominante, revela-se atualmente inadequada, porquanto, conforme ressalta Susana Pozzolo (2005, p. 191), a matriz jusfilosófica positivista se funda num sistema carente de conteúdos morais, podendo, no máximo, aportar razões meramente prudenciais, as quais, todavia, não podem ser tidas como razões para a ação, ou seja, a expulsão dos valores do campo de investigação do juspositivismo torna-o obsoleto para o novo paradigma do Direito Constitucional.

Nessa quadra da história em que o juspositivismo não mais responde adequadamente às demandas de uma sociedade complexa e plural, a expansão do poder judiciário emerge como uma possibilidade contramajoritária, sobretudo em determinados casos que se referem à proteção de direitos das minorias historicamente excluídas do espaço público do poder, tais como as mulheres, afrodescendentes e homossexuais, grupos que têm baixa representação no parlamento brasileiro.

Além disso, no que diz respeito à justiça distributiva, como geralmente os pobres e destituídos do direito à educação raramente estarão numa posição que os habilite a exprimir os seus interesses políticos com efetividade, um legislativo democraticamente eleito e o executivo muitas vezes farão ouvidos moucos ante a chamada constitucional por uma maior igualdade, deixando a implementação de qualquer mandato textual “de direitos positivos” às clemências sensíveis do poder judiciário (ACKERMAN, 2013, p. 109).

A prática do constitucionalismo no Brasil revela que o juiz dificilmente é o único ator relevante na deliberação das políticas públicas no

¹⁵ Tradução livre de: “To bring judicial review into concord with such presuppositions requires a closer analysis of the actual operation of the process in various circumstances. The preliminary suggestions may be advanced that the rule of principle imposed by the Court is seldom rigid, that the Court has ways of persuading before it attempts to coerce, and that, over time, sustained opinion running counter to the Court’s constitutional law can achieve its nullification, directly or by desuetude. It may further be that if the process is properly carried out, an aspect of the current - not only the timeless, mystic - popular will finds expression in constitutional adjudication. The result may be a tolerable accommodation with the theory and practice of democracy”.

poder judiciário, especialmente porque, depois de implementada, a política pública pode ser contestada judicialmente por uma série de atores tanto do mundo político quanto da sociedade civil, ou seja, o fato de o judiciário ter, necessariamente, que lidar com essas contestações, força-o, mesmo contra sua vontade ou protelando ao máximo, a ouvir e a tratar de opiniões muitas vezes minoritárias e contrárias aos interesses que predominam no executivo e no legislativo (TAYLOR, p. 2007, p. 229-257).

No exercício do *judicial review*, o poder judiciário pode aplicar diretamente a Constituição a determinadas situações, com a atribuição de sentido a determinada cláusula constitucional e, nesse contexto, basicamente são três os papéis que as supremas cortes e os tribunais constitucionais exercem quando acolhem o pedido e interferem nos atos do legislativo: papel contramajoritário, papel representativo (geralmente ignorado pela doutrina) e papel iluminista (em certos contextos limitados e específicos) (BARROSO, 2018, 217-266).

De acordo com Bickel (1986, p. 24-25)¹⁶, o governo deveria servir não apenas ao que nós concebemos, de tempos em tempos, como necessidades materiais imediatas, mas também a certos valores duradouros, ou seja, isso é, em parte, o que significa o governo sob a lei. Bickel afirma que, embora os homens na vida pública às vezes sejam capazes de basear suas ações por princípio, frequentemente, quando estão no parlamento, eles não o fazem, em razão da pressão por resultados imediatos, ocasião em que agem por conveniência em vez de assumir uma visão de longo prazo.

A ideia moderna de representação se contrapõe, insatisfatoriamente, ao desenvolvimento dos parlamentos, haja vista que a representação é um conceito jurídico e não político, é dizer, em virtude de um estatuto legal a vontade de uma minoria se considera como vontade do conjunto,

¹⁶ "It is a premise we deduce not merely from the fact of a written constitution but from the history of the race, and ultimately as a moral judgment of the good society, that government should serve not only what we conceive from time to time to be our immediate material needs but also certain enduring values. This in part is what is meant by government under law. [...] Men in all walks of public life are able occasionally to perceive this second aspect of public questions. Sometimes they are also able to base their decisions on it; that is one of the things we like to call acting on principle. Often they do not do so, however, particularly when they sit in legislative assemblies. The, when the pressure for immediate results is strong enough and emotions ride high enough, men will ordinarily prefer to act on expediency rather than take the long view.

mas a realidade política efetivamente prevalece à vontade majoritária dos parlamentares (JELLINEK, 1991, p. 73-76)¹⁷.

Nesse contexto, os sistemas seculares clamam pela evolução, por um *establishment* criativo e renovado, o que as legislaturas têm provado ser incapazes de nos oferecer, enquanto as cortes têm certas capacidades de lidar com questões de princípio que o executivo e o legislativo não possuem. Juízes têm, ou deveriam ter, o tempo livre, o treinamento e o isolamento necessário para seguir os caminhos do estudioso na busca dos fins do governo. Isso é crucial para decidir quais serão os valores duradouros de uma sociedade, o que as instituições não podem fazer bem, sobretudo se operarem a maior parte do tempo sob um diferente conjunto de engrenagens¹⁸.

Francisco Valenzuela (1993, p. 129 e 197) ¹⁹ afirma que as funções do parlamento são complexas, variando aquelas representativas, deliberativas, legislativas, de controle, políticas, até as de inspeção, jurisdicional, de comunicação, educativa, porém não considera o poder legislativo o único encarregado de realiza-las ou de ter a direção final delas, nem reputa o parlamento o guia indiscutível de uma nação, mas sim

¹⁷ "Ciertamente una oligarquía partidaria sustituye, en estos Estados, a la democracia, tratando desconsideradamente a quien se cruza en su camino. Con todo, en otros Estados la proliferación, a veces excesiva, de los partidos produce tal vez prejuicios aún más graves que el sistema partidario, en el que un número pequeño de partidos se esfuerza en mantenerse para poder gobernar. Aquí el interés partidario sustituye, a menudo, sin tapujos, al interés del conjunto, los partidos persiguen inmediatamente en las luchas parlamentarias sus objetivos mezquinos, regatean y comercian con el Gobierno para obtener algunas concesiones. Así, los Gobiernos se ven arrastrados, quieran o no, por el enrevesado sendero de una política insana con falsos compromisos que privilegia de modo excesivo a los intereses particulares partidistas".

¹⁸ "Our system, however, like all secular systems, calls for the evolution of principle in novel circumstances, rather than only for its mechanical application. Not merely respect for the rule of established principles but the creative establishment and renewal of a coherent body of principled rules - that is what our legislatures have proven themselves ill equipped to give us. [...] Moreover, and more importantly, courts have certain capacities for dealing with matters of principle that legislatures and executives do not possess. Judges have, or should have, the leisure, the training, and the insulation to follow the ways of the scholar in pursuing the ends of government. This is crucial in sorting out the enduring values of a society, and it is not something that institutions can do well occasionally, while operating for the most part with a different set of gears".

¹⁹ VALENZUELA, Francisco Berlín. **Derecho parlamentario**. México: Fondo de Cultura Económica, 1993, p. "[...] aunque son numerosas y trascendentes las aquí citadas, seguramente habrá quienes traten de algunas más, como ha habido quienes traten de algunas menos, ello no significa que consideremos al parlamento como el encargado de realizarlo y dirigirlo todo, ni como guía indiscutible de una nación, sino como agente y servidor eficiente y eficaz del dinamismo de la vida política que debe traducir lealmente la voluntad de cada pueblo".

como agente e servidor eficiente e eficaz do dinamismo da vida política que deve traduzir lealmente a vontade de cada povo.

Na história brasileira contemporânea e de outros países, sobretudo os ocidentais, o poder judiciário cada vez menos será composto por membros que se contentam em ser meros *bouches de la loi*. Esse contexto favorece a assunção não apenas de uma função técnica, mas também política, muito além do desejo interpretativista de contenção e de submissão às maiorias parlamentares, um estado de coisas que se afigura irrefreável nas hodiernas sociedades democráticas, circunstância que exige uma nova reflexão por parte dos conservadores textuais, que relutam em reconhecer essa nova realidade.

O caso que o Supremo Tribunal Federal (STF) irá decidir futuramente, em que se questiona se é constitucional um candidato sem filiação partidária poder disputar eleições, é emblemático das possibilidades abertas ao papel de interpretação das cortes de justiça. O Tribunal reconheceu a repercussão geral da matéria tratada no Recurso Extraordinário com Agravo (ARE) 1054490, no qual um cidadão recorre de decisão que indeferiu sua candidatura avulsa a prefeito do Rio de Janeiro (RJ) nas eleições de 2016.

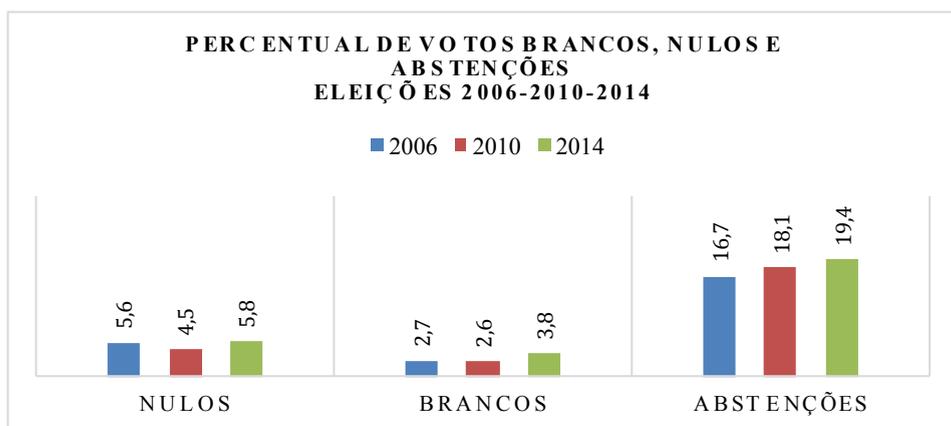
A questão que se coloca no referido caso a ser apreciado pelo STF é se seria constitucional uma candidatura avulsa a um cargo majoritário em face do texto constitucional original da Constituição de 1988, que em seu artigo 14, §3º, inciso V, proíbe candidaturas avulsas ao estatuir que a filiação partidária é condição de elegibilidade para qualquer pretendente a cargo eletivo nos três poderes (BRASIL, STF, Notícias do STF, 2018).

No recurso ao STF, o candidato sustenta que a norma deve ser interpretada segundo a Convenção de Direitos Humanos de San José da Costa Rica, que prevê o direito de os cidadãos “votarem e serem eleitos em eleições periódicas autênticas, realizadas por sufrágio universal e igual e por voto secreto que garanta a livre expressão da vontade dos eleitores”.

Em sua manifestação preliminar, o ministro Luís Roberto Barroso pontuou que, na interpretação dada à Constituição de 1988, prevalece o entendimento de que a filiação partidária é condição de elegibilidade e, por consequência, são vedadas as candidaturas avulsas, e ainda ressaltou o STF deve debater e decidir se a interpretação dessa norma constitucional contraria o Pacto de San José da Costa Rica, que não prevê a exigência de filiação partidária (BRASIL, STF, Notícias do STF, 2018).

Obviamente, não se nega que há problemas também com o instituto da candidatura avulsa, da mesma forma como há vários embaraços com a representação política por meio da filiação partidária. Entre as inconveniências da primeira, podem ser citadas a restrição de pessoas aptas a disputar campanhas que apresentam alto custo financeiro, bem como a dificuldade de governar em eventual parlamento composto majoritariamente por pessoas filiadas a partidos políticos, ingovernabilidade e grande probabilidade de *impeachment* para os cargos do executivo, submissão à fisiologia do Congresso brasileiro, entre outras. Os incômodos do sistema de filiação partidária, por sua vez, já são amplamente conhecidos, compreendendo situações de corrupção, fisiologismo, compra de votos, nomeações políticas sem critério técnico, ineficiência administrativa, dificuldade de acesso aos partidos pelos cidadãos comuns e de boa fé, entre outras.

Os dados abaixo demonstram um progressivo e constante aumento das abstenções nas eleições majoritárias e proporcionais em nível federal e também para os cargos de governador e deputados estaduais nos últimos doze anos, além de uma tendência de alta no que diz respeito aos votos brancos e nulos:



²⁰ (DELFIM, 2018)

Tomando as eleições municipais de 2016, o número de eleitores que não compareceram às urnas no segundo turno, somado aos votos brancos e nulos, foi de aproximadamente 10,7 milhões de pessoas, considerando que naquele ano 57 municípios passaram pelo segundo turno,

²⁰

resultado superior ao de 2012, quando 50 municípios passaram por uma segunda rodada de votações. Esses dados correspondem a 32,5% dos 32,9 milhões de eleitores aptos a votar em 2016. No segundo turno das eleições municipais de 2012, por exemplo, o número de abstenções, votos brancos e nulos foi menor, computando 8,4 milhões (26,5% dos 31,7 milhões de eleitores aptos a votar) (CARAM, 2018).

Nas eleições de 2018, a abstenção variou 0,97 ponto percentual e alcançou 31.371.704 eleitores no segundo turno, ou 21,30%, registrou-se o número de 1.430.439 eleitores a mais que se abstiveram de votar em relação ao primeiro turno, dos quais os votos nulos representam 7,43% e os votos brancos 2,14%, de acordo com dados fornecidos pelo Tribunal Superior Eleitoral (BRASIL, TSE, Eleições 2018, 2018), o que representa uma diminuição em relação a eleição anterior, mas um número ainda alto, sobretudo se for considerado que o voto é obrigatório no país, além de haver restrições jurídico-políticas para quem não comparece às urnas para exercer a cidadania ativa.

Os votos em branco, votos nulos e abstenções constituem o que alguns doutrinadores entendem como “alheamento eleitoral”, podendo ser entendido como um elemento de denúncia, e de uma potencial ameaça ao sistema político tal como está estruturado, sobretudo se estiver associado a adesões numericamente significativas e organizadas em torno de uma proposta alternativa de organização social, além de tratar-se da expressão de um cenário de desigualdade de capacidades estruturais e cognitivas, que desmistifica a associação entre democracia ideal, horizontal e assembleísta, (grega ou rousseauiana) e democracias representativas contemporâneas (verticais e de distanciamento) (RAMOS, 2009, p. 170-199).

Se forem considerados os dados de alheamento eleitoral no segundo turno das eleições de 2016, o índice de não-participação efetiva atinge quase 1/3 (um terço) do eleitorado apto a votar nos grandes centros em que houve o segundo giro de eleição, o que notoriamente aponta para um desgaste da credibilidade e também da legitimidade do sistema eleitoral atualmente vigente no país, que promove pouca proximidade entre partidos políticos e a população em geral, além de viabilizar um distanciamento entre eleitor e eleito tão logo o pleito se encerre, inexistindo, na prática, instrumentos de *recall* ou fiscalização efetivos ao alcance daqueles que votam.

Nesse diapasão, um esforço interpretativista para afastar qualquer tendência de mutação constitucional do sentido, significado e alcance do

texto do artigo 14, §3º, inciso V, da Constituição de 1988, trata-se em verdade de uma atitude profundamente conservadora diante da realidade política do país, que necessita de novas práticas democráticas, ainda que não venham a resolver todos os problemas políticos, econômicos e sociais.

Parece estar com a razão Otto Bachof (2008, p. 70) ao sustentar que a afirmação, muitas vezes feita demasiado precipitadamente, da “impossibilidade lógica” de normas constitucionais inconstitucionais (ou, de qualquer modo, inválidas) não resiste a uma análise mais acurada. Entretanto, essa possibilidade de normas constitucionais inconstitucionais não deriva de um direito natural transcendente, mas sim dos fatos, da mutação constitucional causada, tal como indicam Lothar Michael e Martin Morlok (2016, p. 70), por circunstâncias sociais e em razão das noções de valor que, por si sós, justificam a alteração da Constituição.

Além disso, o artigo 60, §4º, da constituição de 1988, prevê que não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir a forma federativa de Estado; o voto direto, secreto, universal e periódico; a separação dos Poderes; os direitos e garantias individuais (BRASIL, Constituição, 2018). Em outras palavras, não há qualquer cláusula que impeça a inserção da candidatura avulsa no texto constitucional por meio de emenda ou, pelo menos, há uma tensão entre duas cláusulas pétreas: separação de poderes (reserva legal do parlamento) e garantia dos direitos individuais (direito a ser eleito sem partido).

Como enfatiza Bickel (1986, p. 16-17), o problema fundamental é que o *judicial review* é uma força contramajoritária no sistema de controle de constitucionalidade e, apesar de existirem várias maneiras de superar essa realidade inelutável, quando Marshall excogitou impor, em nome do “povo”, os limites próprios para as instituições de um governo limitado, a palavra “povo” então usada não passava de uma abstração, não necessariamente sem sentido ou pernicioso, em que pese sempre carregada de emoção. Para Bickel, tal vocábulo não se vincula necessariamente à ideia representativa, tratando-se de uma abstração que obscurece a realidade de que a declaração de inconstitucionalidade de um ato legislativo ou de um ato do executivo eleito pela Suprema Corte, no fim das contas, frustra a vontade dos representantes do povo.

Não se desconhece a crítica ao *judicial review*, entre elas a que é empreendida por Ran Hirschl (2007, p. 15), para quem o poder das cortes envolve riscos de longo prazo, tais como a erosão da imagem das cortes como órgãos politicamente autônomos, o uso emulativo das

cortes para se digladiar com o governo, e acima de tudo o dilema que a delegação desses poderes legislativos às cortes, à medida que permitem a prolação de julgamentos que refletiriam as preferências ideológicas e que serviriam aos interesses políticos daqueles que concedem esse poder de legislar ao judiciário.

Entretanto, o poder legislativo não é o único protagonista do processo democrático. A abertura política a novos atores no processo eleitoral, mesmo que não se constitua numa panaceia para os vícios do processo político brasileiro, ao menos abre a possibilidade de que as estruturas partidárias tenham um elemento concorrente na corrida pela conquista do poder, o que, eventualmente, pode implicar em maior *accountability* e também *responsiveness* dos partidos políticos, instituições que não possuem competidores na disputa pelos cargos eletivos.

E necessariamente há uma tensão entre democracia e a transparência. Conforme afirmam Hollyer, Rosendorff e Vreeland (2011, p. 1191-1205), se a democracia é, por definição, transparente, então o grau em que os governos desfrutam e promovem o obscurantismo é simplesmente uma medida de sua não-democraticidade. As concepções que definem as democracias como regimes transparentes, em certo sentido, impedem que sejam formuladas questões importantes sobre a relação entre o regime político e o fluxo de informação. Portanto, a informação é valiosa para o eleitorado, que tem interesse em saber sobre ações e processos do governo, decisões de alocação e redistribuição, barreiras e restrições de mercado, incidência de impostos e subsídios e assim por diante.

Está cada vez mais evidente para os cidadãos brasileiros que a exclusividade dos partidos políticos na participação do jogo da política culminou nesse estado de coisas que atualmente envergonha os brasileiros e coloca o país entre as nações mais corruptas e desiguais do mundo. As estruturas partidárias não mais conseguem atender aos anseios da população. Mas poderiam voltar a ganhar o respeito dos brasileiros, e um primeiro passo nesse sentido seria acabar com essa “reserva de mercado eleitoral” concedida pela Constituição de 1988 aos partidos políticos.

Qual o sentido da vedação a pessoas físicas interessadas e apartidárias participarem do processo eleitoral? Não há razão de ser na exclusividade ou no monopólio do jogo político pelas agremiações partidárias, até porque não se advoga aqui a extinção dessas entidades, o que se pretende é que sejam renovadas, que comecem a se desfazer dos velhos vícios do fisiologismo e do patrimonialismo, que, por meio da

concorrência com outros grupos da sociedade civil, possam conquistar, com maior legitimidade ainda, os votos do eleitorado.

É por essa razão que o recurso ao interpretativismo no caso de atribuir uma pretensa e unívoca literalidade ao texto do artigo 14, §3º, inciso V, da Constituição de 1988 não mais se coaduna com o evoluir da história. Manter um sistema que não mais funciona de modo adequado, embora tenha sido desde o início adrede concebido pelos Constituintes de 1987-1988, sob o argumento único e exclusivo ao “originalismo” ou a um interpretativismo intransigente, não mais encontra ressonância numa sociedade já esgarçada pela corrupção e pelo descrédito das instituições. Aqui uma leitura moral da Constituição, além de necessária, é urgente.

A razão aqui inclina-se para Dworkin (1996, p. 80-81)²¹, que ressalta a falta de sentido da distinção tão apreciada por muitos juristas entre direitos catalogados e não catalogados na Constituição, visto que a interpretação legal é inerentemente holística, mesmo quando o alvo aparente da interpretação é uma única sentença ou mesmo uma única cláusula em vez de um documento, ou seja, qualquer intérprete deve aceitar restrições interpretativas - suposições sobre o que torna uma interpretação melhor que outra - e qualquer conjunto de restrições inclui um requisito de coerência.

O argumento interpretativista segundo o qual o direito somente pode ser interpretado de acordo com as regras que expressamente estão contidas na Lei Fundamental brasileira sequer encontra amparo na praxe judiciária do Supremo Tribunal Federal. Alguns casos podem ser mencionados para revelar que o poder judiciário, em particular a Suprema Corte brasileira, nem sempre se atém ao texto literal da Constituição. Apenas à guisa de exemplo, são decisões que se chocam com a gramaticalidade do texto constitucional o reconhecimento da união estável entre pessoas do mesmo sexo (BRASIL, STF, ADI nº 4.277, 2011) e também a execução

²¹ “I must be clear. I am not arguing that the Supreme Court should enforce unenumerated as well as enumerated constitutional rights, any more than I meant to argue, in my remarks about a speaker’s meaning, that the Court is right to ignore or modify what the framers said. I mean that the distinction between enumerated and unenumerated rights, as it is commonly used in constitutional theory, makes no sense, because it confuses reference with interpretation. [...] Legal interpretation is inherently holistic; even when the apparent target of interpretation is a single sentence or even a single clause rather than a document. Any interpreter must accept interpretive constraints - assumptions about what makes one interpretation better than another - and any set of constraints includes a requirement of coherence. An interpretation of the Bill of Rights which claims that a moral principle embedded in one clause is actually rejected by another is an example not of pragmatism flexibility, but of hypocrisy.”

provisória da pena após a confirmação de acórdão condenatório proferido por colegiado em segunda instância (BRASIL, STF, HC nº 152.752, 2018).

Não há, portanto, qualquer impedimento a uma ampliação das hipóteses de se efetivar candidaturas que concorrerão no processo eleitoral, não fazendo mais sentido a exigência de filiação partidária para que um candidato possa concorrer a um pleito nas eleições brasileiras, mesmo porque uma decisão do poder judiciário que autorize que pessoas independentes, sem vinculação a partidos políticos, participem do certame eleitoral em igualdade de condições com outros candidatos vinculados a agremiações partidárias, não mais subsistindo um dever de fidelidade ao texto literal da Constituição.

Dworkin (2006, p. 132-134)²², ao responder à pergunta “quais fundamentos poderíamos oferecer para deixar de lado a fidelidade?” (à Constituição abstrata), apresenta três “virtudes” que poderiam ser pensadas como mais importantes no contexto constitucional. A primeira consistiria no fato de que nalgumas circunstâncias a fidelidade pode ser superada pela justiça, pois uma sociedade política pode encontrar-se sobrecarregada com um acordo constitucional que muitos dos seus membros agora consideram muito injusto. A segunda diz respeito à democracia em si mesma, isto é, o que ela significa? Pelo menos dois conceitos de democracia podem ser ressaltados: um estabelece que a regra da maioria é o caminho a ser trilhado e um outro, que enfatiza que não pode haver democracia a menos que as pessoas tenham, como indivíduos, uma posição igual no governo. Por fim, não pode haver um consórcio ou uma associação democrática a não ser que se garanta aos indivíduos uma esfera privada em que eles sejam livres para adotar decisões sobre religião e sobre ética por si mesmos, respondendo por sua própria consciência e julgamento, e não conduzidos pela maioria.

Nesse contexto, um arranjo constitucional que não mais seja considerado justo pela sociedade, cuja manutenção esteja pautada

²² “But what grounds could we offer for setting fidelity aside? [...] First, in some circumstances fidelity might be trumped by justice. A political society might find itself saddled with a constitutional settlement that many of its members now deem very unjust, and in some circumstances judges of that community might properly decide simply to ignore that constitution. [...] A second possible trump over fidelity is much more in point now. It is democracy itself. [...] For we can distinguish two concepts of democracy [...] The first is majoritarianism. The essence of democracy, according to this view, is that all issues of principle must be decided by majority vote: democracy, in other words, is majority rule all the way down. [...] Second, there can be no democracy so conceived unless people have, as individuals, an equal stake in government. [...] The third, there can be no democratic joint venture unless individuals are granted a private sphere within which they are free to make the most religious and ethical decisions for themselves, answerable to their own conscience and judgment, not that of a majority”.

apenas em interesses corporativos que não se vinculam aos objetivos fundamentais de um determinado Estado, não merecem prevalecer única e exclusivamente sob a justificativa do interpretativismo levado às últimas consequências, o que, em última instância, acaba se revelando uma postura profundamente irracional.

Da mesma forma, a democracia não deve entendida apenas como a ditadura da maioria, isto é, não pode transformar-se num procedimento meramente estatístico, em que um certo número de indivíduos ou escolhem diretamente os destinos políticos de uma nação ou, por meio de seus representantes, acabam elegendo os interesses que vão prevalecer politicamente, sem alternativa de acesso a direitos pelos vencidos no processo eleitoral.

Em outras palavras, a cada indivíduo, independentemente de aderir ao projeto da maioria, deve ter os seus direitos garantidos pelo Estado e pela Constituição, não pode ser sonogado um direito ou uma garantia com único propósito de assegurar o exercício exclusivo do poder no processo eleitoral por grupos partidários que, apesar de importantes para a construção de uma sociedade política mais livre e transparente, atualmente não têm desempenhado seu papel institucional a contento.

Para uma visão que transcende o processo democrático como procedimento quantitativo, isto é, no sentido de uma prevalência absoluta da regra da maioria, remete-se à posição de Luís Barroso (2018, p. 217-266), que vislumbra três papéis desempenhados pelo poder judiciário: a) *contramajoritário*: em razão do poder de declarar a inconstitucionalidade, os juízes das cortes superiores, que jamais receberam um voto popular, podem sobrepor a sua interpretação da Constituição à que foi feita por agentes políticos investidos de mandato representativo e legitimidade democrática (dificuldade contramajoritária); b) *representativo*: a crise de legitimidade, representatividade e funcionalidade dos parlamentos tem gerado, nos últimos anos, porém, em muitos países, a expansão do poder judiciário e, notadamente, das supremas cortes (nos EUA, decisões nos casos *Griswold vs. Connecticut*, *Lawrence vs. Texas*); c) *iluminista*: no sentido de uma razão humanista que conduz o processo civilizatório e empurra a história na direção do progresso social e da liberação de mulheres e homens, propagando o pluralismo e da tolerância, a que se impõe apenas para derrotar as superstições e os preconceitos, de modo a assegurar a dignidade humana e a vida boa para todos.

Diante do quadro institucional brasileiro, eventual reconhecimento da legitimidade e constitucionalidade da candidatura avulsa, no contexto de mutação constitucional provocada por demandas políticas provenientes da sociedade, emergirá como uma manifestação contramajoritária, representativa e, por que não dizer, iluminista do poder judiciário no exercício do *judicial review*, numa tentativa de impulsionar uma realidade sociopolítica atualmente marcada pela obstrução da participação popular, especialmente por estruturas patrimonialistas e antidemocráticas que se eternizam na arena do parlamento.

CONCLUSÃO

O monopólio da democracia não é e nunca foi do parlamento. Há outros atores que, juntamente com as casas legislativas, podem contribuir para a construção de uma sociedade mais justa e solidária, mais plural, mais democrática, para além dos interesses setoriais de grupos partidários, ou mesmo econômicos e de classes sociais.

A adoção de mecanismos que expandam a liberdade e os direitos dos indivíduos, inclusive viabilizando a participação efetiva e ativa no processo eleitoral, é expediente que se coaduna perfeitamente com a democracia, e a candidatura avulsa pode configurar-se como um instrumento importante na melhora da prática política brasileira.

Nesse contexto, o papel contramajoritário, representativo e iluminista que eventualmente venha a ser exercido pela Suprema Corte no Recurso Extraordinário com Agravo (ARE) 1054490 consubstanciar-se-á na consolidação do poder judiciário como agente político capaz de viabilizar uma maior transparência no processo político-eleitoral brasileiro.

Não há dúvidas de que o velho e tradicional discurso, que muitas vezes fundamenta posições ainda atreladas a uma separação rígida de funções, não é mais consentâneo com uma sociedade complexa e plural, que não aceita mais posturas conservadoras que buscam preservar privilégios seculares.

Apesar de eventuais problemas que possam surgir, a implementação da candidatura avulsa é válida, sobretudo em face da descrença nas estruturas político-partidárias, que não têm nos últimos anos desenvolvido a contento o seu papel institucional demarcado pela Constituição, razão pela qual, mais do que uma possibilidade, é um dever do poder judiciário

ser contramajoritário, representativo e iluminista, permitindo, ao menos, uma tentativa de oxigenação da política.

REFERÊNCIAS

ACKERMAN, Bruce. **A nova separação dos poderes**. Direção de Antonio Carlos Alpino Bigonha e Luiz Moreira, tradução de Isabelle Maria Campos Vasconcelos e Eliana Valadares Santos, revisão da tradução de Nívia Mônica da Silva. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013.

BACHOF, Otto. **Normas constitucionais inconstitucionais?** Tradução de José Manuel M. Cardoso da Costa. Coimbra: Almedina, 2008.

BALKIN, Jack M. The roots of the living constitution. **Boston University Law Review**, Boston, vol. 92, p. 1129-1160, 2012. Disponível em: <https://digitalcommons.law.yale.edu/cgi/viewcontent.cgi?referer=https://scholar.google.com.br/&httpsredir=1&article=5617&context=fss_papers>. Acesso em: 20 dez. 2018.

BARROSO, Luís Roberto. O constitucionalismo democrático no Brasil: crônica de um sucesso imprevisto. In: GUERRA, Roberta Freitas; SILVA, Laércio Alves da; DEL NERO, Patrícia Aurélia (editores). **Neoconstitucionalismo em perspectiva**. Viçosa: Editora UFV, 2014.

BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. **Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional**, Madrid, n. 13, p. 17-32, 2009.

BARROSO, Luís Roberto. Contramajoritário, representativo e iluminista: os papéis das supremas cortes e tribunais constitucionais nas democracias contemporâneas. **Revista Interdisciplinar de Direito**, v. 16, n. 1, p. 217-266, 2018.

BICKEL, Alexander M. **The Least Dangerous Branch: The Supreme Court at the Bar of Politics**. New Haven: Yale University Press, 1986.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Diário Oficial da União, Poder Legislativo, Brasília, DF, 5 out. 1988, p. 1, anexo. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em 06 ago. 2018.

BRASIL. Poder Judiciário. Tribunal Superior Eleitoral. Eleições 2018: **Justiça Eleitoral conclui totalização dos votos do segundo turno**. Disponível em: <<http://www.tse.jus.br/imprensa/noticias-tse/2018/Octubro/eleicoes-2018-justica-eleitoral-conclui-totalizacao-dos-votos-do-segundo-turno>>. Acesso em: 19 dez. 2018.

BRASIL. Poder Judiciário. Supremo Tribunal Federal. **Notícias do STF**. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/geral>>. Acesso em: 28 jun. 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.277**. Poder Judiciário. Rel. Min. Ayres Britto, Tribunal Pleno, julgado em 05 maio 2011, DJe-198, publicado em 14 out. 2011.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus nº 152.752**. Poder Judiciário. Rel. Min. Edson Fachin, Tribunal Pleno, julgado em 04 abr. 2018, DJe-127, publicado em 27 jun. 2018.

BRITO, Miguel Nogueira. Originalismo e interpretação constitucional. In: SILVA, Virgílio Afonso (Org.). **Interpretação Constitucional**. São Paulo: Malheiros, 2010.

BRYCE, James. **Constituciones flexibles y constituciones rígidas**. Colección Civitas. Madrid: Instituto de Estudios Políticos, 1952.

BULOS, Uadi. Lammêgo. **Mutação constitucional**. São Paulo: Saraiva, 1997.

CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.

CARAM, Bernardo; RAMALHO, Renan. Abstenções, votos brancos e nulos somam 32,5% do eleitorado do país. **G1**, Brasília, 31 out. 2016. Disponível em: <<http://g1.globo.com/politica/eleicoes/2016/noticia/2016/10/abstencoes-votos-brancos-e-nulos-somam-326-do-eleitorado-do-pais.html>>. Acesso em 06 ago. 2018.

CITTADINO, Gisele. Poder Judiciário, ativismo judicial e democracia. **Revista da Faculdade de Direito de Campos**, v. 2, n. 2, 2004. Disponível em: <<https://core.ac.uk/download/pdf/16013577.pdf>>. Acesso em: 20 dez. 2018.

COELHO, Inocêncio Mártires. **Interpretação constitucional**. 2. ed. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 2003.

DELFIM, Rodrigo Borges. Inválidos, brancos e nulos não suspendem eleição, afirma TSE. Folha de São Paulo, São Paulo, 01 jul. 2018. Disponível em: <<https://www1.folha.uol.com.br/poder/2018/07/invalidos-brancos-e-nulos-nao-suspendem-eleicao-afirma-tse.shtml>>. Acesso em: 06 ago. 2018.

DWORKIN, Ronald. Freedom's Law: The Moral Reading of the American Constitution. Cambridge/MA: Harvard University Press, 1996.

DWORKIN, Ronald. Justice in Robes. Cambridge/MA: Harvard University Press, 2006.

GARGARELLA, Roberto. La dificultad de defender el control judicial de las leyes. In: VÁZQUEZ, R. (Comp.). **Interpretación jurídica y decisión judicial**. México: Fontamara, 1998.

HAMILTON, Alexander; MADISON, James; JAY, John. **The Federalist Papers**. Mineola/NY: Dover Publications Inc., 2016.

HELLER, Herman. **Teoría del Estado**. Traducción de Luís Tobio, 2. Ed, México: Fondo de Cultura Económica, 1998.

HESSE, Konrad. **Elementos de direito constitucional da República Federal da Alemanha**. Tradução de Luis Afonso Heck. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1998.

HESSE, Konrad. **A força normativa da Constituição**. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1991.

HIRSCHL, Ran. **Towards juristocracy**. Cambridge/MA; Harvard University Press, 2007.

HOLLYER, James R.; ROSENDORFF, B. Peter; VREELAND, James Raymond. Democracy and transparency. **The Journal of Politics**, v. 73, n. 4, p. 1191-1205, 2011.

JELLINEK, Georg. **Reforma y mutación de la constitución**. Estudio preliminar de Pablo Lucas Verdú, traducción de Christian Förster, revisada por Pablo Lucas Verdú. Clasicos Políticos. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1991.

KMIEC, Keenan D. The Origin and Current Meanings of Judicial Activism. **California Law Review**, v. 92, p. 1411-1478, 2004.

LOEWEINSTEIN, Karl. **Teoría de la Constitución**. vol. 1. Traducción de Alfredo Gallego Anabitarte. Barcelona: Editorial Ariel, 1983.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Jurisdição Constitucional. O controle abstrato de normas no Brasil e na Alemanha**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1998.

MICHAEL, Lothar; MORLOK, Martin. **Direitos fundamentais**. Tradução de António Francisco de Sousa e António Franco. São Paulo: Saraiva, 2016.

POZZOLO, Suzzanna. Un Constitucionalismo ambíguo. In: CARBONELL, Miguel. **Neoconstitucionalismo(s)**. 2. ed. Madrid: Editorial Trotta, 2005.

RAMOS, Paola Novaes. Alheamento eleitoral: reflexões sobre o significado de votos em branco, votos nulos e abstenções na teoria política contemporânea. **Mediações-Revista de Ciências Sociais**, v. 14, n. 1, p. 170-199, 2009.

SANCHÍS, Luis Prieto. **Apuntes de teoría del Derecho**. Madrid: Trotta, 2014.

SCALIA, Antonin. Originalism: The lesser evil. **University of Cincinnati Law Review**, v. 57, p. 849, 1988.

TAYLOR, Matthew M. O Judiciário e as políticas públicas no Brasil. In: DADOS – **Revista de Ciências Sociais**. Rio de Janeiro, v. 50, n. 2, p. 229-257, 2007.

URRUTIA, Ana Victoria Sanchez. Mutación constitucional y fuerza normativa de la constitución. una aproximación al origen del concepto. **Revista Española de Derecho Constitucional**, año 20, nº 58, enero-abril 2000. Disponível em: <<file:///C:/Users/parce/Downloads/Dialnet-MutacionConstitucionalYFuerzaNormativaDeLaConstitu-79672.pdf>>. Acesso em: 20 dez. 2018.

USA. Supreme Court of the United States. **Reports: Marbury v. Madison**, 5 U.S. (1 Cranch) 137 (1803). Disponível em: <<http://cdn.loc.gov/service/ll/usrep/usrep005/usrep005137/usrep005137.pdf>>. Acesso em: 20 dez. 2018.

VALENZUELA, Francisco Berlín. **Derecho parlamentario**. México: Fondo de Cultura Económica, 1993.

VERÍSSIMO, Marcos Paulo. A Constituição de 1988, vinte anos depois: Suprema Corte e ativismo judicial “à brasileira”. **Revista de Direito GV**, v. 4, n. 2, p. 407-440, jul.-dez. 2008.

VICHINKESKI, Anderson Teixeira. Ativismo judicial: nos limites entre racionalidade jurídica e decisão política. **Revista Direito GV**, São Paulo, v. 8, n. 1, p. 37-58, jan.-jun. 2012.