

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE MINAS GERAIS
Programa de Pós-Graduação em Direito

Roberta Maia Gresta

AÇÃO TEMÁTICA ELEITORAL:
Proposta para a democratização dos procedimentos judiciais eleitorais coletivos

Belo Horizonte
2014

Roberta Maia Gresta

**AÇÃO TEMÁTICA ELEITORAL:
Proposta para a democratização dos procedimentos judiciais eleitorais coletivos**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, como requisito parcial para a obtenção do título de Mestre em Direito Processual.

Orientador: Prof. Dr. Vicente de Paula Maciel Júnior

Belo Horizonte
2014

FICHA CATALOGRÁFICA

Elaborada pela Biblioteca da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais

G832a Gresta, Roberta Maia
Ação temática eleitoral: proposta para a democratização dos procedimentos judiciais eleitorais coletivos / Roberta Maia Gresta. Belo Horizonte, 2014. 257f.

Orientador: Vicente de Paula Maciel Júnior
Dissertação (Mestrado) – Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Programa de Pós-Graduação em Direito.

1. Função judicial. 2. Direito eleitoral. 3. Democracia. 4. Direito processual coletivo. I. Maciel Júnior, Vicente de Paula. II. Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Programa de Pós-Graduação em Direito. III. Título.

SIB PUC MINAS

CDU: 342.8

Roberta Maia Gresta

**AÇÃO TEMÁTICA ELEITORAL:
Proposta para a democratização dos procedimentos judiciais eleitorais coletivos**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, como requisito parcial para a obtenção do título de Mestre em Direito Processual.

Vicente de Paula Maciel Júnior (Orientador) – PUC Minas

Leonardo Augusto Marinho Marques – PUC Minas

Rodolfo Viana Pereira – UFMG

Flávio Couto Bernardes – PUC Minas

Belo Horizonte, 11 de abril de 2014

Dedico este trabalho àqueles que se dispõem a conduzir a luta pela democracia por um discurso de igualação absoluta no gozo de direitos fundamentais – algo diverso de um discurso estratégico limitado a nos assegurar liberdades dentro de um sistema de exclusão social. Essa opção requer coragem. Coragem para admitir e problematizar nossa própria parcela de contribuição para a violência da dominação. Coragem para renunciar aos álibis éticos e morais que nos convencem sermos merecedores de privilégios gerados pela nefasta perduração de uma cidadania seletiva.

AGRADECIMENTOS

Meu agradecimento é dirigido àqueles que fazem com que, findo o breve percurso desses dois anos do curso de Mestrado, tenha eu ao menos o vislumbre do enredo ideologizante no qual a dogmática jurídica nos aprisiona e a inspiração para combatê-lo.

Agradeço, então:

Ao professor Dr. Vicente de Paula Maciel Júnior, pela generosa orientação da minha pesquisa, pela paciência com minhas inquietações e pelo absoluto respeito com que recebeu os desdobramentos que ousei atribuir a sua teoria das ações temáticas. Agradeço por suas palavras sempre precisas e necessárias ao direcionamento da pesquisa e por suas atitudes sempre abundantes em coerência com suas lições. A intensidade de seu exemplo como professor, acadêmico, juiz e, sobretudo, ser humano me inspira a persistir no resignado compromisso de aprofundar meus estudos e por estes pautar minhas próprias ações. Tenha-me como permanente discípula e difusora de sua audaciosa proposta.

Aos meus professores da linha de pesquisa em Direito Processual da PUC Minas, Drs. Rosemiro Pereira Leal, Ronaldo Brêtas de Carvalho Dias, Leonardo Augusto Marinho Marques e, novamente, meu Orientador Vicente de Paula Maciel Júnior, pela imensurável contribuição que suas aulas, obras e indicações bibliográficas trouxeram para esta dissertação. Este trabalho não teria sido produzido, tal como o foi, sem as reflexões provocadas pelo brilhantismo de seus intelectos. Essas provocações, desde a arguição da Banca de Seleção para o Mestrado, em 2011, tanto me atormentam quanto me propiciam alcançar fugazes momentos de alento, que logo me lançam a novas problematizações. Por isso, somente posso desejar continuar privando de suas lições e, como homenagem, oferecer minha incipiente reflexão erigida a partir dos sólidos pilares que são seus ensinamentos.

Aos meus colegas do Mestrado, efetivos e agregados, pela profícua interlocução e pelo leal companheirismo que se estendeu para além do ambiente acadêmico. Não há dúvidas que minha trajetória se fez menos árdua pela dadivosa surpresa da amizade sincera que conquistamos. A cada um de vocês, dedico também meu aplauso nesse momento de conquista mútua. Especialmente, agradeço a Camilla Mattos Paolinelli, afetuosa presença em minha vida, pequena gigante que, com sua mescla de inteligência, dedicação e graciosidade, me inspira e me conforta; a Gabriela Oliveira Freitas, impetuosa parceira dos projetos ambiciosos e do mergulho despojado e leve em nossas próprias idiossincrasias; a Carla Regina Clark da Costa, generosa incentivadora a quem devo a confiante indicação para lecionar nos cursos de

pós-graduação sob sua coordenação: a essas três inigualáveis amigas, digo que espero ser minimamente merecedora do carinho de vocês e de algum modo capaz de retribuir aos significativos gestos de amizade genuína com os quais vocês me presenteiam cotidianamente.

Ao colegiado do Núcleo Acadêmico de Pesquisa da PUC Minas, por propiciar minha estreia como pesquisadora vinculada a essa Instituição da qual não me vejo mais apartada. Presto homenagem a Igor Alves Norberto Soares, Luiz Antônio Soares Júnior e Vanêssa de Fátima Roberto, então alunos de graduação, cujo empenho incansável redundou na concretização de projetos audaciosos como a realização da Semana de Minicursos e a publicação da Coletânea de Artigos Jurídicos NAP 2011.

Aos pesquisadores que integraram os Grupos de Pesquisa em Direito Eleitoral por mim coordenados durante o ano de 2011, pela confiança no projeto e pela disposição em compartilhar de sua construção. Diversas proposições da presente dissertação resultam de questões formuladas em nossos debates e nos artigos que deles resultaram. Agradeço, especialmente, a Mariana Sousa Bracarense, irmã e parceira de todas as horas, por saber que juntas seguiremos, incansavelmente, renunciando à zona de conforto que nos acena de modo tentador; a João Andrade Neto, com quem aprendi que a vida acadêmica é para os que têm resiliência; e a Diogo Mendonça Cruvinel, pela rara receptividade à reflexão conjunta acerca do Direito e a Ciência Política.

Ao professor Ms. Gustavo de Castro Faria, pelo pródigo e decisivo auxílio ao encaminhamento da minha vida acadêmica. A generosidade de seu gesto confere a dimensão de sua genuína vocação como mestre.

Aos diletos amigos da Especialização em Direito Processual pelo Instituto de Educação Continuada da PUC Minas, Rafael Augusto de Moraes Andrade Santos, Caio Gabriel Ferreira Marcondes e Pedro Henrique Torquato Viana Antunes, pela saudosa e inspiradora convivência, à qual devo a amenização da ansiedade inerente ao processo de seleção para o Mestrado.

Aos amigos Walter da Rocha Cerqueira e Cassiana Lopes Viana, pelo entusiasmo com que me impulsionam a perseguir meus sonhos. Vocês são o pouso onde sei sempre encontrar um gesto de apoio e uma palavra de incentivo que me permitam ir, pouco a pouco, mais além do que eu supunha.

Aos juízes do Tribunal Regional Eleitoral aos quais tive a gratificante tarefa de prestar assessoria, pela valorização do papel do servidor público no auxílio à atividade judicante. Agradeço, em especial, aos Drs. Benjamin Alves Rabelo, Flávio Couto Bernardes e Virgílio

de Almeida Barreto pela permanente abertura ao diálogo e à Dra. Maria Edna Fagundes Veloso pela recente e generosa acolhida em sua Assessoria.

Ao amigo Reginaldo Gonçalves Gomes, pela oportunidade de interlocução e, mais recentemente, pela confiança em meu trabalho e apoio no momento mais necessário. Espero que a convergência de nossas jornadas acadêmicas e profissionais siga rendendo frutos.

Ao meu ex-sócio e eterno amigo-irmão, Leonardo de Oliveira Máximo, pelas aventuras vividas e sonhos compartilhados, que nos mantêm jovens aprendizes ao longo do amadurecimento de nossas trajetórias.

Enfim, à minha família de coração: mãe, pai, Lincoln, Rômulo, Nívea, Lu, Marcos e Júnia. Vocês são as pessoas que mais almejo orgulhar. Acabam por ser, porém, as pessoas a cuja convivência repetidas vezes tenho que renunciar para atender às exigências da vida acadêmica. E, ainda assim, zelam por mim, com todo o carinho, do modo pelo qual cada um de vocês é capaz. Agradeço pelo respeito à minha escolha e à disposição para aprender a conviver com ela. Amo vocês.

A razão crítica é melhor que a paixão, especialmente em assuntos referentes à lógica. Mas disponho-me inteiramente a admitir que nada jamais se realiza sem uma dose de paixão.

(POPPER, Karl Raimund Sir. **Conhecimento objetivo:** uma abordagem evolucionária, p. 22-23.).

[...] [E]ssa pergunta define bem a pós-modernidade [...] “que democracia vamos criar?” e não que democracia vamos metafisicamente, histórica ou culturalmente, receber, adotar, homologar, dissimular, repetir, mimetizar, reconstruir, refazer. Criar uma democracia é o desafio da pós-modernidade que não mais recepciona uma lógica sacrificial ou da reta-razão pressuposta.

(Rosemiro Pereira Leal, **Processo como teoria da lei democrática**, p. 24.).

RESUMO

A presente pesquisa investiga o impacto da teorização democrática do processo sobre a função judicial eleitoral brasileira. A demarcação do objeto da pesquisa toma por parâmetro a análise da especialidade das providências a cargo dos órgãos judiciários eleitorais, o que conduz à identificação da função judicial eleitoral como a atividade judicante (decisória) da qual resulta a atribuição, modificação e extinção de direitos políticos e a segurança a seu exercício. São, em seguida, construídas as premissas teóricas da pesquisa, com enunciação da compreensão de democracia sob o trinômio participação-interesse-processo. Com amparo na revisão crítica do instituto da participação democrática, na compreensão de interesse como liame psicológico individual intangível pelo Estado e na teoria neoinstitucionalista do processo, sustenta-se a ilegitimidade da estruturação de procedimentos judiciais que cerceiam o exercício da Cidadania e recusam a autoinclusão do *povo ativo* na fundamentalidade de direitos. São contestadas as doutrinas e técnicas que justificam e instrumentalizam a manutenção de parâmetros autoritários de exercício da atividade judicial. Essas premissas são confrontadas com a vigente configuração da função judicial eleitoral brasileira, que resulta na evidenciação de seu caráter não democrático. O foco da pesquisa é então direcionado, especificamente, para os procedimentos eleitorais coletivos, os quais sofrem crítica pela submissão das questões coletivas ao modelo de *representação adequada*, pela condução inquisitorial da instrução e pela permeabilidade da atividade decisional a elementos metajurídicos, características pragmaticamente justificadas pelo atendimento de *princípios* fornecidos pela construção dogmática nominada *processo eleitoral*. Apresenta-se a *ação temática* como técnica de estruturação de procedimentos coletivos compatível com a processualidade democrática. Sustenta-se a aplicação do modelo ao âmbito da função judicial eleitoral, o que conduz à enunciação da *ação temática eleitoral*. Por fim, dificuldades práticas são reputadas impassíveis de refutar a construção teórica que embasa essa proposta e são submetidas à reflexão a partir das diretrizes da organização estatal na matriz o Estado Democrático de Direito.

Palavras-chave: Função judicial eleitoral. Processualidade democrática. Procedimentos coletivos.

ABSTRACT

This research investigates the impact of process' democratic theorizing on Brazilian electoral judicial function. The demarcation of the research's object takes as parameter the analysis of the specialty of the legal measures which are to be determined by electoral judiciary organs, what leads to the identification of the electoral judicial function as the judicatory (decisional) activity which results on the assigning, modification and revocation of political rights and on the assurance of their exercise. Thereafter, the theoretical premises are built, guiding to the enunciation of democracy's comprehension under the trinomial participation-interest-process. The critical review of the institute of democratic participation, the comprehension of interest as an individual psychological bond which is intangible by the State and the *neoinstitutionalist theory of process* uphold the statement that it is illegitimate to structure judicial procedures on the grounds of the curtailment of Citizenship's exercise and the refusal to recognize self-inclusion in rights' fundamentality as a prerogative of the *active people*. The doctrines and techniques that justify and instrumentalize the maintenance of authoritarian parameters that guides judicial activity are objected. These premises are confronted with the current configuration of Brazilian electoral judicial function, resulting on the evidence of its non-democratic character. The aim of the research is then directed specifically to collective electoral procedures, which are criticized due to the constriction of collective issues through *adequate representation*, the inquisitorial conduction of the procedure and the permeability of decisional activity by metajuridical elements, characteristics which are pragmatically justified by the appeal of *principles* provided by the dogmatic construction named as *electoral process*. The *thematic action* is presented as a technique of collective procedures' structuring which is compatible with democratic processuality. The appliance of this model to the range of electoral judicial function is postulated, what leads to the enunciation of the *electoral thematic action*. Finally, practical difficulties are dismissed as unable to disproof the theoretical construction that sustains this proposal and are contrasted with the guidelines to State's organization laid out in the conception of Democratic State of Law.

Palavras-chave: Electoral judicial function. Democratic processuality. Collective procedures.

LISTA DE SIGLAS

AIJE – Ação de Investigação Judicial Eleitoral

AIME – Ação de Impugnação ao Mandato Eletivo

AIRC – Ação de Impugnação do Registro de Candidatura

RCED – Recurso Contra Expedição de Diploma

RRC – Requerimento de Registro de Candidatura

RRCI – Requerimento de Registro de Candidatura Individual

STF – Supremo Tribunal Federal

TRE – Tribunal Regional Eleitoral

TRE/MG – Tribunal Regional Eleitoral de Minas Gerais

TRE/PI – Tribunal Regional Eleitoral do Piauí

TSE – Tribunal Superior Eleitoral

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO.....	14
2 FUNÇÃO JUDICIAL ELEITORAL EM PERSPECTIVA DEMOCRÁTICA	18
2.1 Distinção entre jurisdição e judicância.....	18
2.2 Distinção entre atividade judicial e atividade administrativa de competência dos órgãos judiciários eleitorais	20
2.3 Distinção entre atividade judicial eleitoral e atividade judicial não eleitoral de competência dos tribunais e juízes eleitorais	29
2.3.1 Atividade judicial eleitoral.....	32
2.3.2 Atividade judicial não eleitoral.....	34
2.3.2.1 Julgamento de crimes eleitorais.....	35
2.3.2.2 Penalização do descumprimento de normas da Lei n. 9.504/1997.....	37
2.3.2.3 Análise de contas de órgãos partidários e de contas de campanha.....	37
2.4 Considerações finais do Capítulo	38
3 CONFIGURAÇÃO JURÍDICA DA PARTICIPAÇÃO COMO ELEMENTO NUCLEAR DA DEMOCRACIA	40
3.1 Povo e participação na teorização antiga da democracia: breves apontamentos.....	40
3.2 Povo e representação na teorização moderna da democracia.....	42
3.2.1 Povo como fundamento teórico da democracia representativa no pensamento político dos séculos XVI e XVII.....	43
3.2.2 Apropriação da democracia representativa pelos movimentos revolucionários do século XVIII	49
3.2.3 Democracia representativa nos discursos políticos do século XIX	51
3.3 Hegemonização da democracia representativa na Contemporaneidade	58
3.3.1 Aporias da concepção hegemônica de democracia	61
3.3.2 Reconfiguração da representação com reforço de sua centralidade	62
3.3.3 Contestação radical da concepção hegemônica de democracia	65
3.4 Proposta de redimensionamento jurídico da participação.....	68
3.4.1 Povo como produtor do ato estatal: superação do papel icônico do povo	68
3.4.2 Potencialização da atuação direta do cidadão.....	71
3.4.3 Deliberação pública ampla.....	72
3.5 Participação como primeira palavra-chave da concepção de democracia adotada na presente pesquisa: considerações finais do Capítulo e introdução a dois testes...	73
4 LEGITIMIDADE PARA AGIR NA PRINCIPIOLOGIA CONSTITUCIONAL DEMOCRÁTICA	74
4.1 Abordagem dogmática da legitimidade.....	74
4.1.1 Concepções sociológicas de legitimidade.....	74
4.1.2 Princípio da legitimidade na teoria pura do direito.....	78
4.2 Abordagem democrática de legitimidade.....	80
4.2.1.1 Caracterização do ato estatal ilegítimo frente à compreensão democrática de legitimidade.....	82
4.2.1.2 Legitimação: estratégia de imunização dos atos ilegítimos.....	83
4.2.1.3 Faculdade de provocar o exercício da função judicial: legitimidade ou legitimação para agir?.....	85
4.3 Conexões entre interesse e faculdade de agir.....	88
4.3.1 Compreensão dogmática de interesse: Faculdade de agir em defesa do interesse juridicamente protegido	88

4.3.2 Compreensão democrática de interesse: <i>autoproclamação da condição de interessado e ampla faculdade de agir</i>	92
4.3.3 Objetivação dos procedimentos judiciais: resposta ao primeiro <i>teste suscitado no Capítulo 3</i>	95
4.3.4 Interesse (individual) e faculdade de agir em procedimentos coletivos	99
4.3.4.1 <u>Caracterização do procedimento coletivo em perspectiva objetiva</u>	99
4.3.4.2 <u>Socialização do processo e atuação judicial em prol do bem comum</u>	101
4.3.4.3 <u>Coletivização do processo e sistema de representação adequada</u>	103
4.3.4.4 <u>Persistência da representação adequada após a Constituição de 1988:</u> <u>legitimação para agir como vulneração da principiologia democrática</u>	108
4.4 Interesse como segunda palavra-chave da concepção de democracia adotada na presente pesquisa: considerações finais do Capítulo	110
 5 PROCESSUALIDADE DEMOCRÁTICA NA MATRIZ INSTITUINTE DO ESTADO DE DIREITO NÃO DOGMÁTICO	112
5.1 Protagonismo judicial: a fenda no princípio da legalidade	114
5.1.1 Poder criativo da atividade judicial no positivismo jurídico	115
5.1.2 Consolidação dogmática do protagonismo judicial	117
5.1.3 Legitimação legal e doutrinária do exercício autocrático da função judicial: <i>sobrevivência do protagonismo judicial no Brasil após 1988</i>	122
5.1.4 Instrumentalismo processual: teorias processuais servis ao protagonismo judicial	127
5.1.5 A refutação do protagonismo judicial pela principiologia democrática: <i>a proposta da hermenêutica isomênica</i>	133
5.2 Procedimentalidade: a aposta no consenso e o reforço do protagonismo judicial	134
5.2.1 Procedimento como arena de disputa simbólica	134
5.2.2 Procedimentalismo monológico	135
5.2.3 Procedimentalismo dialógico.....	137
5.2.4 Propostas jurídicas procedimentalistas	141
5.2.5 Reforço do protagonismo judicial.....	146
5.3 Teorias do processo com pretensão democrática: contribuições, retrocessos e ainda a inviabilidade da superação do protagonismo judicial	147
5.3.1 Teoria estruturalista do processo	148
5.3.2 Modelo constitucional de processo	151
5.3.3 Policentrismo processual	154
5.3.4 Depuração das teorias e vertentes examinadas	156
5.4 Teoria neoinstitucionalista do processo: o processo como espaço jurídico demarcado de exercício da Cidadania	157
5.4.1 Testificação da teoria neoinstitucionalista como apta a fundar <i>a processualidade democrática</i>	160
5.4.2 Institucionalização da participação pelo processo em compreensão neoinstitucionalista: resposta ao segundo teste suscitado no Capítulo 3.....	164
5.5 Processo como terceira palavra-chave da concepção de democracia adotada na presente pesquisa: considerações finais do Capítulo	165
 6 CARÁTER NÃO DEMOCRÁTICO DA FUNÇÃO JUDICIAL ELEITORAL BRASILEIRA	166
6.1 Processo eleitoral como construção dogmática de recusa ao caráter fundante da processualidade democrática	166
6.2 Técnicas de restrição à participação nos procedimentos eleitorais	172

6.2.1	<i>Distinção entre procedimentos eleitorais individuais e coletivos</i>	172
6.2.1.1	<u>Procedimentos eleitorais individuais</u>	174
6.2.1.2	<u>Procedimentos eleitorais individuais com possibilidade de coletivização</u>	174
6.2.1.3	<u>Procedimentos eleitorais coletivos</u>	176
6.2.1.4	<u>Peculiaridade da segurança ao exercício dos direitos políticos</u>	176
6.2.1.5	<u>Redução do foco da pesquisa por um corte arbitrário</u>	177
6.2.2	<i>Apontamentos sobre as normas vigentes aplicáveis à instauração dos procedimentos eleitorais individuais</i>	178
6.2.3	<i>Normas vigentes aplicáveis à instauração dos procedimentos judiciais eleitorais coletivos</i>	179
6.2.4	<i>Representação adequada nos procedimentos judiciais eleitorais coletivos: entre a idealização do interesse coletivo e a patrimonialização da disputa eleitoral</i>	181
6.2.4.1	<u>Procedimento eleitoral coletivo como locus de pacificação social</u>	182
6.2.4.2	<u>Procedimento eleitoral coletivo como mecanismo de resolução de lides patrimonializadas</u>	187
6.2.5	<i>Procedimento de perda de mandato eletivo por infidelidade partidária</i>	191
6.2.6	<i>Propostas teóricas de superação da restrição à participação nos procedimentos eleitorais coletivos</i>	195
6.2.6.1	<u>Reconhecimento de legitimidade para agir às associações civis</u>	196
6.2.6.2	<u>Reconhecimento de legitimidade para agir ao cidadão</u>	200
6.2.6.3	<u>Assimilação das propostas ao referencial teórico da pesquisa</u>	202
6.3	Legitimação do protagonismo judicial: o interesse público eleitoral como justificativa da inquisitorialidade	202
6.4	Apontamentos finais do capítulo	209
7	AÇÃO TEMÁTICA ELEITORAL: UMA PROPOSTA DE DEMOCRATIZAÇÃO DA FUNÇÃO JUDICIAL ELEITORAL BRASILEIRA	210
7.1	Aspectos centrais do modelo da ação temática	211
7.1.1	<i>Objetivação do procedimento</i>	211
7.1.2	<i>Superação do modelo de representação adequada</i>	212
7.1.3	<i>Formação participada do mérito</i>	212
7.1.4	<i>Estruturação das decisões coletivas: uma contribuição aos estudos da ação temática</i>	216
7.1.5	<i>Produção de efeitos da decisão coletiva</i>	219
7.2	Aplicação da ação temática no âmbito da função judicial eleitoral: a ação temática eleitoral	222
7.2.1	<i>Legitimidade da candidatura como tema</i>	225
7.2.2	<i>Legitimidade das eleições e de seu resultado como tema</i>	226
7.3	Tecnologia na democracia: perspectiva organizativa do Estado a partir da processualidade democrática	230
7.3.1	<i>Estado, sociedade e direcionamento da absorção da produção tecnológica</i>	232
7.3.1.1	<u>Sociedade de massa e configuração do Estado tutelar</u>	233
7.3.1.2	<u>Sociedade segmentada e consolidação do Estado tutelar</u>	234
7.3.1.3	<u>Sociedade interativa e crise do Estado tutelar</u>	235
7.3.2	<i>Procedimento judicial em rede e espaço processual</i>	238
8	CONSIDERAÇÕES FINAIS	241
	REFERÊNCIAS	244

1 INTRODUÇÃO

A Justiça Eleitoral se compõe dos órgãos judiciários encarregados de preparar, organizar, realizar e fiscalizar as eleições destinadas à escolha de governantes e representantes políticos. A ambiguidade do alcance dessas funções se anuncia já nas disposições constitucionais que, limitando-se a dispor sobre o modo de provimento dos cargos nos tribunais eleitorais, relegam a futura lei complementar dispor sobre a organização e competência de tais órgãos¹. Essa *lei complementar* não foi elaborada e, assim, permanece em vigor, sob a epígrafe de Código Eleitoral, a Lei – ordinária – n. 4.737/1965², produzida durante o regime ditatorial precedente.

Apesar do advento teórico do Estado Democrático de Direito a partir de 1988, a problematização do impacto da principiologia democrática sobre o modo de atuação dos órgãos judiciários eleitorais é apenas incipiente³. O *povo* – embora, por construção teórica, inspirador da formação do Estado democrático – não participa da construção de decisões judiciais eleitorais que inevitavelmente afetam as populações governadas e representadas. No modelo representativo de democracia, conforme vigente, o momento do voto ressaí como ápice do exercício da Cidadania. A participação popular na fiscalização judicial da disputa eleitoral e de seus resultados não parece relevante.

Nesse contexto, ações eleitorais manejáveis contra candidatos, durante a campanha ou após as eleições, são atribuídas por lei a pessoas e entes especificamente autorizados a defender o chamado *interesse público*, em uma polarização que não cogita a multiplicidade de interesses da população envolvida. A otimização do *processo*, supostamente decorrente da maior capacitação desses *legitimados para agir* e do menor número de participantes nos feitos judiciais, é um apelo quase irresistível dessa estrutura procedimental restrita.

No entanto, essa opção legal é problematizável a partir da previsão do inciso XXXV do art. 5º da Constituição. Esse dispositivo, ao prever que “a lei não excluirá da apreciação

¹ BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: em 20 jun. 2013, Arts. 118 a 121.

² BRASIL. Código eleitoral (1965). **Lei n. 4.737, de 15 de julho de 1965**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L4737compilado.htm>. Acesso em: 17 jan. 2014.

³ Merecem destaque as obras de Edilene Lôbo e Rodolfo Viana Pereira, que, em proveitosa abordagem do tema, contestam a legitimidade dos procedimentos eleitorais tais como vigentes, e propõem a extensão da legitimação para agir nas ações eleitorais, respectivamente, ao cidadão (LÔBO, Edilene. **A inclusão do cidadão no processo eleitoral**. Belo Horizonte: Del Rey, 2010) e às associações civis (PEREIRA, Rodolfo Viana. **Tutela coletiva no direito eleitoral: controle social e fiscalização das eleições**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008).

do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”⁴, não erigiu ressalva quanto à propositura de ações de caráter coletivo.

Indaga-se, por conseguinte, como compatibilizar o exercício da função judicial eleitoral com a matriz disciplinar do Estado Democrático de Direito.

Para que essa indagação seja científica e não meramente retórica, não pode ela pressupor uma compreensão dogmática de democracia ou o uso vulgar da expressão *função judicial eleitoral*. À pesquisa jurídica não são suficientes posições como a de Alf Ross⁵ e de Michael Walzer⁶. O primeiro se conforma com a manutenção, no discurso, de termos sabidamente desprovidos de sentido, mas que funcionariam como “técnica de apresentação que serve exclusivamente a fins sistemáticos”⁷. O segundo dilui o problema da polissemia na construção de uma dicotomia do argumento moral – denso e delgado –, que permite que compreensões distintas e mesmo contraditórias sejam acomodadas por termos como *democracia* e *justiça*.

Assim, a presente pesquisa assume que o esclarecimento e a interrogação de suas premissas conceituais são necessários para a produção de conhecimento com rigor científico, o que conduz à adoção da epistemologia quadripartite⁸. Nessa linha epistemológica, a *teoria* e a *crítica* são bases morfológicas que têm precedência em relação à *técnica* e a *ciência* na produção do conhecimento. Isso quer dizer que a ciência não é produzida pelo aperfeiçoamento da técnica (*praxis*), mas, sim, pelo esclarecimento teórico das asserções científicas já construídas. A crítica científica consiste no apontamento das aporias do conhecimento e depende da prévia enunciação das teorias que conduzem essa tarefa. Desse modo, a ciência acolhe a arguição de seus próprios conteúdos como etapa necessária ao progresso do conhecimento e as teorias são consideradas sempre provisórias, passíveis de superação pela incessante testificação a que são submetidas. É o que impede que as teorias se *dogmatizem*, isto é, se tornem “teorias ideologizadas de resultados úteis (pragmáticas)”⁹ que apenas reforçam uma *praxis* irrefletida.

O primeiro objetivo específico de uma pesquisa que pretenda atender a essa proposta

⁴ BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**, art. 5º, XXXV.

⁵ ROSS, Alf. **Tô-Tô**. Tradução Edson L. M. Bini. São Paulo: Quartier Latin, 2004.

⁶ WALZER, Michael. **Thick and thin: the moral argument at home and abroad**. Indiana: University of Notre Dame Press, 1995.

⁷ ROSS, Alf. **Tô-Tô**, p. 54.

⁸ A epistemologia quadripartite é apresentada por Rosemiro Pereira Leal a partir de reflexão sobre a obra de Karl Popper, em LEAL, Rosemiro Pereira. **Teoria geral do processo: primeiros estudos**. 9. ed. rev. e aum. São Paulo: Forense, 2010.

⁹ LEAL, Rosemiro Pereira. **Teoria geral do processo: primeiros estudos**, p. 44.

epistemológica é demarcar o sentido dos termos condutores da investigação. Trata-se de assentar a significação daqueles termos em bases teóricas claramente expostas, com vistas a propiciar a compreensão da linha de pesquisa adotada. O explícito compromisso de univocidade de sentido permite o controle de coerência intrínseca do trabalho, facilitando, inclusive, o apontamento de suas próprias aporias.

Por conseguinte, a primeira parte desta dissertação é dedicada à demarcação terminológica e à construção do problema, com parcimônia suficiente para minimizar pontos obscuros já detectados.

O Capítulo 2 delimita a concepção de função judicial eleitoral. Para tanto, percorre três etapas, organizadas em seções: distinção entre judicação e jurisdição; distinção entre atividade judicial e atividade administrativa de competência dos órgãos judiciários eleitorais; distinção entre atividade judicial eleitoral e atividade judicial não eleitoral de competência dos órgãos judiciários eleitorais. O resultado é a delimitação do âmbito da função judicial eleitoral como referente aos atos decisórios que, proferidos em procedimentos submetidos ao regime de passividade (inércia e imparcialidade), têm por conteúdo providências especializadas, concernentes à atribuição, modificação e extinção de direitos políticos e à segurança de seu exercício.

Os Capítulos 3 a 5 constroem as premissas teóricas para arguição do modo de exercício da função judicial eleitoral. A construção toma por referência três palavras-chave: participação, interesse e processo. Essas palavras-chave encaminham a problematização teórica que resulta na enunciação de uma concepção de democracia: *processualização da participação jurídica dos interessados, a significar institucionalização da ampla fiscalidade dos atos estatais e da autoinclusão nos direitos fundamentais, prerrogativas constitucionais do povo ativo*. Essa concepção será a condutora da crítica ao modelo procedimental eleitoral vigente.

O Capítulo 6 formula a seguinte questão: por que se sustenta que a função judicial eleitoral brasileira não é instituída democraticamente? São apontadas, nessa etapa, deficiências que denotam o caráter autoritário dos procedimentos judiciais eleitorais: a dogmatização da noção de *processo eleitoral* como recusa ao caráter fundante da processualidade democrática, a restrição à participação e a legitimação de parâmetros autoritários de condução do procedimento e de decisão. Constrói-se, então, o problema central da pesquisa, que indaga quais as perspectivas de democratização da função judicial eleitoral.

A segunda parte do trabalho, reunida no Capítulo 7, enfrenta o problema apresentado. Propõe-se a aplicação da *ação temática*, técnica de estruturação de procedimentos coletivos concebida por Vicente de Paula Maciel Júnior¹⁰, ao âmbito da função judicial eleitoral. Ao final do Capítulo, faz-se breve apontamento sobre a mudança de direcionamento do aproveitamento de avanços tecnológicos no âmbito da função judicial eleitoral, exigida pelo Estado Democrático de Direito: do controle do Estado sobre o povo deve-se passar à criação de circunstâncias concretas de exercício amplo da Cidadania.

As considerações finais apresentam as conclusões provisórias alcançadas e as proposições construídas nessa etapa do percurso teórico-problematizante, imediatamente ofertadas à crítica.

¹⁰ MACIEL JÚNIOR, Vicente de Paula. **Teoria das ações coletivas**: as ações coletivas como ações temáticas. São Paulo: LTr, 2006.

2 FUNÇÃO JUDICIAL ELEITORAL EM PERSPECTIVA DEMOCRÁTICA

A delimitação do significado atribuído ao termo *função judicial eleitoral* constitui o ponto de partida do desenvolvimento da presente pesquisa, uma vez que corresponde à especificação do objeto de investigação.

Na expressão referida, o sentido de *função* não desborda daquele fornecido por José Joaquim Gomes Canotilho¹¹: atividade estatal, a abranger as tarefas de legislar, governar/administrar e julgar, cometida a órgãos específicos por meio de normas de competência. É, pois, suficiente aos fins deste trabalho compreender *função* como repartição racional da atividade estatal, cujo exercício é entregue a órgãos constituídos especificamente para tal finalidade¹².

Já a adjetivação *judicial eleitoral* resulta de operação mais complexa. São formuladas três indagações relacionadas à atividade estatal cometida aos órgãos judiciários eleitorais¹³: a) é possível partir da premissa de que os órgãos judiciários eleitorais exercem atividade *jurisdicional*? b) é cabível distinguir entre atividade *administrativa* e atividade *judicial* exercida por esses órgãos? c) é qualificável como *eleitoral* toda a atuação decisória desses órgãos?

2.1 Distinção entre jurisdição e judicção

É premissa desta pesquisa a distinção efetuada por Rosemiro Pereira Leal¹⁴, entre *jurisdição* e *judicção*: jurisdição é o conjunto dos conteúdos jurídicos que, produzidos pelo devido processo legislativo, são acessíveis a toda a comunidade jurídico-política, enquanto judicção é a atividade decisória estatal.

De acordo com essa distinção, a judicção se configura pela estruturação da atividade

¹¹ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional**. 6. ed. rev.. Coimbra: Almedina, 1993, p. 677-679.

¹² Permanece subjacente a esse sentido do termo *função* o problema da acomodação do princípio democrático em um modelo de dominação. Conforme sustenta Canotilho, “o princípio democrático não elimina a existência das estruturas de domínio, mas implica uma *forma* de organização desse domínio [...] segundo o programa de autodeterminação e autogoverno: o poder político é constituído, legitimado e controlado por cidadãos (povo), igualmente legitimados para participarem no processo de organização da forma de Estado e de governo.” (CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional**, p. 417-418.). O enfrentamento desse problema não será feito, para evitar o alargamento demasiado dos limites deste trabalho.

¹³ A opção pela terminologia órgãos *judiciários* eleitorais se faz para destacar o elemento orgânico, isto é, a pertinência dos tribunais e juízos eleitorais à estrutura da Justiça Eleitoral. Outros termos etimologicamente assemelhados a *judiciário* – judicial, jurisdicional e judicacional – ficam reservados para os usos específicos, apresentados nas seções seguintes.

¹⁴ LEAL, Rosemiro Pereira. **Teoria geral do processo**: primeiros estudos, p. 62-69.

decisória do Estado sob a forma de procedimentos. Somente quando esses procedimentos possibilitam o acesso à *jurisdição* a judicação se configura de modo democrático, “como dever legal de assegurar às partes o Processo Constitucional e não como atividade tutelar ou interdital de direitos livremente descobertos pela inteligência do julgador [...]”¹⁵. Assim, Leal compreende jurisdição não como poder de decisão, mas como o próprio “conteúdo da lei conduzido por aqueles agentes indicados na lei democrática”¹⁶. Por isso, “tanto a parte como o juiz exercem, nos procedimentos [democráticos], jurisdição, guardadas as características de suas atuações legais de articulador-construtor (parte) e aplicador-julgador (juiz)”¹⁷.

Leal não ignora a arcaica concepção da jurisdição como imanência do juiz, atividade jurídico-resolutiva pela qual o sujeito privilegiado labora seu próprio *convencimento* quanto ao cabimento ou não da *tutela*. Mas, para o autor, a configuração teórico-constitucional do Estado Democrático de Direito informa a compreensão da jurisdição, a qual “não pode, no direito democrático, assumir o significado de atividade produtora de tutela, porque as decisões judiciais (jurisdicionais?) [...] só terão validade e eficácia pela tutela do conteúdo legal do modelo jurídico-estatal que as determina e qualifica”¹⁸.

Desse modo, sob a perspectiva apresentada, é possível afirmar que os órgãos judiciários eleitorais exercem *judicação*, pois a atividade decisória daqueles órgãos é procedimentalizada. O Código Eleitoral disciplina a competência do Tribunal Superior Eleitoral (TSE), dos Tribunais Regionais Eleitorais (TREs), dos juízes eleitorais e das juntas eleitorais, elencando suas atribuições decisórias. O Código Eleitoral também estipula procedimentos para a prolação das decisões. Alguns desses procedimentos permanecem em vigor, outros foram alterados por leis posteriores, com destaque para a Lei Complementar n. 64/1990 e a Lei n. 9.504/1997.

No entanto, afirmar que essa judicação se convola em jurisdição implica em reconhecer que a estruturação e o exercício da atividade cometida aos órgãos eleitorais obedecem à principiologia do Estado Democrático de Direito. Implica, mais, em estatuir que os procedimentos eleitorais vigentes propiciam às partes a construção de uma articulação lógico-jurídica encaminhadora de uma decisão vinculada aos conteúdos da lei, previamente disponibilizados às partes.

¹⁵ LEAL, Rosemiro Pereira. **Teoria geral do processo**: primeiros estudos, p. 63.

¹⁶ LEAL, Rosemiro Pereira. **Teoria geral do processo**: primeiros estudos, p. 63.

¹⁷ LEAL, Rosemiro Pereira. **Teoria geral do processo**: primeiros estudos, p. 63.

¹⁸ LEAL, Rosemiro Pereira. **Teoria processual da decisão jurídica**. São Paulo: Landy, 2002, p. 125.

O problema central posto no presente trabalho é erigido a partir do questionamento do caráter democrático dos procedimentos decisórios dos órgãos judiciários eleitorais. Adotar a expressão *função jurisdicional* para referir à atuação desses órgãos implicaria em conduzir a investigação a partir de uma contradição elementar, equivalente à indagação: *É o democrático não democrático?* A única resposta lógica para essa indagação seria uma tautologia, frustradora de qualquer pretensão de produção de conhecimento científico: *O democrático é democrático*.

Dessa tautologia se escapa ao estabelecer que a delimitação do campo da pesquisa como o âmbito da *judicação* eleitoral, e não da *jurisdição* eleitoral. Afinal, a judicação pode ser democrática (hipótese em que se convola em atividade jurisdicionalizada) ou não democrática (hipótese em que prossegue sendo mera judicação). Desse modo, mantém-se produtiva a indagação condutora da investigação.

2.2 Distinção entre atividade judicial e atividade administrativa de competência dos órgãos judiciários eleitorais

A *judicação* eleitoral ainda não corresponde ao objeto da pesquisa, a saber, a *função judicial eleitoral*. Conforme salienta Rosemiro Pereira Leal, “a judicacionalidade [...] é aspecto da estrutura procedimental (judicial ou administrativa) [...]”¹⁹. Quer isso dizer que o ato de decisão característico da judicação é aquele cometido ao aplicador da lei. Ocorre tanto no procedimento judicial quanto no procedimento administrativo, já que ambos se destinam a aplicar lei previamente existente – diferenciando-se, pois, do procedimento legislativo, destinado a criar a lei.

A judicação abrange, portanto, a *atividade judicial* e a *atividade administrativa* cometidas aos órgãos judiciários. Em ambas, há uma decisão com amparo na lei constituída. Desse modo, não se pode adotar uma correspondência exata entre *decidir* (judicação) e *julgar*, em oposição ao *executar*, como critério de diferenciação entre tais atividades.

No âmbito da judicação eleitoral, a dificuldade de discriminação entre atividades judiciais e administrativas se acentua porque, conforme observa Fávila Ribeiro, foram estas legalmente outorgadas aos órgãos judiciários eleitorais como um “conglomerado indiviso”, que abdica de critério diferenciador expresso²⁰.

¹⁹ LEAL, Rosemiro Pereira. **Teoria geral do processo**: primeiros estudos, p. 63.

²⁰ RIBEIRO, Fávila. **Pressupostos constitucionais do direito eleitoral**: no caminho da sociedade participativa. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1990, p. 110

O primeiro Código Eleitoral brasileiro, datado de 1932, concebe a Justiça Eleitoral “com funções contenciosas e administrativas”²¹. Ao tratar dos tribunais eleitorais, confere-lhes “atribuições”, entre as quais figuram, indistintamente, a elaboração de regimento interno, a organização da Secretaria e o julgamento de recursos e de *processos eleitorais*²². O elenco de atribuições dos juízes eleitorais é introduzido de modo diverso, pela expressão “competem aos juízes eleitorais”²³. Esses órgãos, diferentemente dos tribunais, não são previstos para funcionar como instâncias julgadoras, incumbindo-lhes apenas “preparar os processos eleitorais, servindo também como juízes de instrução, ao Tribunal Regional, em virtude de delegação expressa deste”²⁴.

O Código Eleitoral de 1965 introduz, no rol de competências dos tribunais eleitorais – TSE e TREs –, a distinção entre atribuições de “processar e julgar” e aquelas que incumbem “privativamente” a esses órgãos²⁵. Essa partição não é adotada quanto aos juízes eleitorais: apesar de receberem novas atribuições, dentre as quais o julgamento de crimes eleitorais e concessão de *habeas corpus*, a menção genérica ao que lhes “competem” é mantida²⁶. São criadas as juntas eleitorais, como órgãos temporários destinados a atuar entre a apuração das eleições e a diplomação dos eleitos²⁷. Entre as atribuições das juntas, figura “resolver as impugnações e demais incidentes verificados durante os trabalhos da contagem e da apuração”²⁸. Não há elucidação quanto ao eventual caráter judicial dessa atuação.

O Código Eleitoral de 1965 permanece vigente e, com ele, a obscuridade que dificulta distinguir como judiciais ou administrativos os atos a cargo da Justiça Eleitoral.

Na visão de Fávila Ribeiro, essa indiferenciação não é problemática. Para o autor, é equivocado pretender extrair da simples leitura dos enunciados legais o caráter da atribuição outorgada aos órgãos judiciários eleitorais: cada regra de competência deve ser vista como portadora de um “componente genético latente de cada tipo de atividade estatal” – “judicial, administrativa, consultiva e resolutive” –, a ser disparado conforme “as contingências”²⁹.

²¹ BRASIL. Código eleitoral (1932). **Decreto n. 21.076, de 24 de Fevereiro de 1932**. Decreta o Código Eleitoral. Disponível em: <<http://www2.camara.gov.br/legin/fed/decret/1930-1939/decreto-21076-24-fevereiro-1932-507583-publicacaooriginal-1-pe.html>>. Acesso em: 11 ago. 2013, art. 5º.

²² BRASIL. Código eleitoral (1932). **Decreto n. 21.076, de 24 de Fevereiro de 1932**, arts. 14 e 23.

²³ BRASIL. Código eleitoral (1932). **Decreto n. 21.076, de 24 de Fevereiro de 1932**, art. 31.

²⁴ BRASIL. Código eleitoral (1932). **Decreto n. 21.076, de 24 de Fevereiro de 1932**, art. 31, alínea b.

²⁵ BRASIL. Código eleitoral (1965). **Lei n. 4.737, de 15 de julho de 1965**, arts. 22, 23, 29 e 30.

²⁶ BRASIL. Código eleitoral (1965). **Lei n. 4.737, de 15 de julho de 1965**, art. 35.

²⁷ BRASIL. Código eleitoral (1965). **Lei n. 4.737, de 15 de julho de 1965**, art. 36.

²⁸ BRASIL. Código eleitoral (1965). **Lei n. 4.737, de 15 de julho de 1965**, art. 40, II.

²⁹ RIBEIRO, Fávila. **Pressupostos constitucionais do direito eleitoral**: no caminho da sociedade participativa, p. 110-111.

Ribeiro considera que a cumulação de competências “consorciadas sem qualquer discriminação” se fez como um “equacionamento teleológico”, cujo propósito é *equipar* a Justiça Eleitoral “para que nada lhe possa escapar ao controle para agir com presteza e versatilidade” na concretização de sua “projeção finalística em obter a máxima lisura em tudo o que possa estar relacionado às atividades eleitorais”³⁰.

Conclui o autor, então, ser desnecessário e impossível estabelecer a demarcação prévia dos âmbitos de atuação judicial e administrativa. Em seu entendimento, a feição da atividade desempenhada pelos órgãos da Justiça Eleitoral se transmuda conforme a ocasião, podendo tornar-se jurisdicional por um aspecto substancial ou por um aspecto formal. O primeiro caso ocorre “no próprio instante em que se estabeleça uma situação de contenciosidade” e, o segundo, em situações como a publicação de uma decisão em procedimento que até então observava “tramitação interna” e a apresentação de defesa em procedimento de cancelamento de inscrição eleitoral instaurado de ofício³¹.

Essa análise de Ribeiro, feita conforme as condições em que efetivamente praticado o ato estatal, não fornece parâmetro consistente da condução investigativa. Por suas características, os critérios substancial e formal não propiciam a institucionalização do controle dos atos de poder, que perpassa a elucidação, como exigências *prévias e definidas*, de requisitos autorizativos da atuação dos órgãos estatais³². A uma, porque a qualificação ocorre *posteriormente* à atuação dos órgãos judiciais eleitorais, o que faz com que tenha caráter descritivo e não normativo. A duas, porque invoca uma multiplicidade de fatores circunstanciais, configurados de modo intuicionista, que possuem aptidão para isoladamente indicar o tipo de atividade estatal exercida, de modo que dois atos considerados inseridos na atividade judicial podem não ter, entre si, semelhança.

Elcias Ferreira da Costa³³ propõe que a instauração do litígio seja o critério apto a diferenciar a atuação administrativa dos juízes eleitorais daquela que dá origem ao “direito

³⁰ RIBEIRO, Fávila. **Pressupostos constitucionais do direito eleitoral**: no caminho da sociedade participativa, p. 110-111.

³¹ RIBEIRO, Fávila. **Pressupostos constitucionais do direito eleitoral**: no caminho da sociedade participativa, p. 112-113.

³² A prática de qualquer ato de poder estatal depende, no Estado Democrático de Direito, da verificação de exigências constitucionais que a autorizem, pena de se converter em arbítrio. Conforme sustenta Ronaldo Brêtas de Carvalho Dias, fazendo referência a Jorge Miranda, as funções estatais são, antes de tudo, jurídicas, pois não podem ser exercitadas à margem do direito: “Não existe órgão estatal soberano. O Estado é que detém a soberania, em nome do povo, sua comunidade política. E o exercício do poder pelo Estado é limitado pelas normas constitucionais e infraconstitucionais que integram seu ordenamento jurídico, legitimado e definido pelo respeito aos direitos e garantias fundamentais.” (BRÊTAS, Ronaldo de Carvalho Dias. **Processo constitucional e estado democrático de direito**. Belo Horizonte: Del Rey, 2010, p. 13-14.).

³³ COSTA, Elcias Ferreira da. **Direito eleitoral**. Rio de Janeiro: Forense, 1992.

de ação”. Em sua compreensão, a atividade administrativa se desenvolve quando o exercício do ato jurídico pelo interessado – por exemplo, o alistamento eleitoral, o registro de candidatura e o voto – encontra pronto reconhecimento do juiz. Se, ao contrário, o juiz impõe obstáculo ao exercício do ato jurídico, surge o direito de ação, a ser exercido pelo interessado *contra o juiz*, mediante a instauração de uma relação processual entre estes, perante o tribunal ao qual o juiz é vinculado.

Essa solução, na qual o juiz, “como funcionário que age em nome do Estado, surge como real sujeito passivo de uma relação processual”³⁴, não se mostra suficientemente respaldada. O ato decisório estatal que frustra a expectativa do interessado é simplesmente reduzido a ato pessoal do juiz e este se torna sujeito passivo de uma relação jurídica com o interessado. Ademais, o critério do estabelecimento do litígio faz com que uma mesma providência a cargo dos órgãos judiciários eleitorais – por exemplo, o deferimento do alistamento eleitoral – tenha caráter diverso conforme o órgão que a determine: será administrativa, se determinada prontamente pelo juiz eleitoral; mas será judicial, se determinada, em grau de recurso, pelo TRE³⁵.

João Andrade Neto³⁶ desenvolve a compreensão da atividade administrativa e da atividade judicial³⁷ a partir da distinção, feita por Ronald Dworkin, entre políticas (*policies*) e princípios em sentido estrito. Explica Andrade Neto que, segundo Dworkin, as políticas

³⁴ COSTA, Elcias Ferreira da. **Direito eleitoral**, p. 131.

³⁵ Não obstante tais inconsistências, fragmentos dessa tese encontram eco nos tribunais, coletando-se da jurisprudência do TSE reiterados acórdãos dos quais se extrai a noção de que certos procedimentos, tidos em sua origem como de natureza administrativa, transmudam-se em judiciais na fase recursal, passando a exigir a representação por advogado. Citem-se: “O recurso foi interposto pelo pretense candidato, que não detém capacidade postulatória. Nos termos do art. 40 da Lei nº 8.906/94, são nulos os atos privativos de advogado praticados por pessoa não inscrita na OAB.” (BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. **Agravo Regimental em Recurso Especial Eleitoral n. 1922-93**. Acórdão de 09 set. 2012. Disponível em: <www.tse.jus.br/jurisprudencia>. Acesso em: 17 mar. 2013.); “1. A petição da ação de impugnação de registro de candidatura não precisa ser subscrita por advogado, o que se exige apenas na fase recursal.” (BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. **Agravo Regimental em Recurso Especial Eleitoral n. 33.378**. Acórdão de 04 dez. 2008. Disponível em: <www.tse.jus.br/jurisprudencia>. Acesso em: 17 mar. 2013.). Também José Jairo Gomes confere guarida a este entendimento, ao sustentar que “a função jurisdicional pode ter origem em procedimento administrativo que, em razão da superveniência de conflito, convola-se em judicial” (GOMES, José Jairo. **Direito eleitoral**. 6. ed. rev. atual. e a ampl.. São Paulo: Atlas, 2011, p. 60).

³⁶ ANDRADE NETO, João. A concretização do princípio da eficiência: um desafio para o Direito Eleitoral? In: Tribunal Superior Eleitoral. **1º concurso de monografias do Tribunal Superior Eleitoral: direito eleitoral e os desafios de sua concretização**. Brasília: Tribunal Superior Eleitoral, 2012, p. 239-287.

³⁷ A fim de manter a consistência do texto dissertativo, são aqui empregadas as expressões *atividade administrativa* e *atividade judicial*, mas deve-se esclarecer que Andrade Neto adota a terminologia *Administração Pública* e *jurisdição*. Para o autor, o termo *judicial* designa o elemento orgânico, ou seja, é judicial qualquer atividade desempenhada por órgãos judiciários. Isso lhe permite falar em “função judicial administrativa” (ANDRADE NETO, João. A concretização do princípio da eficiência: um desafio para o Direito Eleitoral?). Essa expressão é inadequada à presente pesquisa visto que, conforme exposto, as funções judicial e administrativa são compreendidas como modalidades de judicação e o elemento orgânico é indicado pelo termo *judiciário*.

comandam a concretização de objetivos sociais, enquanto os princípios em sentido estrito destinam-se a resguardar direitos dos indivíduos afetados pelas decisões estatais. Observa:

Enquanto os órgãos estatais encarregados da legislação e da administração devem levar em conta os argumentos de política no desempenho, respectivamente, das funções legislativa e administrativa, os órgãos judiciais devem apelar essencialmente aos argumentos de princípio ao exercerem a jurisdição. [...]. Não obstante o objetivo coletivo permaneça na origem da legislação e dos atos administrativos, a pretensão ajuizada pelo indivíduo interessado na aplicação deles é uma reivindicação de direito.³⁸

Andrade Neto racionaliza o problema da distinção perquirida, ao estabelecer que a atividade administrativa visa a uma meta coletiva, de atendimento ao interesse público³⁹, cujo alcance pode ser promovido – ainda que não exclusivamente – pela escolha de meios oportunos, enquanto a atividade judicial deve ser exclusivamente fundada em regras jurídicas e princípios em sentido estrito que assegurem a proteção de direitos. É significativa, na proposta de Andrade Neto, que o modo pelo qual o agente público é autorizado a decidir – ou seja, a exercer a judicção – seja tomado como elemento de distinção entre a atividade administrativa e judicial: somente a decisão pública em âmbito administrativo pode cogitar da escolha de meios oportunos⁴⁰.

Essa sinalização da existência de regime próprio para cada uma daquelas atividades pode ser adensada pelo aporte da contribuição de Adriano Soares da Costa, construída com amparo na crítica do processualista italiano Gian Antonio Michele ao conceito chiovendiano

³⁸ ANDRADE NETO, João. A concretização do princípio da eficiência: um desafio para o Direito Eleitoral?, p. 256; 260.

³⁹ Registre-se que, nos próximos parágrafos, nos quais analisada a posição de Adriano Soares da Costa sobre a distinção entre atividade judicial e administrativa, será introduzida a crítica ao uso do termo “interesse público”, a ser aprofundada no Capítulo 4.

⁴⁰ Constatada essa relevante contribuição da exposição de Andrade Neto, cabe expor uma objeção: a concepção preserva uma visão dicotômica do interesse, entre público e privado. Como resultado dessa visão, a qualificação dos atos de competência dos juízes eleitorais com administrativos ou judiciais apresenta alguma fragilidade. Andrade Neto considera “tipicamente administrativas” atividades como “cuidar do alistamento; do cadastro eleitoral; da expedição de títulos; [...] do registro e da fiscalização dos partidos políticos” (ANDRADE NETO, João. A concretização do princípio da eficiência: um desafio para o Direito Eleitoral?, p. 266). No entanto, em todos esses casos, ressaí a prioritária proteção de interesses dos eleitores e dos partidos, a serem resguardados conforme normas afetas aos direitos políticos, e não o alcance de metas coletivas. Estas, ainda que venham a ser implementadas – por exemplo, a definição dos colégios eleitorais e das agremiações aptas a lançar candidatos –, são reflexos do exercício de faculdades atribuídas às pessoas físicas e jurídicas para tutelarem seus próprios interesses. Por outro lado, medidas como a cassação de diploma de candidato eleito, consideradas por Andrade Neto como praticadas no exercício de atividade judicial, aproximam-se da persecução de uma meta coletiva: o controle de legitimidade da obtenção dos mandatos eletivos. Afinal, a imposição de penalidades aos réus nestas ações não visa ao incremento do patrimônio jurídico individual dos legitimados a propô-las – candidatos, partidos políticos, Ministério Público Eleitoral – ou de eleitores individualmente considerados, mas, sim, a expurgar vícios que afetem a “adequada formação do princípio representativo” (PEREIRA, Rodolfo Viana. **Tutela coletiva no direito eleitoral**, p. 130). A problematização da noção de *interesse público* será introduzida nos parágrafos seguintes e complementada na seção 4.3.

da jurisdição⁴¹.

Segundo Costa, Michele discorda do realce dado por Chiovenda ao “caráter substitutivo da vontade das partes pela vontade do Estado-juiz” e considera que “o elemento saliente do conceito de jurisdição está na imparcialidade do órgão jurisdicional, que é por si só suficiente para distinguir a ‘jurisdição’ da ‘administração’”⁴². Tomando por base essa premissa, Costa observa haver situações em que o juiz eleitoral não atua de forma imparcial, mas sim direcionado a concretizar um objetivo específico, que lhe é imposto pela lei. Explica:

Para que possamos observar quando o juiz eleitoral está atuando como juiz – é dizer, exercendo atividade jurisdicional –, e não como *administrador judicialiforme*, mister perquirir a referibilidade do interesse tutelado à sua atuação: se a regra jurídica for dirigida a ele, de modo a lhe outorgar o poder-dever de agir para a consecução da finalidade normativa, estará ele agindo na qualidade de administrador do processo eleitoral; se, ao revés, a atuação judicial for provocada por um interessado, com o escopo de aplicar o direito objetivo, para fazer valer o seu direito subjetivo, estaremos diante de uma atividade jurisdicional, pela qual o juiz agirá autoritativa e imparcialmente⁴³.

A noção de *administrador judicialiforme* designa a atuação do juiz eleitoral como órgão estatal encarregado, pela lei, de executar determinados atos independentemente de provocação e com o objetivo de viabilizar a realização das eleições. Diferente é a atuação típica da atividade judicial, marcada pela “passividade processual do juiz”, a ser “entendida em seu duplo sentido: no de que não pode iniciar o procedimento por sua iniciativa[...]; e, pela sua atitude de imparcialidade, neutralidade e distanciamento, no sentido de que deve estar em posição de superioridade e estraneidade em relação às partes”⁴⁴.

Cabe contrapor a essa concepção três ressalvas, findas as quais restará identificado o dado determinante para a caracterização da atividade judicial dos órgãos eleitorais.

Primeiramente, é de se atentar que o juiz eleitoral, ao exercer atividade judicial, nem sempre propicia ao autor a fruição de um – assim nominado por Costa – *direito subjetivo*. Ainda que se parta de uma visão patrimonializada de direitos fundamentais – o que se refutará ao longo desta dissertação –, raramente a aplicação de sanções eleitorais pode ser

⁴¹ Segundo Chiovenda, o caráter substitutivo da jurisdição está em fazer atuar a vontade da lei quando esta não é cumprida, espontaneamente, na relação jurídica “substancial” (CHIOVENDA, Giuseppe. **Instituições de direito processual civil**. 2. ed. Campinas (SP): Bookseller, 2000. 3v.).

⁴² COSTA, Adriano Soares da. **Instituições de direito eleitoral**. 8. ed. rev. ampl. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 267

⁴³ COSTA, Adriano Soares da. **Instituições de direito eleitoral**, p. 267.

⁴⁴ COSTA, Adriano Soares da. **Instituições de Direito Eleitoral**, p. 265.

associada à noção de *fazer valer um direito subjetivo* daquele que ingressou com ação⁴⁵. Eliminada a referência ao direito subjetivo, sobressai que a impossibilidade de instauração do procedimento pelo juiz e a atitude de imparcialidade são uma constante da atividade judicial. São essas características, portanto, que devem ser tomadas como referencial para a identificação dos atos judiciais, inclusive a aplicação de sanções eleitorais, como judicial.

A segunda ressalva a ser oposta à explanação de Adriano Soares da Costa concerne à afirmação de que o juiz assume, na atividade judicial, uma posição de superioridade em relação às partes. A ideia de superioridade do juiz remete, ainda que involuntariamente, à compreensão da estruturação do procedimento judicial em dois planos diversos: no superior, ocorre o exercício da judicção; no inferior, desenvolve-se o debate das partes. Esse desenho não é exigido quer pela inércia, quer pela imparcialidade. Apenas indica a estruturação da judicção em parâmetros não democráticos, já que o contraditório, por se desenvolver em um plano hierarquicamente inferior, torna-se moldável discricionariamente pelo decisor e, por conseguinte, incapaz de assegurar a vinculação da decisão judicial à articulação lógico-jurídica construída pelas partes e ao dado prévio da lei produzida democraticamente.

Por fim, sustenta-se o necessário descarte da expressão *interesse tutelado*, com reformulação da enunciação do critério proposto por Costa como *referibilidade da lei à atuação do juiz*, em lugar de *referibilidade do interesse tutelado à atuação do juiz*.

A expressão *interesse tutelado* remete à concepção de Rudolf von Ihering de “direito como interesse juridicamente protegido”⁴⁶. Vicente de Paula Maciel Júnior aponta a circularidade desse raciocínio:

O equívoco metodológico de Ihering consistiu em pressupor que o interesse somente teria importância para o direito a partir do momento em que houvesse a previsão legal de tutela desse interesse. O interesse que importaria ao direito seria um interesse juridicamente tutelado, ou seja, um direito.⁴⁷

⁴⁵ O benefício direto para o autor da ação somente surge nas hipóteses específicas de decorrer da decisão judicial sua convocação para ocupar o cargo para o qual fora eleito o réu ou, ao menos, sua elevação na ordem de suplência. A convocação do autor para ocupar o cargo eletivo somente acontecerá quando: 1) sendo ele o segundo colocado no pleito majoritário, o candidato eleito, a *contrario sensu* do disposto no art. 224 do Código Eleitoral, não tiver logrado obter mais de 50% dos votos válidos; 2) sendo ele o primeiro na ordem de suplência de cargo proporcional, obtiver a cassação do eleito. A elevação na ordem de suplência ocorrerá quando, no pleito proporcional, não sendo o autor da ação o primeiro suplente, conseguir a cassação do eleito ou de suplente que o preceda.

⁴⁶ IHERING, Rudolf von. **La dogmática jurídica**. Buenos Aires: Losada, 1946, p. 181.

⁴⁷ MACIEL JÚNIOR, Vicente de Paula. **Teoria das ações coletivas**: as ações coletivas como ações temáticas, p. 43.

Maciel Júnior compreende que, sejam ou não protegidos pelo direito, os interesses subsistem como um liame psicológico, pois “são sempre individuais, sempre ocorrem e se exaurem na esfera particular do indivíduo”⁴⁸. Por isso, reputa inadequada a identificação do direito – proteção jurídica, objetiva – com o interesse.

O autor aponta a impossibilidade de generalização do conceito de interesse, que o tornaria “uma ideia suprassensível e diferente do interesse individual”, uma “concepção racional idealizada” desconectada da subjetividade de uma pessoa⁴⁹. Passa, então, a apontar as aporias da enunciação de “categorias” de interesses – públicos, gerais, coletivos, difusos – que, construídas em oposição aos interesses individuais, não preservam a característica de liame psicológico.

Ao tratar do *interesse geral*, Maciel Júnior provoca a reflexão acerca da tensão entre o caráter coletivo da normatização e as pretensões dos indivíduos em face da situação normatizada. Observa que a enunciação desse interesse depende, inevitavelmente, da escolha de um interlocutor “com poderes quase plenipotenciários” para falar em nome de todos⁵⁰, o que possibilita que o interesse individual do intérprete seja apresentado como suposta interpretação do desejo da coletividade ou da sociedade.

Maciel Júnior aponta a contradição intrínseca à expressão *interesse público*. Uma vez que a atuação dos agentes públicos consiste no cumprimento de “determinações extraídas dos processos políticos de legitimação do poder”⁵¹, não pode essa atuação ser determinada por lei e, ao mesmo tempo, permeada por um *interesse* cujo conteúdo é ditado pelo próprio agente. A partir dessa asserção, pode-se sustentar que o princípio da legalidade estrita estabelece um modo próprio de normatização do *direito público* que é, precisamente, *desinteressado*. O agente público *deve* atuar porque a lei lhe determina fazê-lo, não havendo espaço para a acomodação de interesse seu ou o de terceiros sob a epígrafe de *interesse público*⁵².

⁴⁸ MACIEL JÚNIOR, Vicente de Paula. **Teoria das ações coletivas**: as ações coletivas como ações temáticas. São Paulo: LTr, 2006, p. 43. Essa concepção de interesse será aprofundada no Capítulo 4, no qual se discorrerá sobre a distinção entre legitimidade e legitimação da participação.

⁴⁹ MACIEL JÚNIOR, Vicente de Paula. **Teoria das ações coletivas**: as ações coletivas como ações temáticas, p. 60-61.

⁵⁰ MACIEL JÚNIOR, Vicente de Paula. **Teoria das ações coletivas**: as ações coletivas como ações temáticas, p. 60-61.

⁵¹ MACIEL JÚNIOR, Vicente de Paula. **Teoria das ações coletivas**: as ações coletivas como ações temáticas, p. 59-60.

⁵² Essa afirmação provoca nova compreensão sobre os denominados *atos discricionários da Administração*. O *interesse público*, quando invocado para fundamentar sua prática, escamoteia o subjetivismo do agente designado para praticar o ato. O Estado Democrático de Direito demanda a interpretação dos termos *conveniência* e *oportunidade*, respectivamente, como *necessidade* e *possibilidade*, demonstráveis de modo

A concepção de interesse adotada por Maciel Júnior subsidia a refutação da ideia de que a atividade administrativa se define pela referibilidade a um determinado *tipo* de interesse – público ou geral. Admitir que há um *interesse* a ser concretizado pela atuação do administrador judicialiforme é delegar a este a tarefa de traduzir esse interesse, o que não é mais do que justificar as opções pessoais do juiz por meio de uma categoria dogmática.

A eliminação da expressão *interesse tutelado*, antes de refutar a proposição de Adriano Soares da Costa, a retifica, com incremento de seu rigor terminológico. A distinção entre atividade administrativa e atividade judicial não decorre da existência de duas modalidades de interesse, mas de dois distintos modos de regramento da *atuação* do juiz. Na atividade administrativa, a lei lhe comanda a iniciativa de uma prática cuja conformação deve se pautar pela maior eficiência possível; na atividade judicial, a lei lhe impõe aguardar a provocação dos interessados e decidir de modo imparcial. Assim, há uma referibilidade, mas que se dá *entre a lei e a atuação do juiz* – conforme se vincule esta a um ou outro regime de normatização –, não entre a lei e tipos de interesse⁵³.

Resulta, enfim, a enunciação de que *a atividade judicial de competência da Justiça Eleitoral é aquela atribuída aos órgãos judiciários eleitorais em regime de passividade, constituído este pela conjugação dos princípios da inércia, quanto à instauração do procedimento, e da imparcialidade, quanto à condução do procedimento e quanto à prolação da decisão*. A atuação judicial não se define pela alocação orgânica (judiciária), mas pela submissão a um regime de atuação específico (judicial) que repele a iniciativa e a parcialidade do órgão ao qual incumbe exercer a judicação.

objetivo e com pleito de coerência entre situações semelhantes. Ilustre-se essa proposta com a atribuição, ao juiz eleitoral, da designação dos locais de votação, onde serão instaladas as mesas receptoras (BRASIL. Código Eleitoral (1965). **Lei n. 4.737, de 15 de julho de 1965**, art. 135). A *necessidade* impõe ao juiz distribuir uniformemente tais locais dentro do território da zona eleitoral, com vistas a facilitar o exercício de voto. A *possibilidade* elimina potenciais locações que não atendam a requisitos legais (por exemplo, ainda que uma fazenda seja mais acessível a uma determinada população rural, não poderá sediar a votação, por expressa exclusão legal (BRASIL. Código Eleitoral (1965). **Lei n. 4.737, de 15 de julho de 1965**, art. 135, §5º.)) e confere precedência aos locais que mais favoreçam a instalação das seções eleitorais (por exemplo, condições para colocação da urna em cabine indevassável (BRASIL. Código Eleitoral (1965). **Lei n. 4.737, de 15 de julho de 1965**, art. 138.)).

⁵³ Deve-se ressaltar que a distinção apresentada não autoriza a adoção de teorias ou modelos processuais distintos em âmbito administrativo ou judicial. Adere-se, assim, ao combate feito por Edilene Lôbo (LÔBO, Edilene. **A inclusão do cidadão no processo eleitoral**, p. 51 e 55) à vertente que se empenha em classificar como administrativa toda a atividade da Justiça Eleitoral com o propósito velado de mitigar a incidência de garantias processuais, em especial o contraditório e ampla defesa, nos procedimentos eleitorais. Conforme enfatiza a autora, ainda que tudo se passasse em “processo administrativo”, estar-se-ia diante da “mesma teoria geral do processo”, que não permite “declará-lo [o processo administrativo] menor e defender que ali, por falta de definitividade do julgado, pudessem ser mitigadas as garantias mencionadas”. (LÔBO, Edilene. **A inclusão do cidadão no processo eleitoral**, p. 55.).

2.3 Distinção entre atividade judicial eleitoral e atividade judicial não eleitoral de competência dos tribunais e juízes eleitorais

Compreendida a distinção entre atividade administrativa e atividade judicial, cumpre perquirir se toda a atividade judicial cometida aos órgãos judiciários eleitorais em regime de passividade comporta a qualificação *eleitoral*.

Essa indagação, como condutora de uma investigação jurídico-teórica, repele respostas dogmáticas. A qualificação *eleitoral* da atividade judicial de competência dos órgãos judiciários eleitorais deve buscar um fundamento consistente que delimite uma atualização especializada, e não apenas um destacamento orgânico.

Por conseguinte, não se assume, *a priori*, como eleitoral toda a atividade judicial atribuída aos órgãos judiciários eleitorais. Essa atribuição constitui uma opção de conveniência política, sem pleito de consistência teórica⁵⁴. Assim, noção vulgar de *matéria eleitoral*, que é deduzida a partir da generalidade das pretensões remetidas a solução perante a Justiça Eleitoral, é estéril para os fins desta pesquisa. Propõe-se, então, examinar a atividade judicial remetida por lei à competência dos órgãos judiciários eleitorais *a partir de um critério previamente estabelecido como caracterizador de uma função especializada*.

Perquire-se um parâmetro de qualificação a ser aplicado à atividade exercida pelos órgãos judiciários eleitorais. Logo, o exame não deve se centrar nas “situações substanciais”⁵⁵ submetidas a esses órgãos, mas na providência por estes determinada. Tampouco é determinante da ocorrência de atuação especializada a adoção ou não de procedimento previsto na legislação eleitoral, já que esse fator não implica necessariamente na produção de providência distinta.

A construção do critério que, enfim, permita enunciar a especialidade da atividade

⁵⁴ Cite-se o caso da decretação de perda de mandato eletivo por infidelidade partidária. Desde que a Justiça Eleitoral foi criada, em 1932, a chamada matéria *interna corporis* dos partidos políticos ficou à margem de sua esfera de competência, resolvendo-se eventuais conflitos perante a Justiça Estadual. A Resolução TSE n. 22.610/2007, todavia, atribuiu aos tribunais eleitorais competência para cassar mandatos eletivos daqueles que, no curso do mandato, desfiliassem-se dos partidos pelos quais se elegeram. Tal não se faz sem uma justificação paralela, por meio da qual o TSE se empenha em convencer de que a denominada “infidelidade partidária” não constitui matéria *interna corporis* daquelas agremiações: “A fidelidade partidária a que se refere o § 1º do art. 17 da Constituição Federal é a fidelidade encarada nas [...] relações entre o partido e o afiliado, somente. A relação institucional com o parlamento, com a consequência jurídica da perda do mandato por efeito de infidelidade partidária, não pode ser objeto da disciplina estatutária de partido político, até porque cada um deles poderia disciplinar de forma diversa”. (BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. **Resolução n. 22.866, de 2008**. Disponível em: <<http://www.tse.jus.br/legislacao/codigo-eleitoral/normas-editadas-pelo-tse/resolucao-nb0-22.610-de-25-de-outubro-de-2007-brasil-2013-df>>. Acesso em: 11 ago. 2013.).

⁵⁵ A expressão é de Elio Fazzalari, para quem “a situação jurídica substancial, composta por um dever e seu inadimplemento, isto é, por um ‘ilícito’, constitui o pressuposto ‘substancial’ do processo”. (FAZZALARI, Elio, **Instituições de direito processual**. 8. ed. Tradução Eliane Nassif. Campinas: Bookseller, 2006, p. 329-330.)

judicial dos órgãos judiciários eleitorais parte do art. 1º do Código Eleitoral, segundo o qual suas normas se destinam a “assegurar a organização e o exercício de direitos políticos, precipuamente os de votar e ser votado”⁵⁶. Assim, em um primeiro delineamento, afirma-se que são atribuições judiciais eleitorais aquelas que, quanto ao núcleo referido – organização e exercício dos direitos políticos – assinalarem diretamente ao órgão judiciário eleitoral uma atuação em regime de passividade (inércia e imparcialidade).

Cabe aprofundar essa asserção.

O art. 1º do Código Eleitoral faz referência aos direitos políticos, destacando *precipualemente* os de votar e ser votado, mas a estes não se restringindo. Assim, já se assinala que o termo *eleitoral* contempla providências que ultrapassam o âmbito das eleições.

A especialização eleitoral da função judicial deve ser compreendida no âmbito do *Direito Político*, o qual, segundo Ronaldo Brêtas de Carvalho Dias, abrange “normas que estabelecem limites e restrições ao exercício do poder pelo Estado, nas suas relações com a sociedade, de modo a assegurar, simultaneamente, a plenitude das liberdades fundamentais das pessoas”⁵⁷. Simone Goyard-Fabre aponta a existência de uma tensão entre poder estatal e liberdade política, a ser contida por arranjos institucionais:

[...] A existência do direito político significa que a política não se reduz a simples relações de forças e que “potência” não é poder. A potência é apenas um dado factual que se expressa de maneira empírica e contingente. O Poder político – *Potestas* e não *potentia* – é uma construção jurídica, tanto que seu exercício obedece a princípios e a regras que lhe impõem restrições e limites. Se a potência é força e, às vezes, violência, o Poder político implica a ordem de direito erigida por um conjunto de vínculos institucionais. O “direito político” é precisamente constituído pelas normas que regem a organização institucional da política e seu funcionamento no âmbito por ela determinado e delimitado⁵⁸.

A estipulação de normas destinadas a *assegurar e organizar o exercício de direitos políticos*, cuja aplicação é incumbida a órgãos judiciários destacados em seu conjunto como *Justiça Eleitoral*, estabelece um modo próprio de arranjo lógico-normativo da vida política, necessário à institucionalização do exercício e da disputa do poder. Nesse arranjo, a tensão referida por Goyard-Fabre não se restringe à arena política: a atuação dos órgãos judiciários,

⁵⁶ BRASIL. Código Eleitoral (1965). **Lei n. 4.737, de 15 de julho de 1965**, art. 1º.

⁵⁷ BRÊTAS, Ronaldo de Carvalho Dias. **Processo constitucional e estado democrático de direito**, p. 9.

⁵⁸ GOYARD-FABRE, Simone. **Os princípios filosóficos do direito político moderno**. Tradução Irene A. Paternot. São Paulo: Martins Fontes, 1999. (Ensino superior), p. 2.

tanto em âmbito administrativo quanto judicial, é dotada de caráter performativo⁵⁹, o que a torna irrecusável para os atores políticos.

Especificamente no que concerne à configuração de uma atividade judicial destinada a intervir sobre a esfera política, Rodolfo Viana Pereira destaca a contraposição ao modelo de *verificação de poderes*. Neste, é função exclusiva dos órgãos legislativos “controlar a qualidade dos mandatos dos seus respectivos membros, bem como a validade da própria eleição”⁶⁰, o que suscita críticas sob a ótica da ausência de imparcialidade⁶¹. A atuação dos órgãos judiciários como instância de aplicação e decisão do Direito Político teria, então, “a intenção de substituir um controle discricionário por um controle técnico e juridicamente enquadrado”⁶².

O comprometimento do próprio Estado com essa diretriz, tanto por seus órgãos judiciários quanto legislativos, e o *modo* pelo qual é conduzida a tensão entre poder estatal e liberdade política serão investigados no presente trabalho. Mas já se atinge, nessa etapa inicial de delimitação do objeto da pesquisa, critério suficientemente claro para a compreensão da *função judicial eleitoral*: trata-se da atuação *provocada e imparcial* dos órgãos judiciários eleitorais na determinação de providências *que atuam diretamente sobre os direitos políticos*. Essas providências são atos performativos que, como tais, *atribuem, modificam e extinguem* direitos políticos e *asseguram seu exercício*⁶³.

Cabe submeter as providências judiciais⁶⁴ a cargo dos órgãos judiciários eleitorais a esse parâmetro, para que se tenha expressamente identificadas quais delas compõem a função judicial *eleitoral*, objeto da pesquisa. Propõe-se, para essa tarefa, a organização das

⁵⁹ Adota-se, aqui, o sentido de *performativo* trabalhado por Émile Benveniste: performativo como ato de autoridade, que é autorreferenciado porque o enunciado refere-se a uma realidade por ele mesmo criada. (BENVENISTE, Émile. **Problems in general linguistics**. Disponível em: <<http://pt.scribd.com/doc/80024188/Benveniste-Problems-in-General-Linguistics>>. Acesso em: 28 set. 2012. Capítulo 22, p. 180 a 188).

⁶⁰ PEREIRA, Rodolfo Viana. **Tutela coletiva no direito eleitoral**: controle social e fiscalização das eleições, p. 29.

⁶¹ Cf. PEREIRA, Rodolfo Viana. **Tutela coletiva no direito eleitoral**: controle social e fiscalização das eleições, p. 28-38.

⁶² PEREIRA, Rodolfo Viana. **Tutela coletiva no direito eleitoral**: controle social e fiscalização das eleições, p. 38.

⁶³ A *suspensão* de direitos políticos não se inclui no rol de providências judiciais a cargo dos órgãos judiciários eleitorais. Isso porque a Constituição elenca taxativamente as situações em que esta tem lugar: incapacidade civil absoluta; condenação criminal transitada em julgado, enquanto durarem seus efeitos; recusa de cumprir obrigação a todos imposta ou prestação alternativa; improbidade administrativa (BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**, art. 15). Há uma tarefa *administrativa* a cargo do juiz eleitoral, correlata à suspensão de direitos políticos, que consiste em inserir no Cadastro Nacional de Eleitores a *informação* relativa à ocorrência de causas de suspensão.

⁶⁴ A não referência a alguma providência de competência dos órgãos judiciários eleitorais significa sua caracterização, conforme os parâmetros referidos na seção 2.2, como atividade administrativa.

atribuições judiciais da Justiça Eleitoral em agrupamentos, apresentados em quadros aos quais se seguem apontamentos acerca das atividades tratadas.

2.3.1 Atividade judicial eleitoral

QUADRO 1 – AGRUPAMENTO 1: ATIVIDADE JUDICIAL ELEITORAL EXERCIDA EM PROCEDIMENTOS PREVISTOS NA LEGISLAÇÃO ELEITORAL

ATIVIDADE JUDICIAL	PROVIDÊNCIA REQUERIDA	PROCEDIMENTO	AGRUPAMENTO
Habilitação ao exercício de direitos políticos ⁶⁵	Deferimento de alistamento e transferência eleitorais; registro do estatuto do partido político ⁶⁶ ; registro de candidatura.	Código Eleitoral, arts. 42 a 61, com alterações da Lei n. 6.996/1982; Lei n. 9.096/1994, art. 9º; Lei n. 9.504/1997, arts. 10 a 16-B.	Inserem-se na função judicial eleitoral e são pleiteadas em procedimentos previstos na legislação eleitoral.
Imposição de restrições a direitos políticos ⁶⁷	Indeferimento do registro de candidatura; cassação de registro de candidatura, diploma e mandato eletivo; declaração de inelegibilidade; anulação do diploma; cancelamento de registro de partido político ⁶⁸ .	Lei Complementar n. 64/1990, arts. 3º a 16 e 22; Código Eleitoral, art. 262; Lei n. 9.096/1994, art. 28.	
Determinação de medidas destinadas a restabelecer o equilíbrio da disputa eleitoral ⁶⁹	Suspensão de veiculação da propaganda; perda de tempo de propaganda; direito de resposta; proibição de divulgação de pesquisa eleitoral.	Lei n. 9.504/1997, art. 96, salvo para o direito de resposta, cujo procedimento é previsto no art. 58 da mesma lei.	

Fonte: Elaborado pela autora

Todas as atividades contempladas no presente agrupamento são *judiciais*, porque

⁶⁵ BRASIL. Código Eleitoral (1965). **Lei n. 4.737, de 15 de julho de 1965**, arts. 22, I, *a*; 29, I, *a*; 35, VIII, IX e XII; 89

⁶⁶ O registro do estatuto do partido político equivale a sua habilitação perante o TSE para acessar prerrogativas específicas, como a participação no fundo partidário e a disputa por cargos eletivos. Antes disso, porém, o partido político se registra, como tal, perante o Cartório de Registro das Pessoas Jurídicas do Distrito Federal, o que já lhe possibilita exercer atividade político-partidária.

⁶⁷ BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**, art. 14, §10; BRASIL. Código Eleitoral (1965). **Lei n. 4.737, de 15 de julho de 1965**, arts. 22, I, *a* e *g*; 29, I, *a*; 35, XII; BRASIL. **Lei Complementar n. 64, de 18 de maio de 1990**. Estabelece, de acordo com o art. 14, § 9º da Constituição Federal, casos de inelegibilidade, prazos de cessação, e determina outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp64.htm>. Acesso em: 21 jan. 2014, arts. 2º, 3º e 22.

⁶⁸ Embora o Código Eleitoral se refira à “cassação” do registro de partidos políticos, esse dispositivo deve ser interpretado em conformidade com o regime de liberdade partidária, instituído pelo art. 17 da Constituição, e do princípio do devido processo legal. O registro (do estatuto) do partido político não é concedido como favor estatal. Desse modo, não se sujeita à cassação, providência administrativa de “retirada [do ato] porque o destinatário do ato descumpriu condições que deveriam permanecer atendidas a fim de poder continuar desfrutando da situação jurídica” (MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**, p. 279). O art. 28 da Lei n. 9.096/1995 elenca as hipóteses em que o cancelamento do registro do partido político poderá ser requerido e seu §1º indica tratar-se este de “decisão judicial [...] precedida de processo regular, que assegure ampla defesa”. (BRASIL. **Lei n. 9.096, de 19 de setembro de 1995**. Dispõe sobre partidos políticos, regulamenta os arts. 17 e 14, § 3º, inciso V, da Constituição Federal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9096.htm>. Acesso em 15 jan. 2014, art. 28).

⁶⁹ BRASIL. **Lei n. 9.504, de 30 de setembro de 1997**. Estabelece normas para as eleições. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9504.htm>. Acesso em 15 jan. 2014, art. 96, I a III.

vinculadas ao regime de passividade, e *eleitorais*, porque as providências atuam diretamente sobre direitos políticos.

No que concerne à habilitação ao exercício de direitos políticos, as providências requeridas objetivam a fruição desses direitos. A decisão judicial pela procedência da pretensão equivale à atribuição do *status* de eleitor, candidato ou partido político. Esses *stati* franqueiam o exercício de outros direitos políticos, como o de votar, realizar propaganda eleitoral, lançar candidatos, ser eleito, diplomado e empossado⁷⁰.

A imposição de restrições a direitos políticos também se faz em atuação submetida ao regime de passividade. Porém, as providências consistem em gravames que recaem sobre os direitos políticos e têm efeito desconstitutivo ou impeditivo sobre estes. Logicamente, sua aplicação é requerida por pessoa diversa daquela que deverá suportá-lo.

O mesmo ocorre com as medidas destinadas a preservar o equilíbrio da disputa eleitoral, feixe de providências gravosas que incidem especificamente durante o desenvolvimento das campanhas eleitorais e restringem o exercício de prerrogativas decorrentes do *status* de candidato ou de partido que tenha lançado candidatos.

QUADRO 2 – AGRUPAMENTO 2: ATIVIDADE JUDICIAL ELEITORAL EXERCIDA EM PROCEDIMENTOS PREVISTOS EM LEIS NÃO ELEITORAIS

ATIVIDADE JUDICIAL	PROVIDÊNCIA REQUERIDA	PROCEDIMENTO	AGRUPAMENTO
Concessão de segurança em mandado de segurança ⁷¹	Cassação de ato de autoridade abusivo ou ilegal que provoque lesão ou ameaça a direito político líquido e certo.	Lei n. 12.016/2009	Inserem-se na função judicial eleitoral, mas não são pleiteadas em procedimentos previstos na legislação eleitoral.
Rescisão de decisão transitada em julgado ⁷²	Rescisão de decisão irrecorrível que houver concluído pela inelegibilidade.	Código de Processo Civil, arts. 486 a 495.	

Fonte: Elaborado pela autora

Neste agrupamento, destaca-se a peculiaridade do mandado de segurança e da ação rescisória de competência da Justiça Eleitoral. Ambos observam, também perante os órgãos

⁷⁰ O caráter homologatório dessa atividade não conduz a sua absorção pela atividade administrativa dos órgãos judiciários eleitorais, pois a atuação do órgão judiciário é submetida ao regime de passividade. A inércia vincula a determinação dessas providências à provocação, mediante a formulação da pretensão almejada. Mesmo quando a inação do afetado seja ilegal – por exemplo, o não requerimento do alistamento quando obrigatório – não há a possibilidade de que o juiz instaure, de ofício, o procedimento para supri-la. Por sua vez, a imparcialidade impõe que a atuação dos órgãos judiciários eleitorais se restrinja à aferição de requisitos legais que respaldem a pretensão de atribuição ou exercício do direito. Ou seja, a decisão não pode se pautar por critérios de eficiência, como, por exemplo, a distribuição proporcional do eleitorado entre os municípios ou bairros que compõem a Zona Eleitoral ou a contenção do número de partidos habilitados junto ao TSE.

⁷¹ BRASIL. Código Eleitoral (1965). **Lei n. 4.737, de 15 de julho de 1965**, arts. 22, I, e; 29, I, e; 35, III.

⁷² BRASIL. Código Eleitoral (1965). **Lei n. 4.737, de 15 de julho de 1965**, art. 22, I, j.

judiciários eleitorais, o procedimento aplicável a quaisquer órgãos judiciários. Todavia, seu julgamento pela Justiça Eleitoral resulta em providência de conteúdo especializado.

No mandado de segurança, essa providência equivale à concessão (ou denegação) de segurança para o exercício de direitos políticos, como o direito a voto (do eleitor arbitrariamente excluído), a direito à realização de propaganda eleitoral (por vezes restringida em ofícios que ultrapassam a regulamentação legal) e o direito à diplomação (obstado, por exemplo, ante a notícia de ausência de requisito da candidatura que deveria ter sido suscitada à época do registro).

Na ação rescisória, a rescisão da decisão judicial transitada em julgado, embora motivada por vício em sua prolação, restabelece a elegibilidade outrora afastada.

Em ambos, a providência judicial assegura o exercício de direitos políticos ilegitimamente cerceado – seja por ato administrativo ilegal ou abusivo, seja por decisão judicial transitada em julgado –, preservando o âmbito institucionalizado da cidadania.

2.3.2 Atividade judicial não eleitoral

QUADRO 3 – AGRUPAMENTO 3: ATIVIDADE JUDICIAL NÃO ELEITORAL EXERCIDA EM PROCEDIMENTOS PREVISTOS NOS CÓDIGOS DE PROCESSO CIVIL E PENAL

ATIVIDADE JUDICIAL	PROVIDÊNCIA REQUERIDA	PROCEDIMENTO	AGRUPAMENTO
Concessão de ordem em <i>habeas corpus</i> ⁷³	Proteção à liberdade de locomoção	Código de Processo Penal, arts. 647 a 667.	Não se inserem na função judicial eleitoral.
Solução de incidentes procedimentais (conflitos de competência, exceções, requerimentos de desaforamento) ⁷⁴	Saneamento do procedimento judicial (definição do juízo competente, afastamento de juiz suspeito ou impedido).	Código de Processo Civil, arts. 116 a 124 e 304 a 314; Código de Processo Penal, arts. 427 e 428.	

Fonte: Elaborado pela autora

A exclusão desse terceiro agrupamento do âmbito da função judicial eleitoral faz-se com facilidade. Trata-se de providências que não acarretam a atribuição, modificação, ou extinção de direitos políticos ou a segurança a seu exercício. Além disso, os procedimentos respectivos não são definidos na legislação eleitoral.

Cabe mencionar, no caso do *habeas corpus*, que a providência pleiteada ao órgão judiciário é, invariavelmente, a proteção à liberdade de locomoção, direito fundamental que não se insere no âmbito do Direito Político, conforme apresentado na abertura da seção 2.3.

⁷³ BRASIL. Código Eleitoral (1965). **Lei n. 4.737, de 15 de julho de 1965**, arts. 22, I, e; 29, I, e; 35, III.

⁷⁴ BRASIL. Código Eleitoral (1965). **Lei n. 4.737, de 15 de julho de 1965**, arts. 22, I, b, c e i; 29, I, b, c e g.

QUADRO 4 – AGRUPAMENTO 4: ATIVIDADE JUDICIAL NÃO ELEITORAL EXERCIDA EM PROCEDIMENTOS PREVISTOS NA LEGISLAÇÃO ELEITORAL

ATIVIDADE JUDICIAL	PROVIDÊNCIA REQUERIDA	PROCEDIMENTO	AGRUPAMENTO
Julgamento de crimes eleitorais (tipificados como tal na legislação eleitoral, em especial no Capítulo II do Título IV do Código Eleitoral) ⁷⁵	Aplicação de penalidades tipicamente penais (detenção e multa).	Código Eleitoral, arts. 355 a 364 (aplicação subsidiária ou supletiva do Código de Processo Penal).	Não se inserem na função judicial eleitoral, embora pleiteadas em procedimentos previstos na legislação eleitoral.
Imposição de penalidades em função do descumprimento de normas da Lei n. 9.504/1997 ⁷⁶	Multa; suspensão da programação normal de emissoras de rádio e televisão; suspensão do conteúdo informativo de sítios da internet.	Lei n. 9.504/1997, art. 96.	
Análise de contas de órgãos partidários e de contas de campanha ⁷⁷	Homologação da contabilidade da campanha (aprovação das contas prestadas).	Lei n. 9.096/1994, arts. 30 a 37; Lei n. 9.504/1997, arts. 28 a 32.	

Fonte: Elaborado pela autora

O presente agrupamento comporta explanação mais detalhada, para testar a asserção segundo a qual a adoção de procedimento previsto na legislação eleitoral não é decisivo para a caracterização da função judicial eleitoral.

2.3.2.1 Julgamento de crimes eleitorais

A exclusão da competência penal dos órgãos judiciários eleitorais do âmbito da função judicial eleitoral parte do enfrentamento da seguinte questão: é possível falar em uma sobre-especialização da função judicial eleitoral, a saber, a penal? A resposta ao problema evoca a distinção, já referida, entre a situação substancial e a providência judicial almejada.

A atribuição de competência penal à Justiça Eleitoral é determinada em razão do fato ilícito apurado: a prática de crimes que vulneram bens jurídicos cuja preservação se faz necessária para o transcurso legítimo das eleições, tais como a higidez do Cadastro Eleitoral, a lealdade da disputa entre os candidatos, o livre exercício da propaganda eleitoral, o livre exercício do voto e a regular apuração dos resultados⁷⁸.

No entanto, o procedimento instaurado para apuração desses crimes encaminha,

⁷⁵ BRASIL. Código Eleitoral (1965). **Lei n. 4.737, de 15 de julho de 1965**, arts. 22, I, *d*; 29, I, *d*; 35, II.

⁷⁶ BRASIL. **Lei n. 9.504, de 30 de setembro de 1997**, art. 96, I a III.

⁷⁷ BRASIL. **Lei n. 9.096, de 19 de setembro de 1995**, art. 34; BRASIL. **Lei n. 9.504, de 30 de setembro de 1997**, arts. 30 e 96, I a III.

⁷⁸ Tais bens jurídicos são vulnerados, respectiva e exemplificativamente, pelos seguintes crimes previstos no Código Eleitoral: inscrição fraudulenta como eleitor (art. 289); calúnia eleitoral (art. 324); impedimento ao livre exercício da propaganda (art. 332); corrupção eleitoral (art. 299); adulteração de boletins de urna (art. 315).

como toda ação penal, o exercício da pretensão punitiva contra os autores de crimes. Eventual condenação do réu resulta na imposição de pena privativa de liberdade e multa, que não atuam sobre os direitos políticos do condenado. Logo, as providências judiciais resultantes da ação penal instaurada e desenvolvida perante os órgãos judiciários eleitorais não se distingue daquelas resultantes de ações penais de competência de outros órgãos.

Por essa razão, conclui-se que a atribuição de competência penal à Justiça Eleitoral não acarreta a formação de uma sobre-especialização da função judicial eleitoral. Há, simplesmente, *função judicial penal de competência dos órgãos judiciários eleitorais*. A atribuição de competência se justifica, como opção de política judiciária, porque esses ilícitos perturbam a organização das eleições e o exercício dos direitos políticos. Todavia, *sob o enfoque da providência judicial resultante do exercício dessa competência*, não há como sustentar sua especialidade.

Essa constatação repele a utilização da expressão *esfera cível-eleitoral*, frequentemente referida em julgamentos do TSE, sem maior aprofundamento teórico⁷⁹. O adjetivo “cível” é sinônimo de civil, “relativo ao cidadão e às relações dos cidadãos entre si, reguladas por normas do Direito Civil”⁸⁰. Mesmo sem adentrar nas possibilidades de

⁷⁹ Citem-se, como exemplos: “Recurso especial eleitoral. Falsidade ideológica eleitoral. Prequestionamento da matéria em embargos de declaração. Recebimento do recurso. Possibilidade. Precedentes. Absolvição sumária. Exceção à regra. Necessidade de comprovação de algum dos requisitos do art. 397 do Código de Processo Penal. Art. 350 do Código Eleitoral. Alegação de ausência de elemento subjetivo e de abuso de poder econômico. Conveniência de se prosseguir com a atividade instrutória. Aprovação da prestação de contas. *Independência das esferas cível-eleitoral e penal*. Irrelevância para o prosseguimento da ação penal. Precedente. Recurso ao qual se nega provimento.” (BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. **Recurso Especial Eleitoral n. 1445-66.2010.620.0057**, Relatora: Min. Cármen Lúcia Antunes Rocha, Brasília, 08 set. 2011. Disponível em: <<http://www.tse.jus.br/sadJudSjur/pesquisa/actionBRSSearch.do?toc=true&docIndex=0&httpSessionName=brsstateSJUT6032189§ionServer=TSE>>. Acesso em 02 abr. 2013.); “AGRAVO REGIMENTAL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. DENÚNCIA. RECEBIMENTO. INDÍCIOS DE AUTORIA E MATERIALIDADE. PRESENTES. FRAGILIDADE DO CONJUNTO PROBATÓRIO. REEXAME DE PROVA. IMPOSSIBILIDADE. *INSTÂNCIAS CÍVEL-ELEITORAL E CRIMINAL. INDEPENDÊNCIA*. DELINEAMENTO FÁTICO-PROBATÓRIO. VOTO VENCIDO. CONSIDERAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.1. O recebimento da denúncia requer apenas a demonstração de indícios de autoria e de materialidade, não se exigindo, nessa fase, prova robusta da conduta criminosa. Precedentes. [...] 4. A improcedência da ação eleitoral não obsta a propositura da ação penal pelos mesmos fatos, *já que a instância criminal é independente da cível-eleitoral*. Precedentes. 5. Agravo regimental desprovido.” (BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. **Agravo Regimental em Agravo de Instrumento n. 1369-40.2011.600.0000**, Relator: Min. Marcelo Henriques Ribeiro de Oliveira, Brasília, 22 nov. 2011. Disponível em: <<http://www.tse.jus.br/sadJudSjur/pesquisa/actionBRSSearch.do?toc=true&docIndex=0&httpSessionName=brsstateSJUT6032189§ionServer=TSE>>. Acesso em: 02 abr. 2013.).

⁸⁰ “Cível – (Lat. *civilis*.) Adj. 2g. Relativo ao cidadão e às relações dos cidadãos entre si, reguladas por normas do Direito Civil; trata-se de variante do adj. civil, com deslocação do acento” (SANTOS, Washington dos. *Cível*. In: **Dicionário jurídico brasileiro**, Belo Horizonte: Del Rey, 2001).

contestação da própria terminologia “cível”⁸¹, a derivação de uma espécie híbrida, “cível-eleitoral”, mostra-se despropositada. A uma, porque seu subentendido par dicotômico, a esfera “penal-eleitoral”, é uma construção falha. A duas, porque, conforme visto na abertura da seção 2.3, a atividade judicial tipicamente eleitoral não se debruça sobre questões de “Direito Civil”, mas, sim, de Direito Político.

2.3.2.2 Penalização do descumprimento de normas da Lei n. 9.504/1997

Esse elenco de penalidades é distinto daquele inserido no agrupamento 1, embora igualmente submetido ao procedimento do art. 96 da Lei n. 9.504/1997. Isso porque as providências judiciais aqui arroladas – multa pecuniária, suspensão da programação normal de emissoras de rádio e televisão e suspensão do conteúdo informativo de sítios da internet – não incidem diretamente sobre direitos políticos. Por conseguinte, não integram, conforme os parâmetros estabelecidos no presente trabalho, a função judicial eleitoral.

2.3.2.3 Análise de contas de órgãos partidários e de contas de campanha

O conteúdo do julgamento da prestação de contas limita-se a pronunciamento sobre sua regularidade (considerando-se as contas aprovadas, desaprovadas, aprovadas com ressalvas ou não prestadas) e sobre o cabimento – no caso de das contas de órgãos partidários – da penalidade de suspensão de cotas do fundo partidário. Logo, não se trata de providências que incidem diretamente sobre direitos políticos, ainda que os procedimentos em que determinadas sejam previstos na legislação eleitoral.

Deve-se atentar que o critério proposto para a caracterização da função judicial como eleitoral toma por referência as providências *judiciais*, isto é, intrínsecas à decisão judicial. Esse *conteúdo* da atividade judicial não se confunde com eventuais efeitos *ex lege* da decisão, isto é, efeitos automáticos e extrínsecos previstos em lei para incidir em uma

⁸¹ A contestação pode se encaminhar a partir: 1) da negação do estabelecimento de direitos subjetivos como vínculos relacionais entre pessoas decorrentes da atribuição legal de poderes e faculdades, pois estes “não significam faculdades e poderes de um titular de direito sobre atos de outras pessoas, mas são prerrogativas que derivam da norma e que qualificam o ato do próprio agente em relação a sua própria conduta” (GONÇALVES, Aroldo Plínio. **Técnica processual e teoria do processo**. 2. ed.. Belo Horizonte: Del Rey, 2012, p. 81.); 2) da não identificação entre civil e cidadão, por ser aquele o sujeito patrimonializado que tem “o povo, cidadanizado ou não, sob comando”, entendendo-se por “povo, quando adotado pelos civis [...], o coletivo de cidadãos, livres de sua vida errante, vadia, despossuída” (LEAL, Rosemiro Pereira. *Processo civil e sociedade civil*. **Virtuajus**, ano 4, n. 2, dez. 2005. Disponível em: < http://www.fmd.pucminas.br/Virtuajus/2_2005/Docentes/PDF/processo%20civil%20e%20sociedade%20civil.pdf > . Acesso: em 09 fev. 2013).

determinada situação. Esses efeitos não constituem atos performativos dos órgãos judiciários porque independem de pronúncia destes.

Essa distinção é relevante porque a não apresentação de contas de campanha pode resultar em dois gravames incidentes sobre direitos políticos: impedimento da diplomação do candidato eleito⁸² e impedimento à obtenção de quitação eleitoral⁸³. Isso poderia sugerir que o julgamento das contas de campanha se inserisse no âmbito da função judicial eleitoral. No entanto, esses gravames não são providências a cargo do órgão judiciário encarregado de julgar as contas, mas efeitos extrínsecos, cuja incidência é regida pela legislação que vigorar *no momento do exercício dos direitos políticos atingidos*, isto é, da diplomação ou do requerimento de certidão de quitação eleitoral. A providência judicial se limita à declaração das contas como *não prestadas*, sendo este o conteúdo sujeito a imutabilidade em decorrência do trânsito em julgado da decisão.

A hipótese é similar aos casos em que a *inelegibilidade* é prevista como efeito *ex lege* das situações descritas na Lei Complementar n. 64/1990, art. 1º, I. Conforme já sustentado em outra oportunidade, “o impedimento à aquisição de elegibilidade [...] não decorre da aplicação de uma sanção expressamente declarada na decisão condenatória, mas, sim, de uma previsão genérica e abstrata que incide sobre a situação jurídica constituída”⁸⁴.

2.4 Considerações finais do Capítulo

O alinhamento efetuado neste Capítulo não constitui preciosismo. A presente pesquisa debruça-se sobre a investigação do caráter democrático da *função judicial eleitoral*. O que se perquire é como essa atividade específica, composta por decisões judiciais que atuam diretamente sobre direitos políticos, deve ser conformada no Estado Democrático de Direito.

Essa conformação, teórica, será confrontada com as normas legais vigentes que orientam o exercício da função judicial eleitoral brasileira. Os procedimentos nos quais

⁸² “A inobservância do prazo para encaminhamento das prestações de contas impede a diplomação dos eleitos, enquanto perdurar”. (BRASIL. **Lei n. 9.504, de 30 de setembro de 1997**, Art. 29, §2º.).

⁸³ “A certidão de quitação eleitoral abrangerá exclusivamente a plenitude do gozo dos direitos políticos, o regular exercício do voto, o atendimento a convocações da Justiça Eleitoral para auxiliar os trabalhos relativos ao pleito, a inexistência de multas aplicadas, em caráter definitivo, pela Justiça Eleitoral e não remetidas, e a apresentação de contas de campanha eleitoral”. (BRASIL. **Lei n. 9.504, de 30 de setembro de 1997**, art. 11, §7º.).

⁸⁴ GRESTA, Roberta Maia *et al.* Por que a lei da ficha limpa incide sobre situações jurídicas constituídas antes de sua vigência: duas objeções superadas. In: SOARES, Igor Alves Norberto *et al* (org.). **Coletânea de artigos jurídicos NAP 2011**, 1. ed., Curitiba, PR: CRV, 2012, p. 195-220.

proferidas as decisões judiciais eleitorais serão, então, *arguidos* quanto a sua aptidão para atender à principiologia democrática. Deve, pois, estar fora de dúvida que esses procedimentos não são tomados como premissa, de modo que se mantém aberta a possibilidade de sua profunda contestação.

Quanto à atividade administrativa e à atividade judicial *não eleitoral* a cargo dos órgãos judiciários eleitorais, seu descarte do âmbito de configuração do objeto da pesquisa não implica em desconsiderar a necessidade de problematização de seu déficit democrático. Apenas reconhece-se que essa tarefa suplanta os limites do presente trabalho.

Delimitado o objeto da pesquisa, cumpre explicitar o parâmetro de aferição do caráter democrático da função judicial eleitoral. Trata-se de apresentar a concepção de democracia que norteia a investigação, o qual toma por referência três palavras-chave: *participação, interesse e processo*.

O sentido de cada uma das palavras-chave será desenvolvido nos três Capítulos seguintes, a partir da abordagem de três pares: a) participação e representação; b) legitimidade e legitimação; c) processualidade e procedimentalidade.

Com a primeira distinção, adentra-se o debate sobre a restrição da participação na teorização da democracia e a recente resposta encaminhada pelo prestígio a mecanismos participativos, sustentando-se sua necessária extensão ao âmbito judicial. Com a segunda, apresenta-se a autoproclamação da condição de interessado como critério legitimante da participação, independentemente de outorga legal expressa. Com a terceira, encaminha-se a crítica acerca da insuficiência da procedimentalidade para assegurar a assimilação institucional da participação, o que torna imprescindível a demarcação prévia da teoria processual suplicada pelo Estado Democrático de Direito.

3 CONFIGURAÇÃO JURÍDICA DA PARTICIPAÇÃO COMO ELEMENTO NUCLEAR DA DEMOCRACIA

A correlação entre democracia e participação não é óbvia, tampouco uniforme. Conforme aponta Simone Goyard-Fabre em abertura a sua obra *O que é democracia*, o mundo contemporâneo assiste “ao avanço explosivo do ‘fator democrático’”, que não se traduz na “constância identitária de seu conceito”⁸⁵. No embate de sentidos interno à noção de democracia, destaca-se a distinção entre democracia representativa e democracia participativa, que opõe a tomada de decisões públicas por “foros representativos” àquela por “institutos de participação popular direta”⁸⁶.

O percurso histórico da Modernidade aponta para o triunfo ideológico do modelo representativo – tendencialmente elitizado – como única forma viável de democracia. Todavia, críticas às deficiências da representação política fizeram recrudescer, na Contemporaneidade, a ideia de participação como elemento nuclear da democracia.

O presente Capítulo problematiza as compreensões de representação e participação na teorização da democracia e, ultrapassando o foco sociológico-político de algumas propostas de intensificação da participação, aborda sua perspectiva jurídica, apresentando-a como diretriz do exercício da função judicial.

3.1 Povo e participação na teorização antiga da democracia: breves apontamentos

Apesar de a Modernidade haver consolidado o modelo representativo de democracia, não se deve supor que a desconfiança em relação à participação foi forjada nesse período. Desde os albores da filosofia política, no século V a.C., a democracia foi criticada por estipular igualdade de modo aritmético, desconsiderar o mérito e favorecer a indisciplina do povo⁸⁷. A preocupação em conter os riscos da tomada coletiva de decisões, em especial a instabilidade, o individualismo exacerbado e a apatia, surge concomitantemente com a própria democracia.

Goyard-Fabre⁸⁸ explica que o reclame de participação que gesta a democracia grega

⁸⁵ GOYARD-FABRE, Simone. **O que é democracia?** A genealogia filosófica de uma grande aventura humana. Tradução de Claudia Berliner. São Paulo: Martins Fontes, 2003. (Justiça e direito), p. 1.

⁸⁶ PEREIRA, Rodolfo Viana. **Tutela coletiva do direito eleitoral**, p. 136.

⁸⁷ GOYARD-FABRE, Simone. **O que é democracia?** A genealogia filosófica de uma grande aventura humana, p. 23-24.

⁸⁸ GOYARD-FABRE, Simone. **O que é democracia?** A genealogia filosófica de uma grande aventura humana, p. 18-57.

não perpassa a ampla inclusão da população na tomada de decisões públicas. O movimento histórico-político democrático surge em oposição a um aspecto específico da oligarquia: a distribuição de cargos da Cidade-Estado por critérios de nobreza e riqueza. A proposta é substituir esses critérios pelo de sorteio entre os *cidadãos* – entendidos estes como homens, nascidos em Atenas, acima de dezoito anos e em certa condição econômica.

Já então se distingue a população (*plethos*) do povo (*demos*): este, o corpo cívico, detentor da liberdade coletiva condutora da autonomia (decisão sobre as leis às quais se submeteriam); aquela, a multidão, a “massa de pessoas [...] cega e insensata geralmente alvo de desprezo”⁸⁹. A Cidadania “se define pela participação nos poderes públicos, deliberativo e judiciário”, mas vincula-se, em obediência ao pensamento aristotélico, à *virtude cívica*. Esta, proveniente do nascimento, “não é uma qualidade da multidão, muitas vezes atolada na indiferença: o povo cidadão não é o povo-massa que a passividade torna pesado e lânguido”⁹⁰.

Além de não pretender alcançar indistintamente a população, a proposta grega de participação democrática não cogita da defesa pública de direitos individuais, mas, sim, do exercício da liberdade coletiva. Essa liberdade, segundo Benjamin Constant, significa “exercer coletiva, mas diretamente, várias partes da soberania inteira”, o que tem por pressuposto “a submissão completa do indivíduo à autoridade do todo”⁹¹.

Karl Popper⁹² alerta que, para justificar a absoluta prevalência da decisão coletiva sobre a vontade individual, Platão, idealizador da *República*, forjou uma identificação entre egoísmo e individualismo destinada a conter, no contexto de derrocada do poder tribal e ascensão da democracia, os efeitos desagregadores da emancipação individual. Preocupavam a Platão a profusão de “experiências particulares e específicas” e “a variedade do mundo cambiante das coisas sensíveis”, de modo que “no campo da política, para Platão, o indivíduo era a personificação do demônio”⁹³.

Assim é que a doutrina platônica, difundida no nascedouro da democracia, propugna

⁸⁹ GOYARD-FABRE, Simone. **O que é democracia?** A genealogia filosófica de uma grande aventura humana, p. 46.

⁹⁰ GOYARD-FABRE, Simone. **O que é democracia?** A genealogia filosófica de uma grande aventura humana, p. 49.

⁹¹ CONSTANT, Benjamin. **Da liberdade dos antigos comparada à dos modernos**. Discurso proferido no Ateneu Real de Paris em 1819. Texto publicado na Revista filosófica política n. 2, 1985. Disponível em <<http://caosmose.net/candido/unisinos/textos/benjamin.pdf>>. Acesso em: 01 ago. 2013, p. 1.

⁹² POPPER, Karl. Individualismo *versus* coletivismo. In: MILLER, David (org.). **Textos escolhidos**: Popper. Tradução Vera Ribeiro. Rio de Janeiro: Contraponto: Ed. PUC-Rio, 2010. Cap. 27, p. 329-335.

⁹³ POPPER, Karl. Individualismo *versus* coletivismo, p. 333.

que “anti-individualismo é o mesmo que altruísmo”⁹⁴: o cidadão é aquele que se coloca em permanente estado de mobilização em favor da coletividade, disciplina-se a não agir com independência, submete-se em tempos de guerra ou paz às ordens de um comandante e propõe-se a viver em total comunhão com seus concidadãos. Essa doutrina plantou o germe da visão homogeneizante da sociedade, apregoando a solução de questões coletivas com sacrifício dos interesses individuais, reputados egoísticos.

A identificação dessas nuances conduz a uma configuração própria da democracia participativa na Antiguidade, na qual preponderam a seletividade da participação e o subjugo da individualidade.

3.2 Povo e representação na teorização moderna da democracia

No percurso político-filosófico da Antiguidade para a Modernidade⁹⁵, os aspectos apontados desdobram-se de modos distintos. A seletividade da participação é absorvida como elemento natural frente às dimensões das nações modernas, a ponto de o envolvimento direto dos cidadãos na tomada de decisões ser encarado como irrelevante⁹⁶. Diversamente, o subjugo da individualidade torna-se objeto de preocupação dos modernos, que se dedicam à defesa de uma esfera de atuação privada a ser resguardada contra a ingerência das decisões públicas. Essa defesa se encaminha não pela revisão dos pares platônicos individualismo/egoísmo e coletivismo/altruísmo, mas pela formulação do contrato social, que “recorda ao senhor que os poderes não se originam dele mesmo, nem de um ‘direito divino’ somente, mas estão vinculados à concordância dos súditos”⁹⁷.

O conformismo com a impossibilidade de participação direta na tomada de decisões e a reivindicação de exercício do poder pelo monarca em bases legítimas convergem para um ponto comum: a enunciação da democracia representativa, feita a partir da percepção de

⁹⁴ POPPER, Karl. Individualismo *versus* coletivismo, p. 333.

⁹⁵ Esse percurso atravessa a descrença medieval em relação à democracia, centrada na “sobrevivência desse lugar-comum [...] que sempre vê o povo como ‘populacho’”, ante o qual “parecia impossível ter qualquer confiança na multidão popular, enfiada em sua mediocridade natural” (GOYARD-FABRE, Simone. **O que é democracia?** A genealogia filosófica de uma grande aventura humana, p. 93). Sua pormenorização foge ao enfoque da presente dissertação, mas pode ser vista na obra citada de Goyard-Fabre, p. 58-94.

⁹⁶ Afirma Constant: “[...] a extensão de um país diminui muito a importância política que toca, distributivamente, a cada indivíduo. O republicano mais obscuro do Roma e de Esparta era uma autoridade. Não acontece o mesmo com o simples cidadão da Grã-Bretanha ou dos Estados Unidos. Sua influência pessoal é um elemento imperceptível da vontade social que imprime ao governo sua direção”. (CONSTANT, Benjamin. **Da liberdade dos antigos comparada à dos modernos**, p. 2.).

⁹⁷ HÖFFE, Otfried. **Justiça política**: fundamentação de uma filosofia crítica do direito e do estado. Tradução de Emildo Stein. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 398. Höffe relaciona entre os representantes da teoria do contrato social: Althusius, Grotius, Hobbes, Spinoza, Locke, Wolff, Rousseau e Kant.

que *povo* é “um paradigma poderoso que a política não pode negligenciar”⁹⁸. Essa percepção é de tal modo relevante que assinala o nascimento da ciência política.

3.2.1 *Povo como fundamento teórico da democracia representativa no pensamento político dos séculos XVI e XVII*

No início do século XVI, o renascentista Nicolau Maquiavel⁹⁹ vale-se da retórica exaltação das virtudes do povo, reconhecidas na Antiguidade, para fornecer diretrizes passíveis de aproveitamento para os governos modernos. Maquiavel discorre sobre o surgimento da República romana, estabelecendo um contraponto opinativo em relação ao historiador Tito Livio. Este afirmara que “não há nada mais instável e inconstante que a multidão”, mas Maquiavel assegura que essa afirmação padece de falta de critério, porque compara uma multidão *descontrolada* e um príncipe *sujeito a limitações constitucionais*. Como correção, propõe que duas comparações sejam conduzidas: uma, entre a multidão sem controle e o príncipe que se impõe pela violência e não se sujeita a quaisquer consequências por seus atos; outra, entre a multidão controlada por leis, a que denomina *povo*, e o príncipe constitucionalmente limitado. Afirma, então, que:

[...] um povo comandado, se devidamente ordenado, será tão estável, prudente e grato quanto um príncipe, ou mais que este, não importa quão sábio considere-se este; e, de outro lado, um príncipe, se liberto do controle das leis, será mais ingrato, instável e imprudente que um povo¹⁰⁰.

Maquiavel considera que o povo possui virtudes não detidas pelo príncipe, tais como a maior honestidade na escolha dos magistrados e menor volubilidade, e avalia como menores e menos graves os erros cometidos pelo povo. Observa, ademais, que o povo, em momento de turbulência, pode ser convencido pelo diálogo a retomar a normalidade, o que não ocorre com um príncipe perverso¹⁰¹.

As virtudes atribuídas por Maquiavel ao povo, ainda que amparadas na análise de fatos da Antiguidade, de modo algum o conduzem a defender a tomada coletiva de decisões

⁹⁸ GOYARD-FABRE, Simone. **O que é democracia?** A genealogia filosófica de uma grande aventura humana, p. 109.

⁹⁹ MAQUIAVEL, Nicolau. I, 58, La moltitudine è più savia e più costante che uno principe. In: **Discorsi sopra la prima deca di Tito Livio**. Revisão de Claudio Paganelli. Obra de domínio público, 1 ed. eletrônica. Disponível em: <<http://www.dominiopublico.gov.br/download/texto/lb000892.pdf>>. Acesso em: 01 ago. 2013.

¹⁰⁰ Tradução do original: “[...] un popolo che comandi e sia bene ordinato, sarà stabile, prudente e grato non altrimenti che un principe, o meglio che un principe, eziandio stimato savio; e dall'altra parte, un principe, sciolto dalle leggi, sarà ingrato, vario ed imprudente più che un popolo.” (MAQUIAVEL, Nicolau. **Discorsi sopra la prima deca di Tito Livio**, p. 73.

¹⁰¹ MAQUIAVEL, Nicolau. **Discorsi sopra la prima deca di Tito Livio**, p. 74.

em moldes antigos. Seu principal argumento para prestigiar a República é considerar mais fácil impor controle a uma multidão exaltada do que a um príncipe descomedido. Conforme observa Goyard-Fabre, “no seu íntimo, Maquiavel teme os excessos e as inépcias das democracias e repete que é preciso ‘conter’ os súditos”¹⁰².

A representação vem a ser, precisamente, o mecanismo de contenção social adotado pelos modernos.

Cristina Buarque de Hollanda observa que o *pacto social*, meio de controle da multidão teorizado por Hobbes, abandona a premissa da Antiguidade de que o corpo cívico é formado por “sujeitos que independem do ato representativo para constituir sua identidade pública”¹⁰³. Na Modernidade, a representação política é *pressuposto* da constituição do corpo cívico: só há povo onde antes se instituiu o representante desse povo. Segundo a autora:

Na perspectiva de Hobbes, o sujeito político sucede, e não antecede, o ato de autorização que institui o representante. No tempo hipotético que precede a política, apenas existe uma multidão amorfa a que não se pode ainda nomear povo. [...]

[...] Sua identidade como povo é resultado da ação do representante que instituiu ainda na qualidade de multidão, o que constitui um paradoxo não resolvido no texto hobbesiano. Ao representar cada um dos indivíduos da multidão e unir a vontade de todos numa só, o soberano produz uma totalidade que não poderia existir antes. Dessa maneira, funda o reconhecimento generalizado de todos em um corpo só.

[...]

A representação política é o instrumento que torna possível a harmonização entre os sujeitos singulares, constituídos por um egoísmo essencial, e a vida comum em sociedade, que supõe doação ao coletivo.¹⁰⁴

Assim, a integração ao corpo cívico não se dá como exercício da prerrogativa/dever de participar da função pública, mas como modo de se ver, a multidão, dignificada por seu reconhecimento como uma unidade. O pacto se forma como concordância dos representados em submeter sua própria beligerância a domesticação. A contrapartida é o exercício do poder, pelo representante, no bem de *todos* – aí considerados aqueles que não se opõem ao exercício do poder. A soberania é previamente alienada, pelo povo, ao representante, como única forma de conter o risco de extermínio inerente à liberdade irrestrita.

¹⁰² GOYARD-FABRE, Simone. **O que é democracia?** A genealogia filosófica de uma grande aventura humana, p. 109.

¹⁰³ HOLLANDA, Cristina Buarque de. **Modos da representação política:** o experimento da Primeira República brasileira. Belo Horizonte: Editora UFMG; Rio de Janeiro: IUPERJ, 2009, p. 45.

¹⁰⁴ HOLLANDA, Cristina Buarque de. **Modos da representação política**, p. 45-51.

A concepção de Hobbes encerra o germe do *mandato representativo*¹⁰⁵, que rompe com a noção feudal de *mandato imperativo*. Explica Goyard-Fabre que, no mandato imperativo, “o representante ou eleito está obrigado por instruções dos representados ou dos eleitores, sem poder afastar-se delas; em outras palavras, o mandatário põe-se a realizar o ato que o mandante o encarregou de executar”, atuando como *simples comissário*¹⁰⁶. Já no mandato representativo, o representado transfere ao representante toda autoridade, de modo que é o mandante (povo) que se vê vinculado pelos atos praticados pelo mandatário (Estado). Nessa etapa de incipiente delineamento do mandato representativo, Hobbes, embora sem se ocupar da defesa da democracia, prepara um de seus postulados modernos: “a identidade jurídica entre o povo-nação e seus representantes” e o “acordo e assentimento do povo” com o governo¹⁰⁷.

O posto de “porta-voz do regime democrático”¹⁰⁸ viria a ser outorgado a Jean-Jacques Rousseau, em função da elaboração do conceito de *soberania popular*. Isso porque o autor, ao contestar a ideia de que o povo transfere soberania ao príncipe, parece corroborar a defesa do governo *do povo e pelo povo*, ampliando o cânone democrático cunhado por Hobbes. É preciso problematizar essa compreensão.

Não se nega que a obra de Rousseau, ao contrário da de Hobbes, se distancia da severa visão platônica sobre a natureza humana e a vida em sociedade. Rousseau sustenta que “a configuração do corpo social não é [...] uma derivação do representante, mas fruto da adesão de cada um dos homens à vontade unificadora”, de modo que o povo conserva sua

¹⁰⁵ Goyard-Fabre atribui a Sieyès a formulação clara da noção de mandato representativo, em 1788, mas aponta que seu núcleo fora traçado por Hobbes. (GOYARD-FABRE, Simone. **O que é democracia?** A genealogia filosófica de uma grande aventura humana, p. 128-129)

¹⁰⁶ GOYARD-FABRE, Simone. **O que é democracia?** A genealogia filosófica de uma grande aventura humana, p. 128-129.

¹⁰⁷ GOYARD-FABRE, Simone. **O que é democracia?** A genealogia filosófica de uma grande aventura humana, p. 132.

¹⁰⁸ A expressão é de Goyard-Fabre, que contesta esse entendimento corrente e considera um erro “encontrar sob a pena de Rousseau uma defesa da democracia à qual atribuíram uma ressonância política pragmática”. (GOYARD-FABRE, Simone. **O que é democracia?** A genealogia filosófica de uma grande aventura humana, p. 152-169.). A autora, em passagem anterior, exalta a proposta política emancipatória de Benedict de Spinoza, cuja obra, produzida no séc. XVII, “está dominada pela ideia de liberdade: liberdade de pensamento e de julgamento, mas também autodeterminação em conformidade com a razão”. (GOYARD-FABRE, Simone. **O que é democracia?** A genealogia filosófica de uma grande aventura humana, p. 145.). Diferentemente de Hobbes e Rousseau, Spinoza coloca a liberdade não apenas na base do pacto social, mas como finalidade visada pela política, e defende a democracia como modo político capaz de assegurar o respeito à liberdade. (SPINOZA, Benedict de. **A Theologico-Political Treatise**, 1670. Translated by R. H. M. Elwes, July, 1997. Domínio público. Disponível em: <<http://www.dominiopublico.gov.br>>. Acesso em: 15 ago. 2013.). O discurso foi desaprovado na época, por incutir a insurgência contra a servidão. (GOYARD-FABRE, Simone. **O que é democracia?** A genealogia filosófica de uma grande aventura humana, p. 150-152.).

soberania¹⁰⁹. Ademais, defende a possibilidade de modificação virtuosa do ser humano, com a superação de seu egoísmo natural, pela celebração do contrato social. Este, ao reunir a multidão e instituí-la como povo, é apto a “alterar a constituição do homem a fim de reforçá-la”, arrebatando-lhe “as forças que lhe são inerentes, para lhe dar forças estranhas, das quais ele não possa fazer uso sem a ajuda alheia”¹¹⁰.

No entanto, como adverte Goyard-Fabre, a soberania popular, para Rousseau, encontra-se na base da formação de *qualquer* sociedade civil, *ainda que não democrática*. Desse modo, vários regimes de governo podem brotar da relação entre os cidadãos que “participam da autoridade soberana” e os súditos que se submetem “às leis do Estado”¹¹¹. Além disso – prossegue a autora¹¹² – se na democracia *ideal* concebida por Rousseau o governo de muitos parece aproximar a vontade governamental da vontade geral, nas democracias *reais* o filósofo identifica o predomínio de vontades particulares e o aumento da instabilidade e da lentidão das decisões proporcionalmente ao número de membros do corpo governamental.

Ademais, a *vontade geral* atua apenas como um princípio regulador da noção de criação da lei pela autoridade soberana (povo) em prol do bem comum dos súditos. A interpretação da vontade geral é papel do legislador – um “homem extraordinário” que, conhecedor de todas as paixões, não serve a nenhuma delas e, assim, pode se ocupar da felicidade de todos sem procurar a própria glória. Rousseau não se mostra otimista em relação ao adequado desempenho concreto da tarefa legislativa, a qual, como a própria democracia, só parece encontrar êxito em uma dimensão idealizada: “haveria necessidade de deuses para dar leis aos homens”¹¹³.

¹⁰⁹ HOLLANDA, Cristina Buarque de. **Modos da representação política**, p. 52.

¹¹⁰ ROUSSEAU, Jean-Jacques. **Do contrato social**. Tradução Rolando Roque da Silva. Edição eletrônica: Ridendo Castig Mores, [s. a.], p. 55.

¹¹¹ GOYARD-FABRE, Simone. **O que é democracia?** A genealogia filosófica de uma grande aventura humana, p. 160-161.

¹¹² GOYARD-FABRE, Simone. **O que é democracia?** A genealogia filosófica de uma grande aventura humana, 162-165.

¹¹³ A passagem na qual se encontra esse pensamento merece transcrição: “Para descobrir as melhores regras de sociedade convenientes às nações, far-se-ia preciso uma inteligência superior que visse todas as paixões e não provasse nenhuma; que não tivesse nenhuma relação com nossa natureza e a conhecesse no íntimo; cuja felicidade fosse independente de nós, e que, portanto, quisesse ocupar-se da nossa; enfim que, no progresso dos tempos, procurando-se uma glória longínqua, pudesse trabalhar em um século e usufruir em outro. Haveria necessidade de deuses para dar leis aos homens. [...] é verdade que um grande príncipe é também um homem raro; como não há de sê-lo um grande legislador? [...] O legislador, a todos os respeito, é no Estado um homem extraordinário. [...] O emprego [...] é uma função particular e superior, que nada tem de comum com o império humano; porque, se quem dirige os homens não deve dirigir as leis, quem dirige as leis não deve, pela mesma razão, dirigir os homens; do contrário, suas leis, ministras de suas paixões, perpetuariam muitas vezes

Adiante, Rousseau afirma que “não é conveniente que quem redija as leis as execute”¹¹⁴. Essa afirmação não trata de dividir as funções estatais entre homens diversos, mas, sim, de excluir o povo da condução da coisa pública, com o objetivo de prevenir a interferência de vontades particulares. Se o povo é quem, pela vontade geral, dirige as leis, não deve dirigir os homens – ou seja, governar. Segundo explica:

Sendo os cidadãos todos iguais em virtude do contrato social, todos podem prescrever o que todos devem fazer, ao passo que ninguém tem o direito de exigir que outro faça aquilo que ele mesmo não faz. Ora, é esse direito propriamente, indispensável para fazer viver e mover o corpo político, que o soberano [povo] outorga ao príncipe ao instituir o governo.¹¹⁵

A potência soberana do povo assume, assim, apenas dimensão unificadora, a qual compreende a fonte, a natureza e a finalidade da vontade geral: “[...] nasce da unanimidade daqueles que formam o corpo político; [...] exprime a unidade do ‘eu comum’ da República; [...] tem o bem comum como meta”¹¹⁶. Posta em ação na aprovação das leis, a vontade geral não prescinde de uma “potência prática de execução”¹¹⁷, o governo. Como este “outra coisa não é senão a força aplicada à lei”¹¹⁸, a soberania popular não é vulnerada por regimes de governo não populares.

Aliás, nem mesmo na construção de seu modelo ideal de democracia, Rousseau sustenta que o governo deva ser exercido pelo povo¹¹⁹. O autor se mostra francamente

suas injustiças, e ele jamais poderia evitar que intuítos particulares alterassem a santidade de sua obra” (ROUSSEAU, Jean-Jacques. **Do contrato social**, p. 56-58.).

¹¹⁴ ROUSSEAU, Jean-Jacques. **Do contrato social**, p. 93.

¹¹⁵ ROUSSEAU, Jean-Jacques. **Do contrato social**, p. 135. Interessante notar que, na sequência do trecho citado, Rousseau nega que o contrato social se institua entre o povo e o príncipe (governo). Ao criticar a posição que enxerga na constituição do governo “um contrato entre o povo e os chefes por eles nomeados, contrato pelo qual se estipulava entre as duas partes as condições que obrigavam um a comandar e outro a obedecer”, Rousseau é categórico: “[...] a autoridade suprema não pode modificar-se nem alienar-se; limitá-la equivale a destruí-la. É absurdo e contraditório que o soberano se outorgue um superior”. Confirma-se, assim, que o contrato social é um pacto de associação estabelecido entre iguais para a instauração da sociedade civil, cujas leis devem ser definidas por todos.

¹¹⁶ GOYARD-FABRE, Simone. **O que é democracia?** A genealogia filosófica de uma grande aventura humana, p. 158.

¹¹⁷ GOYARD-FABRE, Simone. **O que é democracia?** A genealogia filosófica de uma grande aventura humana, p. 158.

¹¹⁸ ROUSSEAU, Jean-Jacques. **Do contrato social**, p. 97.

¹¹⁹ Apenas a *instituição* do governo deve caber ao povo. Rousseau considera que, para tanto, ocorre “a súbita conversão da soberania em democracia”, assumindo o povo, temporariamente, a função de executar a lei que determinou o modo de escolha dos governantes. Embora o filósofo se utilize da expressão “superioridade do governo democrático” para se referir à facilidade com que a assembleia de cidadãos se torna, “por um simples ato da vontade geral”, momentaneamente uma executora das leis, vê-se que esse *governo* tem destinação temporária: empossado o governo propriamente dito, “tudo entra novamente na normalidade” (ROUSSEAU, Jean-Jacques. **Do contrato social**, p. 137-138).

favorável à aristocracia eletiva, porque “a ordem mais justa e natural é a em que os mais sábios governam a multidão”¹²⁰. Conforme sustenta, desde que pela vontade geral sejam instituídas as leis e escolhidos os governantes, não há razão para “fazer com vinte mil homens o que cem homens escolhidos fazem ainda melhor”, nem, tampouco, para se contestar “certa desigualdade de riqueza”. A maior condição econômica da classe governante se justifica “para que em geral a administração dos negócios públicos seja confiada aos que vem dela cuidar, empregando todo o seu tempo”¹²¹.

O que faz degenerar a democracia, para Rousseau, é que as leis sejam *produzidas* por representantes, porque isso caracteriza a transferência da própria soberania, a dissipação da vontade geral e o retorno do povo ao estado de multidão. Daí a crítica que dirige à realidade das nações modernas ditas democráticas, as quais, em função de transformações sociais e econômicas, já não permitem que os cidadãos votem diretamente suas leis, como se fazia na Antiguidade¹²². A não percepção da distinção entre soberano (povo) e o corpo intermediário, executor das leis soberanas (governo), permite que este usurpe a função daquele. Tem-se o triunfo da “potência executora sobre a legisladora”, vício que fatalmente conduzirá aquelas nações à degenerescência e, enfim, ao “nada político”¹²³.

É nesse contexto de desmantelamento da vontade geral que, segundo Rousseau, a Modernidade concebe a representação política como necessária. Quando os cidadãos se vêm desprovidos de escravos, passam a temer a miséria e são levados a renunciar à própria liberdade política para dedicar-se ao comércio e à acumulação de riquezas. Na perspectiva rousseauiana, a generalização do *status libertatis* consistiu em fator decisivo para inviabilização da democracia real: “[...] o cidadão só pode ser perfeitamente livre se o escravo for perfeitamente escravo”¹²⁴.

Portanto, a objeção expressa de Rousseau à representação política é desdobramento lógico de sua afirmação da inalienabilidade da soberania – acomodável em *qualquer* regime de governo – e *não* defesa do regime democrático¹²⁵, quanto menos de retorno à democracia direta. Para o filósofo, as condições reais de existência desta, se um dia minimamente

¹²⁰ ROUSSEAU, Jean-Jacques. **Do contrato social**, p. 97.

¹²¹ ROUSSEAU, Jean-Jacques. **Do contrato social**, p. 97-98.

¹²² ROUSSEAU, Jean-Jacques. **Do contrato social**, p. 129-134.

¹²³ GOYARD-FABRE, Simone. **O que é democracia?** A genealogia filosófica de uma grande aventura humana, p. 175.

¹²⁴ ROUSSEAU, Jean-Jacques. **Do contrato social**, p. 133.

¹²⁵ É o que também conclui Goyard-Fabre: “Rousseau nunca quis enunciar uma defesa da democracia”. (GOYARD-FABRE, Simone. **O que é democracia?** A genealogia filosófica de uma grande aventura humana, p. 170).

existiram, perderam-se com a expansão territorial das nações e o fim da escravidão.

3.2.2 Apropriação da democracia representativa pelos movimentos revolucionários do século XVIII

Apesar de possuírem inconciliáveis fundamentos teóricos, as concepções de democracia de Hobbes e Rousseau vêm a ser fundidas no ideário do movimento revolucionário francês do século XVIII. Isso ocorre pela confecção de um discurso fundador fortemente ideológico¹²⁶, que unifica a *vontade geral* e a *representação política* na noção de *vontade geral representativa*, em prol da superação de privilégios estamentais:

[...] a vontade geral representativa de [Emmanuel Joseph] Sieyès [...] supõe as ideias de identidade e alteridade: identidade porque seu fundamento moral está no conceito de soberania popular e cada homem deve se reconhecer como membro do povo (ou nação); e alteridade porque seu produto é de natureza exterior aos indivíduos e incide sobre eles na forma de autoridade.¹²⁷

A preocupação de Sieyès é prática. Ele vê na convocação da Assembleia dos Estados Gerais para debater a reforma político-administrativa, em maio de 1789, a oportunidade para alavancar o *terceiro estado*, composto por burgueses e trabalhadores sem privilégios que suportavam a carga de impostos, a uma nova posição de proeminência social e política. Percebe que o alcance desse objetivo depende, todavia, de alteração do sistema de votação dos Estados Gerais, computando-se o voto *por cabeça* e não *por estado* dos representantes convocados¹²⁸.

Par fundamentar a alteração do sistema de votação, Sieyès constrói uma pretensa “retificação” da teoria de Rousseau, no que se refere à identificação do sujeito soberano: em lugar do *povo*, a *nação*, cuja voz somente pode ser ouvida, na deliberação sobre leis, por meio da representação. Os representantes são “órgãos da nação”, não comissários; são porta-vozes da “vontade nacional soberana”, não “portadores de votos de seus eleitores”. Cada

¹²⁶ Adere-se integralmente à afirmação de Goyard-Fabre no sentido de que “a ideologia está nos antípodas da filosofia”, que leva a autora a formular a seguinte crítica à concepção democrática forjada pelos revolucionários franceses: “[...] na época da Revolução [Francesa], afora Kant e Fichte, os leitores de Rousseau não tentavam compreender o *status* transcendental que ele dava à ideia pura da democracia. Os doutrinários eram insensíveis até à altitude de sua filosofia. Já que a maioria situava o problema da democracia num terreno que poderíamos dizer ‘ideológico’ [...], esforçava-se também para elaborar a proposição fundadora do modelo que melhor correspondesse às esperanças que nela depositava.” (GOYARD-FABRE, Simone. **O que é democracia?** A genealogia filosófica de uma grande aventura humana, p. 178.).

¹²⁷ HOLLANDA, Cristina Buarque de. **Modos da representação política**, p. 55 e 57.

¹²⁸ Cf. HOBBSAWM, E. J. **A era das revoluções: 1789-1848**. 25. ed. rev. São Paulo: Paz e Terra, 2010.

representante age “em seu próprio domínio e segundo suas capacidades”¹²⁹, em nome da nação inteira. Entre os indivíduos e a nação, nenhum corpo intermediário deve ser estruturado. Assim, não há porque serem colhidos os votos em nome de cada estamento.

Há nesse discurso o propósito bem definido de permitir que pudessem votar a favor das pretensões do terceiro estado aqueles representantes eleitos pelo primeiro e pelo segundo estados que fossem contrários aos privilégios de seus próprios grupos¹³⁰. É com referência à atuação dos representantes, e não dos representados, que Jean Morange¹³¹ observa que, na base do projeto sociopolítico democrático engendrado em 1789, firmou-se o individualismo. O foco é o combate aos grupos intermediários, acusados de prejudicar a formação da vontade geral da nação. Não se cogita da participação direta dos cidadãos, por voto individual, no procedimento de elaboração das leis, o que era exigência própria da soberania popular concebida por Rousseau.

Assim é que, subvertendo por completo a teoria rousseauiana à qual se afirma filiado, Sieyès desloca o cerne do princípio democrático: da autonomia do povo que elabora suas leis para a eliminação de privilégios sociais por leis elaboradas pelos representantes da nação. A doutrina de Sieyès reduz os cidadãos a eleitores, cujo voto redundava na autorização ampla de atuação dos representantes *conforme sua capacidade*. O produto dessa atuação, identificado como expressão da soberania nacional, possui alteridade e autoridade em relação aos representados.

Tem-se, nessa etapa, plenamente configurado o *mandato representativo*: a eleição concede ao representante a prerrogativa de atuação criativa e independente na definição do que seja o benefício do povo. O exercício da representação se descola do ato de constituição desta, pois o representante deve voltar-se para a prática de atos em prol do bem comum ainda que contrarie os interesses e a opinião dos representados¹³².

¹²⁹ GOYARD-FABRE, Simone. **O que é democracia?** A genealogia filosófica de uma grande aventura humana, p. 181.

¹³⁰ Assim, quando a história encaminha a França para a realização de uma Assembleia Constitucional, com abandono da proposta de convocação da Assembleia dos Estados Gerais, Sieyès modifica seu discurso e passa a expressar preocupação com a volubilidade das massas, defendendo que o voto seja assegurado aos capacitados. O termo “democracia” desaparecerá dos debates públicos (GOYARD-FABRE, Simone. **O que é democracia?** A genealogia filosófica de uma grande aventura humana, p. 184 e 200).

¹³¹ MORANGE, Jean. **Direitos humanos e liberdades públicas**. 5 ed. revista e ampliada. Tradução Eveline Bouteiller. Barueri: Manole, 2004.

¹³² Esse descolamento introduz um novo problema relacionado à legitimidade da atuação do representante: o controle de sua atuação. Nesse campo, não prevaleceu o pensamento de Sieyès, que defendia o exercício do controle pelos representados. Segundo Goyard-Fabre, “Sieyès estima ser necessário que os representantes sejam submetidos ao controle permanente dos representados; por meio desse controle, estes se asseguram de que a maneira como os governantes cumprem o ‘mandato de fazer’ [...] corresponde à vontade da Nação”. (GOYARD-FABRE, Simone. **O que é democracia?** A genealogia filosófica de uma grande aventura humana,

O movimento revolucionário nos Estados Unidos também absorve o individualismo do século XVIII. No entanto, conforme assinala Morange, o faz de modo eminentemente distinto do ocorrido na França. O foco da Revolução Americana não é a superação de privilégios estamentais, mas, a reprodução, no novo país, de direitos iguais aos gozados na Inglaterra. Os colonos encampam uma visão histórica da aquisição de direitos, tipicamente inglesa, e transportam a ideia puritana de liberdade de consciência para o terreno político, para sustentar que o Estado só existe em virtude de um contrato concluído com base no direito natural do homem. Assim, enquanto na França a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão (1789) torna solene a ruptura com o Antigo Regime, nos Estados Unidos a Declaração da Independência e o Bill of Rights (ambos, 1776) conferem centralidade à autodeterminação dos cidadãos¹³³.

3.2.3 Democracia representativa nos discursos políticos do século XIX

A motivação dos revolucionários norte-americanos antecipa, de certo modo, a insatisfação da burguesia francesa com a implementação concreta da vontade geral representativa. A subjugação extrema do individualismo pela soberania nacional, que se vai acentuando desde o triunfo dos Jacobinos até o Império Napoleônico, dispara a construção paradigmática da *liberdade dos modernos* por Benjamin Constant, no início do século XIX.

Constant analisa o exercício da liberdade política em dois distintos cenários. Na Antiguidade, o sacrifício da liberdade individual tinha como significativa compensação a influência decisiva sobre o rumo da nação. Já na Modernidade, o exercício da liberdade política gera frustração, porque o cidadão se vê incapaz de exercer esse tipo de influência: “nada prova, a seus olhos, sua cooperação”¹³⁴. Com isso, a satisfação pessoal precisa ser

p. 185.). A teorização decisivamente incorporada ao pensamento revolucionário foi a que classicamente se convencionou denominar *separação dos poderes*. A síntese do pensamento de Montesquieu – “para que não se possa abusar do poder, é preciso que, pela disposição das coisas, o poder detenha o poder” – aponta para a contenção dos excessos no âmbito dos *poderes* instituídos, considerada suficiente para assegurar que os cidadãos não tivessem que recear arbitrariedades. A respeito do termo *separação dos poderes*, cf. BRÊTAS, Ronaldo de Carvalho Dias, **Processo constitucional e Estado Democrático de Direito**, p. 13-22, o autor se dedica a promover adequada releitura da obra *De l'esprit des lois*, de Montesquieu, e logra demonstrar que este jamais propôs algo como uma separação rígida de poderes, mas, sim, desenvolveu a ideia de que as três funções relacionadas ao exercício do poder fossem distribuídas com equilíbrio entre os órgãos estatais, com vistas a garantir a liberdade individual. É também de Brêtas a tradução da afirmação de Montesquieu, do original: “Pour qu'on ne puisse abuser du pouvoir, il faut que, par la disposition des choses, le pouvoir arrête le pouvoir” (BRÊTAS, Ronaldo de Carvalho Dias, **Processo constitucional e Estado Democrático de Direito**, p. 16.).

¹³³ MORANGE, **Direitos humanos e liberdades públicas**, p. 4-9.

¹³⁴ CONSTANT, Benjamin. **Da liberdade dos antigos comparada à dos modernos**, p. 3.

buscada em variadas formas de felicidade particular que “os progressos da civilização, a tendência comercial da época, a comunicação entre os povos multiplicaram”¹³⁵.

O problema, segundo Constant, está em que os revolucionários franceses não se aperceberam dessa mudança de contexto. Para o autor, a adoção do conceito de soberania popular de Rousseau, que guardar reminiscências da *liberdade dos antigos*, enseja uma nova forma de tirania: o domínio dos cidadãos e a escravização do indivíduo continuam a ser o preço da soberania da nação e da liberdade do povo, mas já não traduzem qualquer contrapartida e obstam a realização da satisfação pessoal. Raciocina Constant, então, que o bem estar coletivo deve ceder espaço ao bem estar individual e a liberdade política deve funcionar apenas como um *meio* destinado a assegurar *privilégios*¹³⁶:

O objetivo dos antigos era a partilha do poder social entre todos os cidadãos de uma mesma pátria. Era isso o que eles denominavam liberdade. O objetivo dos modernos é a segurança dos privilégios privados; e eles chamam liberdade as garantias concedidas pelas instituições a esses privilégios.

[...]

A liberdade individual, repito, é a verdadeira liberdade moderna. A liberdade política é a sua garantia e é, portanto, indispensável. Mas pedir aos povos de hoje para sacrificar, como os de antigamente, a totalidade de sua liberdade individual à liberdade política é o meio mais seguro de afastá-los da primeira, com a consequência de que, feito isso, a segunda não tardará a lhe ser arrebatada¹³⁷

A democracia liberal passa então a demandar uma nova conformação da representação. Em lugar da sublimação dos cidadãos no todo homogêneo da nação, deve esta ser capaz de expressar as tendências dominantes e as opiniões existentes na sociedade, para que nenhum cidadão tenha sufocada sua independência individual. Esse modelo de representação encontra-se na base da construção dos sistemas eleitorais proporcionais.

A concretização do projeto liberal abrange a pretensão de resolver o problema de legitimidade democrática. Conforme explica Jairo Nicolau¹³⁸, duas vertentes travam disputa quanto ao melhor modo de assegurar a fidedignidade da composição das assembleias representativas. De um lado, o sistema de voto único transferível, inspirado nas ideias de

¹³⁵ CONSTANT, Benjamin. **Da liberdade dos antigos comparada à dos modernos**, p. 3.

¹³⁶ O termo *privilégio* havia sido combatido pelo ideal igualitário pré-revolucionário, ainda que o escalonamento entre cidadãos não tenha abandonado completamente os discursos. Em Sieyès e Kant, por exemplo, vê-se que a proposta de igualdade não é radical. O primeiro não defendia o sufrágio universal, propondo um “monopólio eletivo capacitário”. O segundo diferenciava o cidadão que somente serve ao Estado (*Staatsbürger*) e aquele que, além disso, é apto a ser um membro de Estado: o burguês (*Stadtbürger*). (GOYARD-FABRE, Simone. **O que é democracia?** A genealogia filosófica de uma grande aventura humana, p. 184 e 191).

¹³⁷ CONSTANT, Benjamin. **Da liberdade dos antigos comparada à dos modernos**, p. 3-4.

¹³⁸ NICOLAU, Jairo Marconi. **Sistemas eleitorais**: uma introdução. 4. ed. Rio de Janeiro: FGV, Instituto Brasileiro de Economia, 2002.

Thomas Hare, defende o propósito de assegurar a representação das opiniões *individuais*, conferindo ampla liberdade de escolha ao eleitor¹³⁹. Obtém o apoio de John Stuart Mill, para quem as assembleias representativas devem ser uma miniatura do eleitorado¹⁴⁰. De outro lado, o sistema de representação proporcional de lista, concebido pelo belga Victor D'Hondt, considera relevante permitir a representação de opiniões *da sociedade*, devidamente expressas por intermédio dos partidos políticos¹⁴¹.

O que há de comum a ambas as vertentes é a ausência de preocupação com a emancipação política ampla e o pouco interesse nas formas diretas de participação. O cidadão burguês reivindica, *para si*, a possibilidade de escolher seus representantes, mas não almeja dedicar tempo à atividade política, porque isso o afastaria da gestão de seus negócios.

Alexis de Tocqueville contribui significativamente para o traçado do modelo representativo liberal¹⁴². Sua abordagem da democracia não é teórica, mas empírica. O autor se dedica à análise do *fato democrático* – isto é, a realidade instaurada na França e nos Estados Unidos no final do século XVIII –, com vistas a indagar se é possível preservar a individualidade na democracia. Sua resposta, desesperançada, é encaminhada a partir da reflexão sobre três critérios que o autor considera conferir suporte ao fato democrático: a proposta de *igualação das condições*, o fundamento na *soberania do povo* e o fenômeno da *opinião popular*.

A *igualação de condições* perseguida pela democracia traduz, no entendimento de Tocqueville, um nivelamento *por baixo*, uma vez que a eliminação dos realces intelectuais e sociais só parece conduzir à mediocridade. A pretensão de igualdade conduz à ruptura da cadeia social, com a abolição de hierarquias – que Tocqueville crê complementares – e culmina por ameaçar a própria liberdade: cada indivíduo deve ser tão igual a outro que acaba por ter sua individualidade diluída na “comutatividade aritmética”¹⁴³.

A *soberania do povo* é tratada por Tocqueville como dogma que justifica o

¹³⁹ Essas ideias foram desenvolvidas no *Tratado sobre eleição de representantes, parlamentar e municipal*, de 1859. Cf. NICOLAU, Jairo Marconi. **Sistemas eleitorais**: uma introdução.

¹⁴⁰ MILL, John Stuart. **O governo representativo**. 2.ed. São Paulo: Ibrasa, 1983. A obra é de 1861.

¹⁴¹ NICOLAU, Jairo Marconi. **Sistemas eleitorais**: uma introdução.

¹⁴² Assim como no que se refere a Rousseau, não se deve tomar a contribuição de Tocqueville como defesa do regime democrático. Goyard-Fabre observa que os estudos desse autor são comandados por intensa consternação ante o avanço da democracia, que lhe parece inexorável. (GOYARD-FABRE, Simone. **O que é democracia?** A genealogia filosófica de uma grande aventura humana, p. 203-219). Não há otimismo na proposta tocquevilliana, mas, sim, preocupação em estabelecer parâmetros que preservem a liberdade, tanto quanto possível, contra a homogeneidade da massa.

¹⁴³ GOYARD-FABRE, Simone. **O que é democracia?** A genealogia filosófica de uma grande aventura humana, p. 213.

“desaparecimento das influências individuais” na sociedade em prol de uma “homogeneidade da massa que aparece como garantia de coesão, ou até da coerência do poder”¹⁴⁴. O autor percebe que, como todas as leis proclamam-se fundadas na soberania do povo, esse dogma não se sujeita a limites¹⁴⁵.

A *opinião pública* é considerada, por Tocqueville, um “poder dirigente” situado acima do Presidente dos Estados Unidos ou do Rei da França: trata-se do poder de impor os limites em que a própria liberdade é aceitável, o qual abdica de “grilhões e carrascos” e se impõe por uma violência “tão intelectual quanto a vontade humana que ela quer coagir”¹⁴⁶. A opinião pública tocquevilliana é a personificação do princípio majoritário, ela própria dotada de poder de liderança ao qual é ínsita a tendência de tyrannizar as minorias e de aniquilar a liberdade de pensar^{147 148}.

¹⁴⁴ GOYARD-FABRE, Simone. **O que é democracia?** A genealogia filosófica de uma grande aventura humana, p. 215.

¹⁴⁵ Todavia, em sua observação da experiência americana, Tocqueville constata um diferencial, capaz de conter o desbordo da invocação da soberania pelos déspotas: “[n]a América, o princípio da soberania do povo não é oculto ou estéril, como em certas nações; ele é reconhecido pelos costumes, proclamado pelas leis; estende-se com liberdade e chega sem obstáculos às últimas consequências”. (TOCQUEVILLE, Alexis de. **Democracia na América**: livro 1 – Leis e Costumes. Tradução Eduardo Brandão; prefácio, bibliografia e cronologia François Furet, 2ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 65.). Adiante, o autor alerta que a legitimidade do exercício poder não deve ser confiada aos ideais elevados dos cidadãos ou à competência e ao altruísmo dos representantes, mas, sim, assegurada pela estruturação de instâncias de controle: “o grande privilégio dos americanos é poder cometer erros reparáveis”, que os permite “suportar a ação passageira das leis ruins” e “esperar, sem perecer, o resultado da tendência geral das leis” democráticas, que é alcançar o bem comum. (TOCQUEVILLE, Alexis de. **Democracia na América**: livro 1 – Leis e Costumes, P. 270-271)

¹⁴⁶ TOCQUEVILLE, Alexis de. **Democracia na América**: livro 1 – Leis e Costumes, p. 299. Na sequência, Tocqueville se vale da retórica para reforçar seu argumento: “Sob o governo absoluto de um só, o despotismo, para chegar à alma, atingia grosseiramente o corpo; e a alma, escapando desses golpes, se elevava gloriosa acima dele. Mas, nas repúblicas democráticas, não é assim que a tirania procede; ela deixa o corpo e vai direto à alma. O amo não diz mais: ‘Pensará como eu ou morrerá.’ Diz: ‘Você é livre de não pensar como eu; sua vida, seus bens, tudo lhe resta; mas a partir deste dia você é um estrangeiro entre nós. Irá conservar seus privilégios na cidade, mas eles se tornarão inúteis, porque, se você lutar para obter a escolha de seus concidadãos, eles não a darão, e mesmo se você pedir apenas a estima deles, ainda assim simularão recusá-la. Você permanecerá entre os homens, mas perderá seus direitos à humanidade. Quando se aproximar de seus semelhantes, eles fugirão de você como de um ser impuro, e os que acreditarem em sua inocência, mesmo estes o abandonarão, porque os outros fugiriam dele por sua vez. Vá em paz, deixo-lhe a vida, mas deixo-a pior, para você, do que a morte moral, que age tanto sobre a vontade quanto sobre as ações e que, ao mesmo tempo, impede o fato e o desejo de fazer.”

¹⁴⁷ Para o autor francês, o risco de tyrannização pela opinião pública é mais grave nos Estados Unidos, onde “a maioria vive [...] numa perpétua adoração de si mesma”, do que em seu país natal, onde os detentores do poder convivem melhor com a crítica. Essa observação o leva a afirmar que “não há liberdade de espírito na América”. (TOCQUEVILLE, Alexis de. **Democracia na América**: livro 1 – Leis e Costumes, p. 300.). A participação política nos Estados Unidos é delineada por Tocqueville como uma atuação pragmática: os americanos, em especial os representantes eleitos ou os candidatos a essa posição, não dão voz à crítica nutrida em seu íntimo e a aproximação do cidadão dos núcleos de poder faz-se aos moldes de um patriotismo cortesão, empenhado na bajulação.

¹⁴⁸ Ao tratar da opinião pública, Tocqueville antecipa elementos que, mais tarde, serão explorados por Pierre Bourdieu na teorização do poder simbólico, concernente à capacidade de criar significações e impô-las como legítimas no meio. (BOURDIEU, Pierre. **A economia das trocas simbólicas**. São Paulo: Perspectiva, 2009.). A pressuposição do consenso, assimilado à noção de opinião pública, é um dos mecanismos empregados na

A conclusão de Tocqueville sobre o fato democrático, apontada por Goyard-Fabre, é que a democracia, ao proclamar e promover a igualdade, que é da ordem da racionalidade, tende a eliminar a liberdade, que pertence à “ordem da vida e do sentimento”¹⁴⁹.

No contexto da Revolução Industrial, em meados do século XIX, a análise da “dimensão sociopolítica” do fato democrático foi-se tornando secundária em relação a sua “fenomenalidade socioeconômica”¹⁵⁰. A preocupação é manter a igualdade em parâmetros compatíveis com a sobrevivência do capitalismo, combatido por teorias socialistas que afloram no período. O pensamento liberal se conforma com a instalação do povo no fundamento do exercício do poder, mas reivindica formas de controlar a instabilidade das massas.

Tal se faz pela compatibilização entre a igualdade e o direito de propriedade – em abstrato, é este assegurado a todos – e, pela concessão dos direitos políticos aos indivíduos que, pelo sucesso em efetivamente adquirir a propriedade, tenham se provado mais capacitados. O *sufrágio censitário* opera a elitização da representação e mesmo a supressão do voto das massas populares, sem parecer contrariar a promessa liberal de garantia às liberdades individuais¹⁵¹. A participação no processo de tomada de decisões tem ainda mais minimizada sua relevância. Conforme explica Norberto Bobbio:

disputa do poder simbólico. Conforme apontado por Tercio Sampaio Ferraz Júnior: “A variedade e diversidade dos sentidos decorre também da multiplicidade de pontos de vista dos atores sociais: várias opiniões, vários sentidos. É, pois, preciso produzir consenso. Aqui aparece a díade dentro/fora e o valor da participação. A organização dos símbolos apoia-se, nesse caso, num processo de neutralização dos outros agentes, os terceiros, sociais que são, assim, uniformizados e, como tais, tomados como ponto de referência. A uniformização de sentidos pela neutralização das opiniões dos outros é obtida por regras pragmáticas de controle social e isso requer [...] uma forma de poder de violência simbólica: o poder-liderança. Liderança quer dizer uma forma bem-sucedida de supor consenso.” (FERRAZ JÚNIOR, Tercio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação**. 4ª edição rev. e ampl. São Paulo: Atlas, 2003, p. 277.).

¹⁴⁹ Goyard-Fabre observa que o retorno de Tocqueville à França, em 1832, produz impacto sobre a obra do autor, que passa a propor, como solução para salvar a liberdade a adoção de um liberalismo inspirado em Montesquieu: recorrer a uma “aliança entre a razão democrática e a nobreza aristocrática”, para criar um “equilíbrio entre o poder legislativo que pertence ao povo soberano e o poder executivo que exige o elitismo das competências e a nobreza do coração”, (GOYARD-FABRE, Simone. **O que é democracia?** A genealogia filosófica de uma grande aventura humana, p. 219-224.).

¹⁵⁰ GOYARD-FABRE, Simone. **O que é democracia?** A genealogia filosófica de uma grande aventura humana, p. 225.

¹⁵¹ Segundo Goyard-Fabre: “[...] a igualdade de direitos que, pela lógica, implica o sufrágio universal, às vezes aceita o sufrágio restrito pelo censo, que, por sua vez, encontra sua justificação na propriedade. Portanto, a doutrina liberal, ao defender as liberdades individuais e fixar limites para o poder político, não se inscreve propriamente na linha da democracia. Embora, em princípio, reconheça a propriedade como um ‘direito fundamental’ para todos (o que a aproxima da igualdade democrática), sublinha intensamente que o uso da propriedade cria inevitavelmente desigualdades (aceitando, assim, o postulado aristocrático que será o do capitalismo do século XIX”. (GOYARD-FABRE, Simone. **O que é democracia?** A genealogia filosófica de uma grande aventura humana, p. 226.).

Identificada a Democracia propriamente dita sem outra especificação, com a Democracia direta, que era o ideal do próprio Rousseau, foi-se afirmando, através dos escritores liberais, de Constant e Tocqueville e John Stuart Mill, a idéia [sic] de que a única forma de Democracia compatível com o Estado liberal, isto é, com o Estado que reconhece e garante alguns direitos fundamentais, como são os direitos de liberdade de pensamento, de religião, de imprensa, de reunião, etc., fosse a Democracia representativa ou parlamentar, onde o dever de fazer leis diz respeito, não a todo o povo reunido em assembléia [sic], mas a um corpo restrito de representantes eleitos por aqueles cidadãos a quem são reconhecidos direitos políticos.¹⁵²

Assim, a denominada *democracia liberal* encampa a proposta de que o modelo representativo é indispensável para reparar os vícios da democracia. A vontade popular permanece como fundamento teórico que não prescinde da condução aristocrática dos temas públicos. A representação se desvencilha gradativamente da tarefa de conectar a atuação dos representantes ao povo.

Mas não é apenas na concepção liberal que participação é considerada um elemento menor da democracia.

Pierre-Joseph Proudhon, filósofo autoproclamado anarquista, contesta a propriedade privada como direito, mas questiona a confiabilidade de votos obtidos por sufrágio universal e admite que a “competência das elites” contrasta com “a inércia das camadas populares”¹⁵³.

Augusto Comte, fundador do positivismo, defende a “instituição de uma política especialmente popular”¹⁵⁴ e vê no povo o veículo de formação de um *poder moral*, mas enfatiza que aquele “é [...] e deve [...] permanecer indiferente à posse direta do poder político”. O papel do povo é “lembrar convenientemente aos mais altos poderes o cumprimento de seus diversos deveres essenciais”, sobretudo o de “assegurar [...], a todos, primeiro a educação normal, em seguida o trabalho regular”¹⁵⁵. O positivismo também absorve uma visão elitista do papel do representante, já que o povo “é portador de uma consciência comum que não se revela diretamente a cada uma de suas partes, mas seletivamente aos indivíduos dotados da faculdade e da oportunidade do conhecimento.”¹⁵⁶

Quanto ao *socialismo democrático*, a bandeira da universalização do sufrágio é

¹⁵² BOBBIO, Norberto. Democracia. In: BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. **Dicionário de política**. 11. ed. Brasília: Ed. UnB, 1998. 2v., p. 323-324.

¹⁵³ GOYARD-FABRE, Simone. **O que é democracia?** A genealogia filosófica de uma grande aventura humana, p. 227-228.

¹⁵⁴ COMTE, Augusto. **Discurso preliminar sobre o espírito positivo**. Tradução Renato Barboza Rodrigues Pereira. Edição eletrônica [S. l.]: Ridendo Castigar Mores, [s. a.]. Disponível em: <www.ebooksbrasil.org>. Acesso em: 04 ago. 2013, p. 154-163.

¹⁵⁵ COMTE, Augusto. **Discurso preliminar sobre o espírito positivo**, p. 157-158.

¹⁵⁶ HOLLANDA, Cristina Buarque de. **Modos de representação política**, p. 82-83.

estratégica. Espera-se que o voto das massas promova o advento de uma nova conformação sociopolítica: “é na tribuna do Parlamento e pelas urnas que os ‘trabalhadores’ conquistarão a maioria e exprimirão politicamente, na democracia e graças a ela, a transformação social que terá se dado”¹⁵⁷. O sufrágio universal, como ponto de partida da transformação, dispensa a revolução¹⁵⁸.

Hans Kelsen associa essa estratégia ao momento em que socialismo “se sentia seguro de conquistar o poder através da lei da maioria”¹⁵⁹. Por isso, não a considera apta a fundamentar a pretensão – em especial da *doutrina bolchevique* – de que o socialismo é um desiderato da própria democracia. Kelsen argumenta que a justiça social, como concretização da igualdade, é mais facilmente concretizável em uma ditadura e não justifica o “injusto aviltamento da democracia atual e, conseqüentemente, do mérito da classe que a favoreceu até, em parte, contra os próprios interesses materiais”¹⁶⁰.

Propõe, então, compreender a igualdade *a partir* da liberdade, e não com precedência em relação a esta¹⁶¹, o que remete à *igualdade política formal*, própria da democracia liberal. Kelsen promove a defesa do sufrágio universal para a escolha de representantes como forma de igualdade compatível com o reclame de liberdade ínsito à democracia.

Merece registro a experiência socialista da Comuna de Paris, instaurada em 1871 pelos insurrectos contra a invasão prussiana. Apesar de ter perdurado por pouco mais de um mês, a Comuna foi considerada por Marx uma nova forma de democracia, denominada *autogoverno dos produtores*, que, segundo Bobbio, se distingue do modelo representativo por quatro características: órgão “de trabalho” que reúne as funções executiva e legislativa; adoção do sistema eleitoral para preenchimento de todos os cargos públicos; revogabilidade dos cargos públicos; descentralização do poder pela instituição de comunas rurais com representantes em uma assembleia nacional¹⁶².

¹⁵⁷ GOYARD-FABRE, Simone. **O que é democracia?** A genealogia filosófica de uma grande aventura humana, p. 230.

¹⁵⁸ BOBBIO, Norberto. *Democracia*, p. 324.

¹⁵⁹ KELSEN, Hans. **A democracia**. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2000, p. 100.

¹⁶⁰ KELSEN, Hans. **A democracia**, p. 100.

¹⁶¹ Kelsen é taxativo em afirmar que “é o valor de liberdade e não o de igualdade que determina, em primeiro lugar, a ideia de democracia”. (KELSEN, Hans. **A democracia**, p. 99.).

¹⁶² Para melhor elucidação, transcreve-se o detalhamento das características referidas: “a) enquanto o regime representativo se funda sobre a distinção entre poder executivo e poder legislativo, o novo Estado da Comuna deve ser “não um órgão parlamentar, mas de trabalho, executivo e legislativo, ao mesmo tempo”; b) enquanto o regime parlamentar inserido no tronco dos velhos Estados absolutistas deixou sobreviver consigo órgãos não representativos e relativamente autônomos, os quais, desenvolvidos anteriormente na instituição parlamentar, continuam a fazer parte essencial do aparelho estatal, como o exército, a magistratura e a burocracia, a Comuna estende o sistema eleitoral a todas as partes do Estado; c) enquanto a representação nacional característica do

Apesar do que afirma Bobbio, as características arroladas indicam que a Comuna de Paris, antes de distinguir-se do modelo representativo, o *radicalizou*. A premissa democrática de que o povo é a fonte do poder foi enfatizada pela maior proximidade do povo e seus representantes, pela disseminação dos núcleos representativos e pela revogabilidade dos mandatos cujo exercício se distanciasse da vontade popular. Apesar da proposta descentralizadora, não se cogita de alternativas à indicação de representantes.

Assim, não obstante suas profundas divergências teóricas, as doutrinas do século XIX contentam-se em limitar o embate pela apropriação do conceito de democracia ao âmbito da representação. Em linhas gerais, os liberais, quando muito, veem no sufrágio universal o ápice da democratização, porquanto apto a traduzir a liberdade política para todos; os socialistas consideram o sufrágio universal etapa necessária para a promoção da igualdade social que almejam. Mas a proposta de retomada de mecanismos democráticos participativos não perpassa nenhum dos discursos.

3.3 Hegemonização da democracia representativa na Contemporaneidade

No século XX, o argumento em torno da apatia e falta de capacidade do cidadão comum, que, desde a Antiguidade, encaminha a crítica à democracia participativa, é exacerbado. O tamanho das nações, que na Modernidade já impressionava como obstáculo à participação, torna-se um argumento pragmático quase insuperável em desfavor da democracia participativa.

Ademais, as sucessivas crises econômicas, ao alimentar conflitos políticos e conduzir à ascensão de regimes totalitários, constituem um novo aspecto que repercute na compreensão da democracia. Intensificam-se a análise da conexão entre economia e regimes políticos e a avaliação da funcionalidade da democracia para a contenção de conflitos.

Esses elementos tornam prevalecente no mundo ocidental, ao longo do século XX, uma específica concepção de democracia: liberal, representativa e partidária, ela reduz a participação popular praticamente ao procedimento de escolha dos representantes.

sistema representativo é inteiramente distinta da proibição de mandato autoritário, cuja consequência é a irrevogabilidade do cargo durante toda a duração da legislatura, a Comuna "é composta de conselheiros municipais eleitos por sufrágio universal nas diversas circunscrições de Paris, responsáveis e revogáveis em qualquer momento; d) enquanto o sistema parlamentar não conseguiu destruir a centralização política e administrativa dos velhos Estados, antes, pelo contrário, confirmou através da instituição de um parlamento nacional, o novo Estado deveria ter descentralizado, ao máximo, as próprias funções nas "comunas rurais" que teriam enviado seus representantes a uma assembléia [sic] nacional à qual seriam deixadas algumas "poucas mas importantes funções cumpridas por funcionários comunais". (BOBBIO, Norberto. Democracia, p. 325.).

A reafirmação do liberalismo direciona o percurso de hegemonização da democracia representativa. A expectativa socialista de que a democracia encaminhasse a ruptura com o padrão de dominação capitalista, rumo à democracia proletária, foi combatido com veemência desde o início do século XX por autores herdeiros do projeto liberal.

Robert Michels¹⁶³, ainda antes da Primeira Guerra, considera que outra não é a finalidade da democracia senão a *conservação* do capitalismo, pois os mecanismos democráticos sempre conduzem ao controle do proletariado pela elite burguesa.

A hipótese de Michels é formulada sobre base empírica. O autor dedica-se a analisar o fenômeno da elitização ocorrida no âmbito interno do Partido Social Alemão (SPD) e, a partir daí, estabelece a premissa de que todo partido político depende organicamente de dirigentes que conduzam a massa de militantes. Por isso, à medida que os dirigentes se especializam como classe política profissional, vão-se distanciando da massa, até que, ao adquirirem estabilidade quase absoluta na direção do partido, eliminam a democracia interna. Reputando inevitável essa corruptela do modelo associativo dos partidos políticos, Michels cunhou a chamada *lei de bronze das oligarquias*: “a constituição de oligarquias no seio das múltiplas formas de democracia é um fenômeno orgânico e por consequência uma tendência à qual sucumbe fatalmente toda organização, seja socialista ou mesmo anarquista.”¹⁶⁴

Em obra lançada em 1942, Joseph Schumpeter¹⁶⁵ propõe a inversão da ordem de precedência estabelecida por Rousseau entre o poder de decidir e o de escolha de representantes. O autor considera que “o indivíduo adquire o poder de decidir mediante uma luta competitiva pelos votos do eleitor”¹⁶⁶. Na formulação do *elitismo competitivo*, a liderança exerce um papel essencial, pois é ela que determina o rumo da quase totalidade da ação do corpo coletivo. Em regra, porque este, propenso à manipulação, pode ser usado para conferir aparência de legitimidade à *vontade manufaturada* pelo líder¹⁶⁷. Mas, mesmo quando a vontade coletiva é autêntica, a liderança é necessária para despertar aquela de seu estado de latência e disparar sua atuação.

Schumpeter culmina por enunciar, em um paralelo com a esfera econômica, que a

¹⁶³ MICHELS, Robert. **Sociologia dos Partidos Políticos**. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1982.

¹⁶⁴ MICHELS, Robert. **Sociologia dos Partidos Políticos**, p. 238.

¹⁶⁵ SCHUMPETER, Joseph A. **Capitalismo, socialismo e democracia**. Trad. Ruy Jungmann. Rio de Janeiro: Editora Fundo de Cultura, 1961.

¹⁶⁶ SCHUMPETER, Joseph A. **Capitalismo, socialismo e democracia**, p. 328.

¹⁶⁷ Schumpeter constata a ocorrência da manufatura da vontade, mas não a defende, considerando-a uma “aberração” (SCHUMPETER, Joseph A. **Capitalismo, socialismo e democracia**, p. 329.)

democracia é apenas um método que se destina a viabilizar a concorrência na esfera política: “concorrência livre [entre os pretensos líderes] pelo voto livre”¹⁶⁸. Como no mercado, em que um bem de consumo insatisfatório não é novamente adquirido, o controle dos eleitores sobre os líderes se limita à não reeleição destes.

Norberto Bobbio¹⁶⁹ também conjectura a relação entre a economia e a política, tomando por referência contextual a sociedade de consumo. O autor considera que, em uma sociedade de economia complexa, é inevitável que problemas políticos sejam resolvidos por meio de competências técnicas. Inócuo, então, manter a compreensão de democracia como *onirracia*, ideal de poder compartilhado por todos. O que se faz relevante é estabelecer critérios de controle da atuação dos especialistas, de modo a evitar a excessos de uma *tecnocracia*¹⁷⁰. É nessa perspectiva que Bobbio considera a democracia um “conjunto de regras (primárias ou fundamentais) que estabelecem quem está autorizado a tomar decisões coletivas e com que quais procedimentos”¹⁷¹.

Robert Dahl¹⁷² elabora a noção de *poliarquia* para denominar o modelo de democracia representativa moderna vigente nas grandes nações, o qual assimila a impossibilidade de reproduzir, em larga escala, práticas democráticas próprias de “unidades tão pequenas que os membros podem se reunir diretamente e tomar decisões políticas”¹⁷³. Colhendo impressões da experimentação empírica, Dahl estatui que o problema do controle das decisões públicas nas democracias de grande escala (países) tem como “única solução viável, embora bastante imperfeita, [...] que os cidadãos elejam seus funcionários mais importantes e os mantenham mais ou menos responsáveis por meio das eleições, descartando-os nas eleições seguintes”¹⁷⁴. Já o problema da legitimidade da autorização do exercício do poder – delegação por consenso para a tomada de decisões – segundo Dahl, resta resolvido pela superação das restrições de sufrágio prevalecentes até o século XIX.

A consolidação do modelo representativo avança pelo século XX de tal forma que

¹⁶⁸ SCHUMPETER, Joseph A. **Capitalismo, socialismo e democracia**, p. 329.

¹⁶⁹ BOBBIO, Norberto. **O futuro da democracia**: uma defesa das regras do jogo. 6. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1997. (Pensamento crítico). A primeira edição do livro é de 1984.

¹⁷⁰ Explica Bobbio: “Tecnocracia e democracia são antitéticas: se o protagonista da sociedade industrial é o especialista, impossível que venha a ser o cidadão qualquer. A democracia sustenta-se sobre a hipótese de que todos podem decidir a respeito de tudo. A tecnocracia, ao contrário, pretende que sejam convocados para decidir apenas aqueles poucos que detêm conhecimentos específicos.” (BOBBIO, Norberto. **O futuro da democracia**: uma defesa das regras do jogo, p. 34.).

¹⁷¹ BOBBIO, Norberto. **O futuro da democracia**: uma defesa das regras do jogo, p. 16.

¹⁷² DAHL, Robert. **Sobre a democracia**. Trad. Beatriz Sidou. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2001.

¹⁷³ DAHL, Robert. **Sobre a democracia**, p. 104.

¹⁷⁴ DAHL, Robert. **Sobre a democracia**, p. 107.

Arend Lijphart¹⁷⁵, em exame minucioso da experiência democrática conduzida em trinta e seis países entre 1945 e 1996, não inclui a existência de mecanismos de participação direta entre os indicadores de avaliação do desempenho do projeto democrático desses países.

Não é, pois, sem razão que Boaventura Souza Santos e Leonardo Avritzer afirmam que “a proposta [de democracia] que se tornou hegemônica ao final das duas guerras mundiais implicou em uma restrição das formas de participação e soberania em favor de um consenso em torno de um procedimento eleitoral para a formação de governos”¹⁷⁶.

3.3.1 Aporias da concepção hegemônica de democracia

A hegemonização do modelo representativo de democracia carrega o contraste entre seu fundamento popular e sua concretização elitista. Mas outras questões não resolvidas pela universalização do sufrágio acentuam a indagação da representação política quanto a sua suficiência para configurar o parâmetro de democracia contemporânea.

A tensão entre a liberdade (individual) e a igualdade (coletiva), posta em evidência na disputa ideológica entre liberalismo e socialismo, remanesce em aberto como uma questão meta-eleitoral, que a compreensão da democracia como método de formação de maiorias não o resolve. Nesse hiato, instala-se o *paradoxo da visão instrumentalista da representação*¹⁷⁷: pressupõe-se a opinião do povo, manifestada pelo voto, como fonte legítima da constituição da representação, mas aconselha-se o eleito a *insular-se* no exercício do mandato representativo, para que se preserve da influência indevida da opinião popular.

Também problemática é a colisão da reminiscência *fática* da pluralidade de opiniões

¹⁷⁵ LIJPHART, Arend. **Patterns of democracy**: government forms and performance in thirty-six countries. Connecticut: Yale University Press, 1999.

¹⁷⁶ SANTOS, Boaventura de Sousa; AVRITZER, Leonardo. Para ampliar o cânone democrático. In: SANTOS, Boaventura de Sousa (Org.). **Democratizar a democracia: os caminhos da democracia participativa**. (Col. Reinventar a emancipação social para novos manifestos) Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2002, p. 39-40.

¹⁷⁷ Nadia Urbinati discorre sobre o problema: “O paradoxo dessa abordagem não-política (já que guiada pela competência) da política é que, a despeito de ela se arrogar ser a marca registrada das liberdades civis e econômicas e do constitucionalismo, ela abre caminho para uma teoria das instituições que é tão insensível à representação quanto a teoria de Rousseau do governo direito. Ela supõe que o representante deva ser surdo à opinião pública para tomar boas decisões. No centro desse paradoxo está a visão formalista, geralmente não revelada, da participação dos cidadãos como veredicto eleitoral do soberano (autorização aos magistrados) e uma visão estreita da deliberação democrática como um processo que envolve exclusivamente os eleitos e refere-se a decisões autorizadas. [...] A conclusão previsível é a de que a eleição funciona para conferir poder a uma classe profissional que delibera acima das cabeças dos cidadãos, cuja única função é aceitar ou recusar seus líderes e nunca molestá-los enquanto eles tocam seus negócios [...]”. (URBINATI, Nadia. O que torna a representação democrática? In: **Revista de cultura política** – O futuro da representação. São Paulo: Lua Nova, 2006. Vol. 67, p. 204-205.).

políticas com as construções *contrafáticas* de fundamentação do poder na adesão unânime ao contrato social. Essa questão leva Hans Kelsen ao final da I Guerra Mundial, a elaborar a seguinte proposição: tal como não existe um *direito divino dos reis*, não há um *direito divino do povo*; logo, descabe conceber o povo como entidade metafísica apta a conhecer a verdade absoluta; logo, a atitude democrática pressupõe a *concepção crítico-relativista do mundo*, pois “quem considera inacessíveis ao conhecimento humano a verdade absoluta e os valores absolutos não deve considerar possível apenas a própria opinião, mas também a opinião alheia”¹⁷⁸.

Outro questão sensível é a suscetibilidade das instâncias representativas ao domínio ideológico por parte grupos ou partidos. Raymond Aron¹⁷⁹, escrevendo desde o prenúncio da II Guerra Mundial até a década de 1960, preocupa-se com a vislumbra, e posteriormente confirmada, ascensão dos regimes totalitaristas, brotados em meios democráticos. O totalitarismo, a um só tempo, frustra o ideal de virtuosidade dos representantes eleitos e denuncia a vulnerabilidade das minorias mesmo frente a estruturas institucionalizadas de poder.

O enfrentamento dessas aporias se desdobra em duas principais vertentes: uma, desenvolvida no âmbito da representação e, outra, fora dele.

3.3.2 Reconfiguração da representação com reforço de sua centralidade

A primeira vertente dedica-se à reformulação da representação, com vistas a *reforçar* sua centralidade na democracia. Seus adeptos – entre os quais, Goyard-Fabre – insistem em considerar a democracia direta “impossível no mundo moderno”¹⁸⁰. Contudo, ao contrário do sustentado pelos teóricos da concepção hegemônica, admitem que os sistemas eleitorais não são suficientes para esgotar a experiência democrática. Assim, dedicam-se a pensar a representação em um contexto político amplo, de preservação permanente da pluralidade, como garantia à liberdade.

Nesse grupo, situa-se a proposta de Bobbio, de *socialização da democracia*. O autor reconhece que a imprescindibilidade da atuação de especialistas na sociedade contemporânea traz o risco de que o poder seja exercido autoritariamente. Mas descarta que

¹⁷⁸ KELSEN, Hans. **A democracia**, p. 104-105.

¹⁷⁹ ARON, Raymond. **Estudos políticos**. 2a ed. Brasília: Ed. Universidade de Brasília, 1985. (Pensamento político).

¹⁸⁰ GOYARD-FABRE, Simone. **O que é democracia?** A genealogia filosófica de uma grande aventura humana, p. 277.

a solução venha sob forma de mecanismos de democracia direta, como a assembleia de cidadãos e o referendo, uma vez que “nenhum sistema complexo como é o de um estado moderno pode funcionar apenas com um ou com outro, e nem mesmo com ambos conjuntamente”¹⁸¹. Defende, então, a “ocupação, pelas formas ainda tradicionais de democracia, como é a democracia representativa, de novos espaços, isto é, de espaços até agora dominados por organizações de tipo hierárquico ou burocrático”, de modo a perfazer a passagem “da democratização do estado à democratização da sociedade”¹⁸².

A socialização da democracia implica, para Bobbio, na legitimação dos mandatos representativos sob duas perspectivas distintas e não comunicantes: quanto à eleição, a conquista do cargo se conecta à confiança do eleitorado; porém, quanto ao exercício do mandato, deve o representante atender a *interesses gerais*, o que o desvincula de responsividade perante o próprio eleitorado¹⁸³. Logo, a fiscalidade das decisões públicas pelos representados não é elementar à proposta emancipatória de Bobbio.

Raymond Aron¹⁸⁴, apesar de preocupar-se em refrear o totalitarismo, também descarta a viabilidade da democracia participativa. Em seu entendimento, a proteção às minorias e à diferença política perpassa o reconhecimento legal de que os partidos políticos detêm, permanentemente, a prerrogativa de competir pelo poder político e de fazer oposição ao governo. Para Aron, é a nota da *não definitividade* que preserva o ambiente democrático. Sua visão pluralista, portanto, contenta-se com a canalização das correntes de opinião por meio de entes intermediários que protagonizam a vida política.

Os defensores da denominada *representação democrática* concentram críticas na redução da prática democrática ao momento eleitoral. Conforme exposto por Urbinati, “as eleições ‘engendram’ a representação, mas não ‘engendram’ os representantes”, ou seja, “no mínimo, elas produzem um governo *responsável e limitado*, mas não um governo *representativo*”¹⁸⁵. A autora sustenta a necessidade que a representação seja tornada

¹⁸¹ BOBBIO, Norberto. **O futuro da democracia**: uma defesa das regras do jogo, p. 54.

¹⁸² BOBBIO, Norberto. **O futuro da democracia**: uma defesa das regras do jogo, p. 55.

¹⁸³ Em suas palavras: “Com isto, creio ter-me colocado em condições de precisar em qual acepção do termo “representação” se diz que um sistema é representativo e se fala habitualmente de democracia representativa: as democracias representativas que conhecemos são democracias nas quais por representante entende-se uma pessoa que tem duas características bem estabelecidas: a) na medida em que goza da confiança do corpo eleitoral, uma vez eleito não é mais responsável perante os próprios eleitores e seu mandato, portanto, não é revogável; b) não é responsável diretamente perante os seus eleitores exatamente porque convocado a tutelar os interesses gerais da sociedade civil e não os interesses particulares desta ou daquela categoria.” (BOBBIO, Norberto. **O futuro da democracia**: uma defesa das regras do jogo, p. 47.).

¹⁸⁴ ARON, Raymond. **Estudos políticos**.

¹⁸⁵ URBINATI, Nadia. O que torna a representação democrática?, p. 193.

dinâmica, o que se alcança pela substituição do *eleitor* pelo *cidadão* na centralidade da democracia. A *representatividade* da representação depende da canalização de opiniões pelas “múltiplas fontes de informação e variadas formas de comunicação e influência que os cidadãos ativam através da mídia, movimentos sociais e partidos políticos”¹⁸⁶.

A proposta visa a superar a presunção de homogeneidade comumente induzida da votação majoritária. Urbinati defende o reconhecimento, ao povo soberano, de um *poder negativo* cuja “finalidade é deter, refrear ou mudar um dado curso de ação tomado pelos representantes eleitos”. Esse poder deve ser autorizado a se expressar “tanto por canais diretos de participação autorizada (eleições antecipadas, referendo, e ainda o *recall* [...]), quanto por meio dos tipos indiretos ou informais de participação influente (fórum e movimentos sociais, associações civis, mídia, manifestações)”¹⁸⁷.

Vê-se que, apesar de fazer referência a *canais diretos de participação autorizada*, Urbinati não os associa à democracia participativa. Sua visão em relação aos mecanismos usuais desta, como referendo e plebiscito, é, mesmo, desabonadora. A autora considera que a tomada de “votos sobre questões isoladas” reforça a ideia de cidadão como apenas eleitor e ainda reduz este a mera quantificação de uma “entidade computável aritmeticamente”¹⁸⁸. Por isso, sua proposta de intensificação da vivência democrática converge para a escolha de representantes de forma mais consistente e duradoura, para que a representação se torne apta a traduzir uma opinião política da comunidade.

Em seu conjunto, as propostas de emancipação política pelo revigoração do sistema representativo persistem no descrédito à democracia participativa. Sob esse espectro, não rompem com os receios que subjazem a justificativa da concepção hegemônica: o “descomedimento [...] dos ímpetus do povo”; o “jogo diabólico das facções” nas quais o individualismo faz degenerar as correntes de opinião; o “veneno da demagogia” que adula e

¹⁸⁶ URBINATI, Nadia. O que torna a representação democrática?, p. 202-203.

¹⁸⁷ URBINATI, Nadia. O que torna a representação democrática?, p. 208-209.

¹⁸⁸ URBINATI, Nadia. O que torna a representação democrática?, p. 211. Na sequência, a crítica à “democracia direta” é acentuada: “Pode-se, portanto, dizer que a democracia representativa revela o trabalho ‘miraculoso’ das opiniões e narrativas ideológicas de uma forma que a democracia direta não é capaz, pois [aqu]ela nos compele a transcender o ato de votar, num esforço de se reavaliar repetidamente a correlação entre o peso das ideias e o peso dos votos (na preservação, obtenção ou aumento do consentimento). Na democracia direta, todo voto é como um novo começo (ou uma resolução final) porque corresponde simplesmente à contagem de vontades ou preferências, mas não é nem pode ser representativo de ideias; esperar pela ‘próxima oportunidade’ não faz sentido, já que nela toda decisão é absoluta, porque torna as opiniões idênticas às vontades e carece de qualquer vínculo histórico com as cadeias de opiniões e decisões passadas e futuras” (p. 212).

atiga as massas populares, sempre volúveis¹⁸⁹.

3.3.3 *Contestação radical da concepção hegemônica de democracia*

A segunda vertente *contesta radicalmente* a concepção hegemônica de democracia, atacando-a em sua premissa de que a experiência democrática pode ser resumida ao modelo representativo. Em resposta à insuficiência da gestão burocrática para absorver todo o conhecimento detido pelos atores sociais e para formular soluções plurais capazes de fazer frente aos problemas administrativos, essa vertente reclama a adoção de arranjos participativos. Retomam, enfim, de maneira vigorosa, o tema da democracia participativa, renegado desde a Antiguidade. Como sintetiza Boaventura de Sousa Santos:

[...] o modelo hegemônico de democracia (democracia representativa), apesar de globalmente triunfante, não garante mais que uma democracia de baixa intensidade baseada na privatização do bem público por elites mais ou menos restritas, na distância crescente entre representantes e representados e em uma inclusão política abstrata feita de exclusão social.¹⁹⁰

D. L. Sheth¹⁹¹ enfatiza a relação da democracia representativa com a integração da economia capitalista mundial. Argumenta que a manutenção da referida democracia de *baixa intensidade* é proposital e se destina a proporcionar a estabilidade institucional necessária à globalização.

O autor alerta que os teóricos da democracia representativa atuam em duas frentes que visam a tornar periférica, na teoria democrática contemporânea, a democracia participativa. A primeira é a incorporação da noção de participação como mero elemento do paradigma estrutural-funcional da teoria representativa. A segunda frente, utilitária, consiste em reputar a democracia participativa como modelo arcaico ou ideal impraticável que, se efetivamente experimentado, expõe a própria democracia a sérios riscos. Sheth contesta ambas as vertentes, ao afirmar que a democracia participativa consiste em um “processo político e social que se destina a criar um novo sistema de governo, múltiplo e sobreposto, que funcione através de uma participação e de um controle mais direto das populações

¹⁸⁹ GOYARD-FABRE, Simone. **O que é democracia?** A genealogia filosófica de uma grande aventura humana, p. 255-262.

¹⁹⁰ SANTOS, Boaventura de Sousa (Org.). Prefácio. **Democratizar a democracia: os caminhos da democracia participativa**, p. 32.

¹⁹¹ SHETH, D. L. Micromovimentos na Índia: para uma nova política de democracia participativa. In: SOUZA SANTOS, SANTOS, Boaventura de Sousa (Org.). **Democratizar a democracia: os caminhos da democracia participativa**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2002. (Col. Reinventar a emancipação social para novos manifestos; 1), p. 85-131.

envolvidas (ou seja, daqueles que são afetados por esses governos)”¹⁹².

Boaventura de Souza Santos e Leonardo Avritzer¹⁹³ propõem a ativação de uma democracia de *alta intensidade*, pelo desenvolvimento de uma relação de complementariedade entre democracia representativa e participativa visando à superação da “trivialização da cidadania”¹⁹⁴. Os autores argumentam que “se é verdade que a autorização via representação facilita o exercício da democracia em escala ampliada, [...] é verdade também que a representação dificulta a solução das duas outras questões: a da prestação de contas e da representação de múltiplas identidades”¹⁹⁵. Em seu entendimento, esses problemas não são solucionáveis no âmbito da representação, mas, sim, pela *ampliação do cânone democrático*, que significa:

[...] levar a sério a aspiração democrática, recusando-se a aceitar, como democráticas, práticas que são a caricatura da democracia e, sobretudo, recusando a aceitar como fatalidade a baixa intensidade democrática a que o modelo hegemônico sujeitou a participação dos cidadãos na vida política.¹⁹⁶

Um dos enfoques dessa proposta é a superação da tese da *sobrecarga democrática*¹⁹⁷, segundo a qual a extensão da democracia, decorrente da inclusão política de grupos sociais, representa *risco* para o padrão de estabilização da tensão entre democracia e capitalismo e reclama contenção. Santos e Avritzer identificam e repudiam quatro principais estratégias de refreamento eficiente da participação cidadã: 1) desqualificação das formas de participação, traduzidas na gramática social como *excesso de demanda*; 2) reação vitoriosa dos setores conservadores, a exaltar a universalização do sufrágio como ápice da democratização; 3) frustração da pluralização da gramática política, pela insistência na solução homogênea de

¹⁹² SHETH, D. L. Micromovimentos na Índia: para uma nova política de democracia participativa, p. 127-128.

¹⁹³ SANTOS, Boaventura de Sousa; AVRITZER, Leonardo. Introdução: Para ampliar o cânone democrático, p. 53.

¹⁹⁴ SANTOS, Boaventura de Sousa (Org.). Prefácio. **Democratizar a democracia**: os caminhos da democracia participativa. 3. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2005. 678 p. (Reinventar a emancipação social para novos manifestos; 1), p. 32.

¹⁹⁵ SANTOS, Boaventura de Sousa; AVRITZER, Leonardo. Introdução: Para ampliar o cânone democrático, p. 49.

¹⁹⁶ SANTOS, Boaventura de Sousa; AVRITZER, Leonardo. Introdução: Para ampliar o cânone democrático, p. 73.

¹⁹⁷ Segundo Santos e Avritzer, a tese da *sobrecarga democrática* foi concebida por Crozier, Huntington e Watanuki em 1975. Sobre sua construção, explicam: “no momento em que, pela via da descolonização ou da democratização, o problema da extensão da democracia para os países do Sul foi colocado, pela primeira vez, a concepção hegemônica da democracia teorizou a questão da nova gramática de inclusão social como excesso de demanda. Sob essa luz, é fácil concluir que os processos de intensificação democrática que temos analisado tendem a ser fortemente contestados pelas elites excludentes [...], combatidos frontalmente ou descaracterizados por via da cooptação ou da integração.” (SANTOS, Boaventura de Sousa; AVRITZER, Leonardo. Introdução: Para ampliar o cânone democrático, p. 60.).

problemas e pela não assimilação da pluralidade social; 4) cooptação da participação, descaracterizada como mera etapa da formação da representação.

Os autores sugerem o desenvolvimento de uma relação de complementaridade entre formas representativas e participativas de democracia. Para tanto, defendem o resgate de variações de práticas democráticas locais dos países semiperiféricos e periféricos, que, historicamente solapadas no processo de construção de identidades nacionais homogêneas, contemporaneamente começam a assumir um papel contra-hegemônico em relação à pretensão globalizante da democracia liberal-representativa. Além disso, sustentam que parte dos esquemas de representação deve ser substituída por espaços de participação, recolocando em pauta as questões da pluralidade cultural e da necessidade de inclusão social.

Reflexões sociológicas como a Sheth, Boaventura e Avritzer provocam a desdogmatização do tema da participação. Elas demonstram que discutir a viabilidade da adoção de formas participativas não significa pretender a desinstitucionalização da democracia ou o retorno à Antiguidade. Além disso, indicam que a atuação eleitoral via plebiscito e referendo não é a única alternativa de inclusão da população nos debates públicos.

Contudo, a perspectiva sociológica parece insuficiente para, isoladamente, provocar a pretendida ampliação do cânone democrático. Desde o século XVI, a ciência política produz teorias que recorrem a artifícios e idealizações em torno da vontade popular para propor, aberta ou veladamente, a elitização da condução dos assuntos públicos. Mas, a partir do constitucionalismo do século XIX, os arranjos políticos ganham dimensão jurídica, pois o “pacto fundador de um novo Estado e de uma nova sociedade” se perfaz por um ato constitutivo formal¹⁹⁸. Assim, a elaboração *teórico-jurídica* da participação se faz imprescindível para conferir aos esquemas participativos grau de institucionalização equivalente ao dos esquemas de representação.

Suscita-se, por isso, outra perspectiva de contestação da concepção hegemônica de democracia, que cogite do incremento da participação popular a partir do reconhecimento jurídico desta como prerrogativa ínsita à cidadania democrática.

¹⁹⁸ FERNANDES, Bernardo Gonçalves. **Curso de direito constitucional**. 3. ed. rev., ampl. e atual. até a EC n. 67/2010 e em consonância com a jurisprudência do STF. 2ª tiragem. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 9.

3.4 Proposta de redimensionamento jurídico da participação

O discurso hegemônico da democracia representativa não aprofunda a questão da participação. A recusa de viabilidade jurídica ao modelo participativo resulta da identificação desse modelo com um específico *modo* de participação – a deliberação na ágora grega da Antiguidade.

Cristalizada essa identificação, a democracia liberal pode continuamente sugerir que a única forma possível de participação do cidadão é por meio de uma atuação coadjuvante. Eleições, plebiscito, referendo e iniciativa popular das leis são formas de participação jurídica dos cidadãos, mas de caráter pontual e acessório em relação à atuação dos representantes eleitos. A contestação da concepção hegemônica de democracia, levada à dimensão jurídica, provoca a reflexão acerca da possibilidade de que a participação seja configurada, na Contemporaneidade, como elemento jurídico autônomo e nuclear da democracia, e não como mera adjacência da representação.

Essa construção deve ser feita por contraste à noção de participação absorvida pela concepção hegemônica de democracia, sobre a qual se pode formular as seguintes asserções: 1) Conserva o povo na dimensão de *justificação* do exercício do poder; 2) Ocorre precipuamente com finalidade *intermediária*, para escolher representantes que tomam decisões; 3) Quando acolhida diretamente na deliberação pública, ocorre de modo *restrito*.

Portanto, argumenta-se que a ruptura com a concepção hegemônica de democracia exige um novo dimensionamento jurídico da participação, o qual: 1) Acolha o povo na dimensão *produtora* do ato de poder; 2) Potencialize a atuação *direta* do cidadão na tomada de decisões; 3) Admita o *amplo* debate na deliberação pública. Passa-se a discorrer sobre cada um desses traços distintivos.

3.4.1 Povo como produtor do ato estatal: superação do papel icônico do povo

A compreensão da participação como elemento jurídico autônomo em relação à representação perpassa a ressignificação do *povo*.

Friedrich Müller dispara essa ressignificação ao indagar “a que grupos reais correspondem os modos de utilização do termo povo”¹⁹⁹. O autor estatui que: a) o povo *icônico*, subentendido na utilização pseudossacral da fórmula *governo do povo*, refere-se a ninguém e destina-se apenas a imunizar o poder-violência do Estado pela noção de que “o

¹⁹⁹ MÜLLER, Friedrich. **Quem é o povo?:** a questão fundamental de democracia, Capítulo VI.

povo assim quis”²⁰⁰; b) o povo como *instância de atribuição*, sentido não icônico inferido do *governo do povo*, abrange os nacionais; c) o povo *ativo*, correspondente ao enunciado *governo pelo povo*, compreende o grupo contemplado pelas normas de direito eleitoral²⁰¹; d) o povo *destinatário*, visado no *governo para o povo*, deve abranger a população total, à qual se reconheça direitos fundamentais colocados sob proteção estatal.

Müller²⁰² admite que, embora o povo destinatário *deva* corresponder à população total, isso nem sempre ocorre na realidade. A exclusão, segundo o autor, consiste na “discriminação parcial de parcelas consideráveis da população” promovida pela desconsideração tendencial e difusa de indivíduos do âmbito das prestações estatais, a despeito da admissão de sua presença física no território nacional²⁰³. Os excluídos têm negada sua dignidade humana, uma vez que em relação a eles é *aceitável* a não aplicação de direitos fundamentais, “o que significa ‘marginalização’ como subintegração”²⁰⁴.

A dinâmica da exclusão descrita por Müller se opera em uma “superestrutura constituída de sobreintegração/subintegração”²⁰⁵. Os *sobreintegrados* dispõem da Constituição com exclusividade, inclusive por meio da fixação do sentido de *inconstitucionalidade* como algo contrário à ação daqueles. Isso lhes permitir rotular as reivindicações dos excluídos como subversão e, conseqüentemente, repelir alterações no *status quo*.

O autor ressalta que, especificamente no caso brasileiro, a *marginalização* resulta da limitação das pretensões de vigência constitucional a partir da aplicação do metacódigo da superestrutura, somente acessível aos sobreintegrados. Assim: “a constituição reduz-se a ferramenta ocasional dos sobreintegrados. Ela não foi ‘pensada’ para os subintegrados: não

²⁰⁰ É o que o autor detalha no seguinte trecho: “[...] o holismo santifica, ‘o’ povo está atrás da nossa práxis do poder-violência e torna-a inatacável. Nesse ideologema, ‘o’ povo ‘outorga’ também a forma de organização do nosso poder-violência, a constituição, não importa como ela possa ser posta e mantida em vigor na realidade. Contradições sociais subsistentes apesar dessa constituição ou em conformidade com ela são ao mesmo tempo justificadas ‘substancialmente’ com o argumento de que ‘o’ povo assim as quis. A população heterogênea é ‘unificada’ em benefício dos privilegiados e dos ocupantes do *establishment*, é ungida como ‘povo’ e fingida – por meio do monopólio da linguagem e da definição nas mãos do(s) grupo(s) dominante(s) – como constituinte e mantenedora da constituição. Isso impede, conforme se deseja, de dar um nome às cisões sociais reais, de vivê-las [...] e conseqüentemente trabalhá-las.” (MÜLLER, Friedrich. **Quem é o povo?:** a questão fundamental de democracia, p. 72.).

²⁰¹ Müller não o diz expressamente, mas pode-se concluir que sua concepção de *povo ativo* corresponde à dimensão da cidadania formal, conferida pela inscrição eleitoral.

²⁰² MÜLLER, Friedrich. **Quem é o povo?:** a questão fundamental de democracia, Capítulo IX.

²⁰³ MÜLLER, Friedrich. **Quem é o povo?:** a questão fundamental de democracia, p. 91.

²⁰⁴ MÜLLER, Friedrich. **Quem é o povo?:** a questão fundamental de democracia, p. 91.

²⁰⁵ MÜLLER, Friedrich. **Quem é o povo?:** a questão fundamental de democracia, Capítulo IX.

pode mais constituir”.²⁰⁶

Esse esvaziamento da aptidão *constituente* da Constituição evoca a crítica de Rosemiro Pereira Leal à *sociedade civil*. Segundo o autor, a sociedade civil não abarca toda a população do território, mas apenas os sujeitos que, já *patrimonializados*, valem-se da lei e de decisões judiciais para homologar uma pauta de direitos que reputam adequada, porque historicamente conquistada²⁰⁷. Trata-se, segundo Leal, de uma sociedade *pressuposta*, isto é, pré-existente em relação à Constituição, embora seja esta que, em tese, deveria instituir a sociedade. Os excluídos sociais são os *não patrimonializados*, os despossuídos. Sua integração ao conceito de povo se dá apenas na condição de habitante da cidade, e não pelo reconhecimento de serem eles, também, inatos portadores de liberdades²⁰⁸.

Para Leal, a ruptura com esse modelo de exclusão exige compreender que o sujeito de direito na democracia não é o *sujeito individual*, assim entendido como aquele detentor de direitos *históricos* já definidos e perpetuados pela ação estatal, mas, sim, o *sujeito natural*, titular de patrimônio biológico em iguais condições a todos. Os sujeitos naturais são investidos, diretamente pela Constituição, em direitos fundamentais. *Fundamentais*, para Leal, significa *fundacionais*, isto é, direitos que estabelecem uma igualdade estrutural (“posição isonômica teórico-linguística”) que alcança os despatrimonializados. Assim, a Constituição retoma sua aptidão *constituente* quando assegura a qualquer sujeito natural a “fruição de uma linguagem jurídica que lhe seja autoincludente”²⁰⁹.

Cabe aqui uma advertência. A problematização sobre a exclusão desenvolvida por Müller recai sobre a restrição do *status* de beneficiário das prestações estatais. Esse autor defende que a população total seja incluída na dimensão do *povo destinatário*, que contempla o gozo de direitos fundamentais em uma perspectiva apenas passiva. Müller não remete a questão da exclusão à dimensão do *povo ativo*. Nesse particular, mantém uma

²⁰⁶ MÜLLER, Friedrich. **Quem é o povo?:** a questão fundamental de democracia, p. 99.

²⁰⁷ LEAL, Rosemiro Pereira. O paradigma processual ante as sequelas míticas do poder *constituente* originário. **Phrónesis:** direito e sociedade, Piumhi, v.1, n.2, p.195-208, jul. 2009.

²⁰⁸ LEAL, Rosemiro Pereira. Processo civil e sociedade civil, p. 1. Nesse artigo são demarcados termos que, por serem essenciais à compreensão de diversas críticas do autor acerca da *jurisdição civil*, merecem aqui ser expostos, ainda que sinteticamente: 1) civil (*ci + villa*: o que habita a casa): patrimonializado; 2) povo (*potus*: errante, vadio): despossuído, despatrimonializado; 3) cidadão (*ci-datus*: o lugar dado pelo civil ao povo): povo libertado (e não inatamente portador da liberdade) de sua vida errante e desorganizada; 4) governo civil (*potestas; civillitas*): dirigido aos cidadãos (adotados) e dirigente do povo (não adotado), visa preservar a *villa*; 5) processo civil: modo, meio, instrumento da jurisdição e da ação do civis para sentenciar os cidadãos e o potus (sentido encampado pelos büllowianos).

²⁰⁹ LEAL, Rosemiro Pereira. Modelos processuais e constituição democrática. In: OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de; MACHADO, Felipe Daniel Amorim (Coord.). **Constituição e processo:** a contribuição do processo ao constitucionalismo democrático brasileiro. Belo Horizonte: Del Rey, 2009, p. 283-292.

compreensão circunscrita à concepção hegemônica de democracia, porque associa a participação à escolha de representantes pela via do sufrágio.

Apesar disso, seus apontamentos sobre a exclusão são plenamente aproveitáveis, com a retificação de seu campo semântico: é a noção de *povo ativo*, e não apenas de *povo destinatário*, que deve ser identificada com a *população total*.

A retificação sugerida encontra amparo condução do tema por Leal. A dimensão autoincludente dos direitos fundamentais, defendida por esse autor, enseja a ressignificação do *povo ativo* como comunidade jurídica; como população total que, juridificada pela Constituição, ingressa na dimensão de produção dos atos estatais com prerrogativa de discutir seu conteúdo.

3.4.2 Potencialização da atuação direta do cidadão

Por atuação direta compreende-se a abertura das instâncias de deliberação pública não apenas para representantes dos cidadãos, mas a estes próprios. Em perspectiva jurídica, essa abertura compreende a enunciação de sentidos com caráter vinculativo. Isso significa que não basta que se assegure o comparecimento do cidadão aos locais de deliberação, como ouvinte ou, tampouco, concedendo-lhe oportunidade de manifestação. O ingresso na instância deliberativa se perfaz quando o sentido enunciado pelo cidadão, ainda que não venha a prevalecer, não pode ser desconsiderado na tomada de decisões.

A concepção hegemônica de democracia concebe o sufrágio como ápice da participação do cidadão. A periodicidade dos mandatos implica na também periódica oportunidade de o cidadão ingressar em uma significativa instância deliberativa: a eleição. Ocorre que a participação eleitoral é uma etapa prévia da atuação intermediada (representação). O cômputo do voto praticamente esgota o campo de atuação direta vinculativa do cidadão. As eleições redundam na escolha de representantes e é a estes que se reconhece a prerrogativa *permanente* de enunciar, na deliberação pública, sentidos com caráter vinculativo.

A proposta de incremento jurídico da participação exige que a ressignificação da noção de povo ativo seja formulada em termos mais amplos que o *eleitorado*. A ativação do povo ocorre com o reconhecimento aos cidadãos da prerrogativa de veicular pretensões fundamentadas que vinculem a produção de decisões públicas, especialmente no que concerne ao gozo de direitos fundamentais (autoinclusão).

Converter em regra a abertura das instâncias de deliberação pública à participação

direta não significa eliminar a representação, mas reconhecer que *também* os cidadãos detêm a prerrogativa de enunciar sentidos com caráter vinculativo, *em momentos outros além da eleição*. Essa asserção leva a indagar de quais instâncias deliberativas se cogita.

Sem pretensão de esgotar as possibilidades de resposta a essa indagação, importa, para a presente pesquisa, a expansão da participação direta no âmbito da função judicial, especialmente a eleitoral, cuja delimitação foi efetuada no Capítulo 2. Nesse âmbito, o elitismo arraigado à concepção hegemônica de democracia espraia-se de um modo próprio: a vontade popular é juridicamente transmutada na noção de *interesse público*. Como efeito, o sistema jurídico estabelece que as ações judiciais para defesa desse cognominado *interesse público* devem ser promovidas e conduzidas por representantes capacitados.

Essa dinâmica será intensamente contestada no Capítulo 4. Por ora, o que se assinala é o caráter excludente desse modelo, assimilado à concepção hegemônica de democracia. Desse modo, já se torna possível suscitar a possibilidade de potencialização da participação pelo acesso direto do cidadão ao âmbito da função judicial eleitoral, ainda que em caráter concorrente com a atuação de representantes.

3.4.3 Deliberação pública ampla

O voto referendário ou a subscrição de projeto de lei popular consistem em enunciação de sentidos, em caráter vinculativo, diretamente pelos cidadãos, em momento não eleitoral. Todavia, ainda assim são modalidades restritas de participação, porque encerram a manifestação da cidadania em uma lógica binária, pelos padrões *sim/não* (referendo) e *adesão/não adesão* (projeto de iniciativa popular).

Essa lógica escamoteia a pluralidade e a complexidade das opiniões concernentes a um determinado tema. O teor lacônico da manifestação popular permite a manipulação do seu sentido por aquele a quem seja autorizado enunciá-lo. O *clamor popular* pode ser interpretado ao gosto do representante. Nessa medida, o resultado da consulta popular e a reivindicação de elaboração de leis aproximam-se da instância de justificação do exercício do poder.

Portanto, não é sem razão que Urbinati lança desconfiança sobre o voto direto em questões pontuais. Todavia, não parece adequado concluir, com essa autora, pela inaptidão da democracia participativa para desencadear construções decisórias consistentes, já que a inconsistência sugerida é uma decorrência dos limites estreitos impostos à manifestação dos cidadãos.

Por isso, o acesso às instâncias deliberativas deve cogitar de formas ampliadas de manifestação, pela qual os próprios cidadãos²¹⁰ possam elaborar e veicular pretensões fundamentadas que vinculem a tomada de decisão. Tal significa, especificamente no caso do acesso à função judicial, o reconhecimento amplo da legitimidade para agir, argumento que será desenvolvido no Capítulo 4.

3.5 Participação como primeira palavra-chave da concepção de democracia adotada na presente pesquisa: considerações finais do Capítulo e introdução a dois testes

Redimensionada como elemento jurídico autônomo e nuclear da democracia, a *participação* se apresenta como primeira palavra-chave da concepção de democracia adotada na presente pesquisa. Por meio dela, enuncia-se o ponto de partida da aferição do caráter democrático da função judicial eleitoral brasileira: *prerrogativa popular de enunciação de sentidos que vinculem a produção da decisão concernente à atribuição, modificação e extinção de direitos políticos e a segurança a seu exercício*.

Essa asserção deve ser submetida a dois testes, destinados a indagar da possibilidade teórica de suplantação das ficções homogeneizantes e das perspectivas elitistas da condução dos assuntos públicos, próprias da concepção hegemônica de democracia.

No primeiro teste, suscita-se o problema decorrente da proposta de atuação direta dos cidadãos nos procedimentos judiciais. A extensão da faculdade de por em movimento a função judicial é mesmo um reclame de democratização ou apenas mais um *descomedimento* provocado pelas paixões populares, contra o qual advertira Goyard-Fabre? Como conceber a participação da população total em procedimentos judiciais?

No segundo teste, indaga-se se o combate aos citados elementos da concepção hegemônica não é mais do que a substituição de uma idealidade por outra. Afinal, é possível estabelecer garantias (concretizáveis) de que a participação do cidadão assuma caráter vinculativo? Como institucionalizar a conexão entre participação e decisão judicial?

O resultado desses testes formata as duas outras palavras-chave associadas à concepção de democracia – respectivamente, *interesse* e *processo*, a serem desenvolvidas nos Capítulos 4 e 5.

²¹⁰ Nesse ponto, deve-se retomar a noção de *mandato imperativo*, no qual o representante, mero delegado do representado, atua a serviço deste. É este o caso da *representação jurídica por advogado*: o representante cumpre a função de traduzir para a linguagem técnica a pretensão do representado. Portanto, estabelece-se, desde logo, que a atuação ampla do cidadão na deliberação pública não é incompatível com a representação jurídica por advogado. Ao contrário, essa representação se torna mesmo elementar sempre que a instância deliberativa – como é o caso dos procedimentos judiciais – depender de expressão por linguagem jurídica.

4 LEGITIMIDADE PARA AGIR NA PRINCIPIOLOGIA CONSTITUCIONAL DEMOCRÁTICA

A experiência sensível sugere a impossibilidade de que a população brasileira – ou mesmo a população do menor dos municípios brasileiros – venha a atuar simultaneamente em procedimentos judiciais eleitorais. No entanto, em função da diretriz epistemológica adotada na presente pesquisa, a investigação das possibilidades de admissão da *população total* na construção das decisões judiciais eleitorais recusa solução por mera observação. Há uma indagação teórica, acerca de *quem tem legitimidade para provocar o exercício da função judicial eleitoral*, que a antecipação de óbices pragmático-utilitaristas projetados pelo senso comum não responde.

A resposta tampouco pode ser dada pela invocação da legislação infraconstitucional vigente, porque a presente pesquisa não se situa no âmbito da dogmática jurídica. Tratando-se de pesquisa teórico-crítica, todos os conteúdos legais se colocam como passíveis de arguição quanto a sua compatibilidade com premissas construídas argumentativamente.

Desse modo, a resposta há de ser encaminhada por proposições teórico-problematizantes. Para tanto, cumpre primeiramente demarcar o sentido do termo *legitimidade*, cuja desambiguação conduzirá à enunciação da noção de *legitimação* como termo não sinônimo. Após essa etapa, deve-se enfrentar o fechamento dogmático da estipulação legal de rol de *legitimados ativos*, para possibilitar a proposição da *legitimidade para agir* a partir da matriz teórica inscrita na Constituição.

4.1 Abordagem dogmática da legitimidade

A presente seção tem por objetivo problematizar a ideia, prevalecente na sociologia e na dogmática jurídica, de que legitimidade e legitimação compartilham um núcleo comum, relacionado à pretensão de domínio.

4.1.1 Concepções sociológicas de legitimidade

No âmbito da sociologia, a legitimidade é usualmente tratada como *crença* na prerrogativa de mando da autoridade (poder estabilizado) e na existência de um correlato dever de obediência²¹¹. O Direito é visto pela sociologia como *estrutura estruturada* e não

²¹¹ STOPPINO, Mario. Autoridade. In: BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. **Dicionário de política**. 11. ed. Brasília: Ed. UnB, 1998, p. 88-94.

estrutura estruturante, funcionando como um instrumento de poder instituído, e não como configurador desse poder. Quando muito, esse funcionamento assumiria um propósito de autoconservação que, orgânico, independe de cogitações acerca de teorias que o instituem o próprio sistema jurídico²¹². Assim, a constituição político-jurídica do Estado, inclusive no que concerne à estruturação democrática ou autocrática dos órgãos que exercem o poder, é um aspecto que não repercute na análise sociológica da legitimidade.

Max Weber²¹³, um dos fundadores da sociologia, considera que legitimidade é a “probabilidade de encontrar obediência a um determinado mandato”²¹⁴. Esse intento pode ser alcançado pela estruturação das relações de poder a partir de três elementos: a lei formal (estatuto), a tradição e o carisma. Cada um desses elementos configura um *tipo puro de dominação*²¹⁵: a legal, a tradicional e a carismática. Isolados ou combinados, esses tipos puros mantêm sob controle a contestação do poder. Na compreensão de Weber, o poder é legítimo enquanto lograr êxito em obter obediência. A questão da legitimidade se resolve pela subsistência do domínio.

Niklas Luhmann²¹⁶, na linha do pensamento weberiano, compreende *legitimidade* como “disposição generalizada para aceitar decisões de conteúdo ainda não definido, dentro de certos limites de tolerância”²¹⁷. O sustentáculo da legitimidade é a “crença na legalidade das ordens estabelecidas”, mas, para Luhmann, isso não explica “a forma como uma tal legitimação da legalidade é sociologicamente possível”²¹⁸.

Diante disso, o autor introduz a questão da *legitimação*, que diz respeito à

²¹² LUHMANN, Niklas. **Introdução à teoria dos sistemas**. Tradução Ana Cristina Arantes. 3. ed.. Petrópolis, RJ: Vozes, 2011.

²¹³ WEBER, Max. Os três tipos puros de dominação legítima. In: COHN, Gabriel (org.). **Max Weber: sociologia**. 7. ed., 6. reimpr.. São Paulo: Ática, 2004, p. 128-141.

²¹⁴ WEBER, Max. Os três tipos puros de dominação legítima, p. 128.

²¹⁵ *Puro* deve ser aqui entendido como “o que é constituído de modo rigorosamente conforme a própria definição” (ABBAGNANO, Nicola. *Puro*. In: ABBAGNANO, Nicola. **Dicionário de filosofia**. Ed. rev. e ampl.. Tradução coordenada por Alfredo Bosi. Rev. Ivone Castilho Benedetti. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 954-955.). Rosemiro Pereira Leal observa que a fixação do “puro” implica na paralisação da análise ante o elemento simples, o que consiste em aceitar um dogma e estacionar sobre ele. Segundo o professor, já em *Teeteto*, de Platão, se perceberia o paradoxo do conhecimento que resulta em desconhecimento: o *simples*, encontrado ao final do processo de conhecimento, é incognoscível, indiscernível, já que impassível de análise (decomposição). Referindo-se aos três tipos puros de dominação legítima concebidos por Weber, Leal observa que, para o sociólogo, o simples não é *explicável*, isto é, redutível, mas é *compreensível* a partir da apresentação de uma definição. (LEAL, Rosemiro Pereira. Teoria processual da decisão jurídica (disciplina do Mestrado em Direito Processual). Belo Horizonte: Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, 2. semestre de 2012 (Notas de aula)).

²¹⁶ LUHMANN, Niklas. **Legitimação pelo procedimento**. Tradução de Maria da Conceição. Brasília. UNB, 1980.

²¹⁷ LUHMANN, Niklas. **Legitimação pelo procedimento**, p. 30.

²¹⁸ LUHMANN, Niklas. **Legitimação pelo procedimento**, p. 30.

estabilização do sistema, e não aos fundamentos do exercício do poder. O domínio assentado sobre a legalidade já parece a Luhmann, *a priori*, legítimo: resta saber o que faz com que as leis sejam toleradas por seus destinatários.

Luhmann assume como inevitável a aleatoriedade do conteúdo das decisões que impõem obrigatoriamente dentro do sistema. Além disso, observa que há uma constante demanda de decisões dirigida ao sistema. Por isso, a estabilização deste não se relaciona ao conteúdo das decisões, mas ao modo de produção destas. É, portanto, uma estabilização dinâmica, e não estática.

O que importa para a sobrevivência do sistema social, na visão luhmanniana, é a aceitação generalizada dos procedimentos como redutores da complexidade do ambiente. Não apenas os participantes diretos do procedimento, como também os indiretos, devem reconhecer que a decisão produzida com observância do procedimento pode selecionar (fixar e alterar) a expectativa em relação às condutas e impor esse sentido obrigatoriamente. A legitimação é assim identificada como a “institucionalização do aprendizado social”, enquanto aceitação da possibilidade de “transformação estrutural permanente de expectativas”²¹⁹.

Na sociologia de Pierre Bourdieu²²⁰, a legitimidade surge como atributo dos significados produzidos por quem detém o poder simbólico. Bourdieu confere especial destaque à cultura, como estrutura estruturante, e ressalta que os eruditos travam uma disputa de atribuição de significados, no interior dos variados *campos* (espaços de conflitos). O objetivo dessa disputa é produzir bens simbólicos e determinar-lhes o valor, em uma dimensão autônoma em relação ao mercado econômico – ou seja, ao valor monetário do bem.

A disputa simbólica é, pois, uma competição por legitimidade. Sagra-se vencedor aquele que logra instituir as regras aplicáveis ao campo, estabelecendo os códigos de comportamento considerados adequados, o que encaminha a formação do capital simbólico:

O capital simbólico é constituído pelo campo de produção erudita, que produz significados para o público e para seus pares. [...] [Q]uando dois produtores se confrontam, o que está em tela é a pretensão à legitimidade cultural. Assim, criam-se receptores aptos a receber e agentes de reprodução para manter a cultura estabelecida e conservar seu mercado de bens simbólicos. [...] Produtores, reprodutores e difusores retroalimentam o *status quo*, através da consagração de

²¹⁹ LUHMANN, Niklas. **Legitimação pelo procedimento**, p. 35.

²²⁰ BOURDIEU, Pierre. **A economia das trocas simbólicas**.

um gênero de produtos e da imagem do homem cultivado.²²¹

O *campo jurídico* é concebido como um espaço social, “no interior do qual se produz e se exerce a autoridade jurídica, forma por excelência da violência simbólica²²² legítima cujo monopólio pertence ao Estado e que se pode combinar com o exercício da força física”²²³. O capital simbólico formado nesse campo é a fixação de sentidos em uma gramática própria (linguagem jurídica). Na percepção de Bourdieu, o campo jurídico é dotado de *autonomia relativa*: pela codificação das regras jurídicas, os operadores jurídicos buscam preservar o campo das interferências sociais (pressões externas); no entanto, não recusam a absorção de conteúdos políticos com os quais consagram a ordem estabelecida e corroboram a dominação simbólica institucionalizada.

Essa análise de Bourdieu se propõe, abertamente, a refutar duas posições extremas: o instrumentalismo marxista, que vê no Direito mero reflexo das relações de força economicamente determinadas, e o formalismo kelseniano, que considera a forma jurídica absolutamente autônoma em relação ao mundo social²²⁴. Bourdieu tem êxito no primeiro objetivo, uma vez que teoriza a disputa travada dentro do campo jurídico como uma dinâmica de dominação que independe do poder econômico.

O mesmo não sucede quanto ao segundo objetivo. Ainda que demarque a relatividade da autonomia do campo jurídico, Bourdieu não consegue fornecer como parâmetro de legitimidade do Direito algo além da conformidade aos códigos dominantes produzidos no próprio campo. Ademais, a permeabilidade desses códigos às pressões externas ao campo, associada ao sucesso de um produtor (erudito) em estabelecer um novo significado e impô-lo aos demais, encontra paralelo na teoria de Kelsen. Este, apesar de *propor-se* a expurgar do estudo do Direito “tudo quanto não pertença ao seu objeto”²²⁵, culmina por assimilar a sua *teoria pura* o impacto das forças sociais sobre a legitimidade do ordenamento jurídico, como se passa a expor.

²²¹ BRACARENSE, Mariana Sousa; GRETA, Roberta Maia. **Os partidos políticos na reforma política brasileira**: crise de representatividade e poder simbólico. Trabalho apresentado no 6. Congresso Latinoamericano del Ciencia Política: la investigación política en América Latina, promovido pela Asociación Latinoamericana de Ciencia Política – ALACIP, realizado de 12 a 14 de junho de 2012, em Quito/Equador.

²²² A violência simbólica “designa a busca pela consagração cultural e pelo poder de concedê-la a instituições que as selecionam e consagram”. (BRACARENSE, Mariana Sousa; GRETA, Roberta Maia. **Os partidos políticos na reforma política brasileira**: crise de representatividade e poder simbólico.).

²²³ BOURDIEU, Pierre. **O poder simbólico**. Tradução Fernando Tomaz. Lisboa: Difel, 1989. Capítulo VIII. A força do direito: elementos para uma sociologia do campo jurídico, p. 211.

²²⁴ BOURDIEU, Pierre. **O poder simbólico**, p. 209-211.

²²⁵ KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. Tradução João Baptista Machado. 5. ed.. São Paulo: Martins Fontes, 1996. (Ensino Superior), p. 1.

4.1.2 Princípio da legitimidade na teoria pura do direito

O Direito é concebido por Kelsen como um sistema dinâmico: a norma fundamental pressuposta é desprovida de conteúdo que funcione como parâmetro de validação (como paz, justiça, amor a Deus), e se limita a atribuir a uma autoridade o poder de criar normas às quais, por conseguinte, todos devem obediência²²⁶. Admitido, nessa perspectiva dinâmica, que “todo e qualquer conteúdo pode ser Direito”²²⁷, Kelsen, se além ao modo de alteração das normas e estabelece uma *principiologia formal* do ordenamento jurídico.

O *princípio da legitimidade* determina que “a norma de uma ordem jurídica é válida até a sua validade terminar por um modo determinado através desta mesma ordem jurídica, ou até ser substituída pela validade de uma outra ordem jurídica”²²⁸. Legítima é, pois, a produção, permanência e substituição de normas no ordenamento com observância às regras formais da hierarquia normativa.

Por oposição, é ilegítima “toda modificação da Constituição, ou sua substituição por outra, não operadas segundo as determinações da mesma Constituição”²²⁹. Toda tentativa de modificação ilegítima da Constituição caracteriza, em um primeiro momento, uma *revolução no sentido amplo*. Mas sua configuração final é ditada conforme o resultado do intento revolucionário.

Se a revolução vem a ser debelada pelo poder instituído, ela se frustra, porque não chega a provocar a derrocada do ordenamento. O insucesso da revolução denota a manutenção do êxito da dominação e, por conseguinte, tem-se confirmada a aplicação do princípio da legitimidade. O raciocínio é similar ao weberiano: são irrelevantes a motivação das forças revolucionárias, o modo pelo qual se organizaram, o modo como são rechaçadas.

Se, porém, o poder instituído é sobrepujado, a revolução é bem-sucedida. Esse resultado é identificado, segundo Kelsen, quando as normas produzidas sem observância dos procedimentos de modificação instituídos obtêm obediência tal que façam pressupor que uma nova norma fundamental tenha tomado o lugar da antiga²³⁰.

²²⁶ KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**, p. 217-224.

²²⁷ KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**, p. 221.

²²⁸ KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**, p. 233.

²²⁹ KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**, p. 233.

²³⁰ Não é demais enfatizar que essa nova norma fundamental, segundo a exposição de Kelsen, significa simplesmente a atribuição do poder de produzir normas a outra autoridade, aquela que revolucionariamente faz-se substituir à anterior, não vinculando, sob nenhum aspecto, o conteúdo da constituição jurídico-positiva que esta autoridade venha a produzir.

O êxito da revolução em provocar a derrocada do ordenamento vigente corresponde à aplicação do *princípio da efetividade*, que significa a prevalência das forças sociais sobre o poder instituído juridicamente. Ao cabo, quando o domínio da nova autoridade se consolida, pelo *reconhecimento* das demais nações, entende Kelsen que o princípio da legitimidade se restabelece: “o Direito internacional legitima a revolução triunfante como um processo criador de Direito”²³¹. Após esse reconhecimento, os fatos revolucionários serão revistos *em retrospecto* e considerados como desde sempre autorizados a produzir normas: “a modificação da norma fundamental segue-se à modificação dos fatos a serem interpretados como criação e aplicação de normas jurídicas válidas”²³².

O sucesso da revolução, referido por Kelsen, pode ser compreendido como um *acontecimento fundador*. Trata-se, conforme estudos de Paul Ricouer²³³, do fato simbólico associado à origem da comunidade e que é manejado em prol da construção do discurso justificador do poder. Ricouer enfatiza que os eventos que levam à derrocada de um Estado e à instauração de outro são sujeitos a legitimação *a posteriori*²³⁴. Sua análise evidencia o papel da narrativa na reconstrução dos fatos: *a violência não encontra legitimidade no momento em que praticada*, mas, sim, tem essa legitimidade forjada a partir da narrativa produzida pelo Estado de Direito que se instaura por aquela violência.

Marilena Chauí também aborda o tema, sob a perspectiva da ideologia. Segundo a autora, “a operação ideológica consiste numa paralisação do tempo para conferir à sociedade uma identidade para sempre fixada”²³⁵. A expressão *para sempre*, aqui, ressalta não o tempo cronológico, mas, exatamente, a consolidação do poder como um dogma, não arguido quanto a seus fundamentos e não interrogado a respeito de seus objetivos. Importa a *crença* em que o poder é exercido como *deve ser*, e, nessa medida:

[...] a função da ideologia é ocultar a divisão social das classes, a exploração econômica, a dominação política e a exclusão cultural, oferecendo aos membros da sociedade o sentimento de uma mesma identidade social, fundada em referenciais unificadores como, por exemplo, a Humanidade, a Liberdade, a Justiça, a Igualdade, a Nação.²³⁶

²³¹ KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**, p. 240.

²³² KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**, p. 234.

²³³ RICOUER, Paul. **A memória, a história o esquecimento**. Tradução Alain François [et al.]. 3. reimp.. Campinas: Editora UNICAMP, 2010.

²³⁴ Nas palavras do autor, são “atos violentos legitimados posteriormente por um estado de direito precário” RICOUER, Paul. **A memória, a história o esquecimento**, p. 92.

²³⁵ CHAUI, Marilena. **Manifestações ideológicas do autoritarismo brasileiro**. Organizador André Rocha. Belo Horizonte: Autêntica; São Paulo: Editora Fundação Perseu Abramo, 2013. (Escritos de Marilena Chauí, 2), p. 119.

²³⁶ CHAUI, Marilena. **Manifestações ideológicas do autoritarismo brasileiro**, p. 117-118.

Afere-se que o ciclo de *legitimação* explicado por Kelsen possui uma nota de circularidade: o reconhecimento internacional convola em legítima a ruptura com a ordem anterior estabelecida, nascida ilegítima. Essa construção resvala para o raciocínio falacioso – ao qual o autor expressamente se opusera²³⁷ – que retira da ordem do “ser” (o êxito do movimento revolucionário) um “dever-ser” (o dever de observância obrigatória das normas produzidas). A falha está em que, a norma fundamental, apresentada por Kelsen como *pressuposto transcendental* que precede logicamente à produção de normas válidas, acaba sendo *inferida do contexto fático* no qual um movimento revolucionário se mostrou capaz de sobrepor-se à autoridade constituída. Desse modo, a dominação (conquista da obediência) é que se torna o pressuposto (empírico) da norma fundamental.

Genaro Carrió²³⁸ observa que o ciclo de legitimação proposto por Kelsen viola os limites próprios da linguagem normativa. Se a análise do fenômeno presente (reconhecimento internacional do novo governo) revela que os revolucionários *bem sucedidos* estavam *autorizados a desobedecer à autoridade* então instituída, a noção de atribuição/competência passa a significar o nada jurídico. Afinal, não há como reputar jurídica uma regra de atribuição assim enunciada: *é permitido fazer uma revolução triunfante, mas não uma fracassada*. Por derivar uma prescrição geral de premissas puramente descritivas²³⁹, o ciclo de legitimação proposto por Kelsen se caracteriza, segundo Carrió, como um *sem-sentido*.

4.2 Abordagem democrática de legitimidade

As abordagens sociológicas da legitimidade apresentadas e a principiologia formal de Kelsen confluem para afirmar que: a) o exercício do poder estatal é legítimo enquanto a dominação for bem sucedida; b) as alterações na dominação se legitimam por seu êxito em

²³⁷ Páginas antes, diz o positivista: “[...] a questão de por que é que a norma vale – quer dizer: por que é que o indivíduo se deve conduzir de tal forma – não pode ser respondida com a simples verificação de um fato da ordem do ser, [...] o fundamento de validade de uma norma não poder ser um tal fato. Do fato de algo *ser* não pode seguir-se que algo *deve* ser; assim como do fato de algo *dever* ser se não pode seguir que algo *é*. O fundamento de validade de uma norma apenas pode ser a validade de uma outra norma.” (KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**, p. 215.).

²³⁸ CARRIÓ, Genaro. **Sobre los límites del lenguaje normativo**. 1. reimpr. Buenos Aires: Astrea, 2001.

²³⁹ Carrió credits David Hume a enunciação da falácia filosófica que consiste em derivar uma prescrição geral de premissas puramente descritivas. Valendo-se de elucidativo paralelo com a cleptomania, Carrió distingue *escusa* e *justificativa*: a doença desaconselha que os cleptomaníacos sejam castigados (a doença é escusa), mas não torna lícita a apropriação da coisa alheia (a doença não é justificativa). (CARRIÓ, Genaro. **Sobre los límites del lenguaje normativo**, p. 78.).

se fazer obedecer; c) a prevalência do fato social sobre a construção jurídica obriga a reformulação desta.

Nessa dinâmica dogmática do poder, a ideologia é o elemento que reveste de aceitação a condição do dominado: “a ideologia acrescentaria uma espécie de mais-valia à nossa crença espontânea, graças à qual esta poderia satisfazer às demandas da autoridade”²⁴⁰. A legitimidade não é mais que a constatação da docilidade da adesão da população real ao comando da autoridade, como desdobramento do reconhecimento daquela na dimensão icônica do povo projetada por esta.

A ruptura com a dimensão icônica do povo que, no Capítulo 3, conduziu à identificação da população total como povo ativo exige, nesta etapa, a elaboração de uma concepção de legitimidade não dogmática. Para tanto, a ideologização deve ceder espaço à autoinclusão, premissa democrática que converte as instâncias de deliberação pública em *loci* de discussão dos conteúdos jurídicos.

Sob esse viés, a legitimidade do exercício do poder não é aferível de acordo com o êxito da dominação (blindagem do aparelho estatal), mas, sim, pela *inexistência de óbices à autoinclusão* (garantia do exercício de direitos fundamentais). Tal asserção é fundamentada na precedência teórico-instituinte da Constituição, anunciada por Rosemiro Pereira Leal sob o enfoque da *igualdade institucional* entre Estado e Cidadania.

A Cidadania é o “deliberado vínculo jurídico-político-constitucional que qualifica o indivíduo como condutor de decisões, construtor e reconstrutor do ordenamento jurídico da sociedade política a que se filiou”²⁴¹. No Estado Democrático de Direito, aquela não se subordina ao Estado, pois ambos – Cidadania e Estado - são configurados conforme uma disciplina teórico-constitucional precedente. A autoridade democrática é, portanto, *instituída* pela ordem jurídica, e não *instituinte* desta.

A atuação do Estado deve obediência a sua matriz instituinte, da qual faz parte a intangibilidade de direitos fundamentais²⁴². É a igualdade institucional que repele concepções de efetividade estatal calcadas na redução estratégica dos espaços constitucionalmente assegurados de atuação da Cidadania. Segundo Leal:

[...] a legitimidade fundante e a validade das instituições jurídicas emergem da estrutura normativa constitucional, quando é esta garantidora da atuação

²⁴⁰ RICOUER, Paul. **A memória, a história o esquecimento**, p. 96.

²⁴¹ LEAL, Rosemiro Pereira. **Teoria processual da decisão jurídica**, p. 150-151.

²⁴² “Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir [...] os direitos e garantias individuais.” (Constituição, art. 60, §4º, I).

permanente da Cidadania na transformação ou preservação do Estado e das demais instituições²⁴³.

Legítimo, portanto, é o exercício das funções estatais quando adstrito ao âmbito em que foi instituído. A imperatividade dos atos estatais, em perspectiva democrática, somente se compreende como “manifestação do poder político do Estado, poder que jamais poderá ser arbitrário, [...] mas poder constitucionalmente organizado, delimitado, exercido e controlado conforme as diretivas do princípio do Estado Democrático de Direito”²⁴⁴.

4.2.1.1 Caracterização do ato estatal ilegítimo frente à compreensão democrática de legitimidade

Decorre daí que, quando o Estado, ignorando a precedência da matriz instituinte, exerce qualquer de suas funções para restringir liberdades que defluem diretamente da Constituição, age de forma *ilegítima*, ainda que logre, com isso, acentuar a dominação e docilizar a população. A autoridade que avoca para si o poder de reduzir as possibilidades de autoinclusão assume, desautorizadamente, um papel *instituinte*, como estratégia de contenção de questionamentos quanto a seu próprio modo de atuar.

Nesse dinâmica, a função estatal já não é exercida como competência (poder político, *potestas*), mas como arbítrio (poder de fato, *potentia*²⁴⁵). O Estado, aos moldes luhmannianos, interpreta o exercício da Cidadania como irritação provocada pelo atrito do sistema jurídico com o ambiente e, para eliminá-la, utiliza-se dos meios de que dispõe.

É precisamente em função da possibilidade de manejo estratégico das funções estatais que a pretensão de correspondência entre legitimidade e legalidade, referida por Weber e Luhmann, se mostra dogmática. Na democracia, a função legislativa também se encontra submetida à matriz instituinte do Estado e, por isso, seu exercício permanece sujeito a constante aferição de legitimidade.

A principiologia do Estado Democrático de Direito recusa, pois, *fundamento místico*²⁴⁶ à autoridade das leis. A legitimidade não é uma imanência da atuação parlamentar

²⁴³ LEAL, Rosemiro Pereira. **Teoria geral do processo**: primeiros estudos, p. 36-37.

²⁴⁴ BRÊTAS, Ronaldo de Carvalho Dias. **Processo constitucional e estado democrático de direito**, p. 34.

²⁴⁵ A distinção entre *potestas* e *potentia* é dada por GOYARD-FABRE, Simone. **Os princípios filosóficos do direito político moderno**, p. 2.

²⁴⁶ Jacques Derrida refere-se ao “fundamento místico da autoridade”, assim nominado por Montaigne e Pascal, como “um silêncio murado na estrutura violenta do ato fundador [do direito]”, que seria sempre um “golpe de força”, uma “violência performativa” pois, por uma decisão, rasga “o tecido homogêneo de uma história”.

mas, sim, um atributo da lei produzida com respeito aos limites em que instituída a função legislativa. Nesse sentido, observa Rosemiro Pereira Leal:

O fato de uma lei ser produzida num parlamento não torna democrático o direito dela derivado, mesmo que se trate de um Estado constitucional e declaradamente democrático. É que regimes de dominação estratégica em variáveis e engenhosas normatividades adotam rótulos constitucionais de ênfase retórico-democrática como formas patrióticas (cívicas) de gerir o povo icônico numa cadeia de razões infinitamente messiânica.²⁴⁷

Quando a lei molda a compreensão de direitos fundamentais, restringindo-os, cria significados que se impõem apenas pela autoridade, mas que, em viés democrático, *não* são legítimos. Por conseguinte, uma decisão judicial que invoque referida lei como fundamento também será ilegítima.

Essa constatação é aqui possível, e se torna até mesmo singela, após a exposição da concepção de legitimidade adotada. No entanto, caso tomada a legalidade como presunção absoluta da legitimidade, a decisão judicial amparada na lei violadora da igualdade institucional entre Estado e Cidadania se torna incontestável. A lei, ao não ter sua própria ilegitimidade apontada, se dogmatiza e comparece para ocultar a ilegitimidade do exercício da função judicial. No império das concepções dogmáticas, a lei ilegítima funciona, então, como instrumento de *imunização* de outro ato estatal ilegítimo.

4.2.1.2 Legitimação: estratégia de imunização dos atos ilegítimos

A ideia de imunização é apresentada por Tercio Sampaio Ferraz Júnior²⁴⁸ como relação pragmática entre normas, que possibilita à autoridade neutralizar sua desconfirmação pelo sujeito. A autoridade é como tal reconhecida exatamente porque está “de antemão imunizada” em razão de encontrar, “em outra instância, [...] algum fundamento (reconhecimento social, inspiração divina, etc.)”²⁴⁹. A desconfirmação é a tentativa do sujeito de comportar-se de modo diverso ao estabelecido pela autoridade e a neutralização é a ativação da imunidade previamente conferida à autoridade, que torna inócua, da perspectiva do sistema, aquela tentativa.

A exposição de Ferraz Júnior, sempre voltada para a ideia de preservação do

(DERRIDA, Jacques. **Força de lei: o fundamento místico da autoridade**. 2. ed.. São Paulo: Livraria Martins Fontes, 2010. p. 24-25.).

²⁴⁷ LEAL, Rosemiro Pereira. **Processo como teoria da lei democrática**. Belo Horizonte: Forum, 2010, p. 97.

²⁴⁸ FERRAZ JÚNIOR, Tercio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação**, p. 183-187.

²⁴⁹ FERRAZ JÚNIOR, Tercio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação**, p. 184

sistema²⁵⁰, permite entrever seu entendimento de que as funções estatais não estão submetidas a uma matriz principiológica instituinte. Para o autor, a produção autopoietica de normas, por meio de leis e de sentenças²⁵¹, tem por objetivo o incremento do repertório do sistema jurídico, com vistas a responder à demanda de decisão dirigida a este. Para atender a esse objetivo, o sistema pode recorrer a câmbios estruturais, isto é, alterar momentaneamente seu padrão de funcionamento. Para Ferraz Júnior, o trânsito entre legalidade, legitimidade e efetividade, se dá tal como fossem esses padrões o termostato que permite a uma geladeira continuar funcionando em quaisquer condições de temperatura do ambiente²⁵².

A própria ocorrência do câmbio estrutural é imprevisível, pois, embora seja este regulado por *regras de calibração*, estas mesmas “surgem e desaparecem na História” sob o influxo da jurisprudência, da doutrina, da política, da religião e da moral²⁵³. Na promoção da *estabilidade dinâmica*, a sobrevivência desse sistema (dogmaticamente concebido) depende, fortemente, do sucesso das relações de imunização: *a resposta do sistema (repertório) precisa ser confirmada como ato da autoridade*, o que é feito por outras normas, que caracterizam a resposta como de observância obrigatória.

Essa reflexão permite compreender o ciclo de legitimação como irremediavelmente dogmático. Seu objetivo é assegurar obediência a atos necessários à conquista e à manutenção da dominação. A autoridade é blindada ideologicamente quando não se confere abertura para questionamento da violência por ela praticada – o que logra, precisamente, por relações de imunização.

Tal asserção, ainda que não assumida pelos respectivos autores, sublinha o princípio da efetividade de Kelsen, a violência simbólica de Bourdieu e a legitimação pelo procedimento de Luhmann: invariavelmente, a legitimação opera como *blindagem* que se destina a estabilizar o Estado e a manter essa estabilidade pela ocultação da arbitrariedade de atos como a revolução, a produção erudita do capital simbólico e a seletividade dos conteúdos jurídicos.

²⁵⁰ Postura esta que é compatível com a teoria luhmanniana, a qual, nem sempre referenciada, visivelmente inspira a exposição de Ferraz Júnior.

²⁵¹ Importante destacar que, na concepção de Ferraz Júnior, firme no reconhecimento de um poder criativo dos juízes, as decisões judiciais são consideradas normas individuais (FERRAZ JÚNIOR, Tercio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito**: técnica, decisão, dominação, p. 126.), perspectiva incompatível com as premissas da presente pesquisa.

²⁵² FERRAZ JÚNIOR, Tercio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito**: técnica, decisão, dominação, p. 191-197.

²⁵³ FERRAZ JÚNIOR, Tercio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito**: técnica, decisão, dominação, p. 193.

Luís Roberto Barroso reconhece que leis e decisões frequentemente ocultam sua finalidade de consolidação do domínio simbólico:

[...] as doutrinas jurídicas dominantes normalmente deixam de lado o papel desempenhado pela ideologia, tanto do legislador quanto do intérprete da lei. Esse silêncio nada mais é do que um compromisso com o status quo. [...] O direito é ideológico na medida em que oculta o sentido das relações estruturais estabelecidas entre os sujeitos, com a finalidade de reproduzir os mecanismos de hegemonia social.²⁵⁴

A legitimação é desencadeada para conferir *aparência* de legítimo ao que não o é, propósito ao qual bem serve a legalidade se tratada como *fetice* (“efeito externo encobridor das causas existenciais”²⁵⁵). O pressuposto da legitimação é que a lei vale por ser ato de autoridade e que esta vale por si, porquanto previamente imunizada por uma compreensão histórica da Constituição como ato fundador. O fetice da lei impede que a teoria democrática inscrita na Constituição, instituinte da igualdade institucional entre Estado e Cidadania, seja acessada para questionar o modo de exercício da própria atividade legislativa.

Nesse sentido, Rosemiro Pereira Leal aponta que “o parlamento é mesmo um lugar de violência normatizante” se a lei é criada

[...]como forma de autopreservação de sua autocracia e só manejável por um elemento que lhe é normativamente imanente e causa de sua eficiência: a autoridade pública, porque pública também é a lei”, dinâmica que torna indiscerníveis “o sujeito e o objeto (autoridade e lei)”²⁵⁶.

A argumentação desenvolvida permite distinguir legitimação e legitimidade democrática. Enquanto a *legitimidade* do exercício das funções estatais é aferida por seu balizamento constitucional, especialmente pela intangibilidade da prerrogativa de autoinclusão da população total, a *legitimação* envolve um esforço estatal estratégico de estabilização de práticas que vulneram a igualdade institucional entre Estado e Cidadania.

4.2.1.3 Faculdade de provocar o exercício da função judicial: legitimidade ou legitimação para agir?

²⁵⁴ BARROSO, Luís Roberto. **Intepretação e aplicação da Constituição**. 7. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2009., p. 247.

²⁵⁵ LEAL, Rosemiro Pereira. Direitos fundamentais do processo na desnaturalização dos direitos humanos. **Revista da Faculdade Mineira de Direito**, Belo Horizonte, v.9, n.17, p.89-100, 1º sem. 2006.

²⁵⁶ LEAL, Rosemiro Pereira. **Processo como teoria da lei democrática**, p. 100-101.

Demarcada a distinção entre legitimidade e legitimação, retoma-se a indagação feita em abertura ao presente Capítulo, quanto à aferição de legitimidade para provocar o exercício da função judicial eleitoral. Nesta subseção, avalia-se se a previsão de critérios infraconstitucionais, como a estipulação legal do rol de pessoas ou entes que podem instaurar procedimentos eleitorais, é apta a fornecer resposta a essa indagação.

Conforme estabelecido, o exercício legítimo da função estatal é aquele adstrito ao âmbito de sua instituição. Desse modo: a) ou a atribuição da faculdade de agir é alcançada pela tarefa de regulamentar a atuação dos órgãos judiciários, ínsita à competência legislativa da União²⁵⁷, e assim pode ser caracterizada como exercício legítimo da função legislativa; b) ou, ao contrário, ultrapassa o âmbito dessa competência e invade o espaço constitucionalmente instituído da Cidadania, o que perfaz exercício ilegítimo da função legislativa, apenas destinado a imunizar o exercício da função judicial.

A Constituição de 1988 institui a inafastabilidade da jurisdição como direito fundamental²⁵⁸, ao dispor em seu art. 5º, XXXV que “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”²⁵⁹. O dispositivo delineia, no plano teórico, a viabilização da autoinclusão, pela permanente abertura da função judicial à discussão dos conteúdos jurídicos, que se faz pelo enfrentamento das alegações de lesão e ameaça a direito. Essa dimensão principiológica é explicada por Vicente de Paula Maciel Júnior como a instituição de “um sistema aberto, no qual a participação é consagrada e é difusa a um número indeterminado de interessados em diversas situações jurídicas”²⁶⁰.

Uma vez inscrita na Constituição, a inafastabilidade da jurisdição vincula o Estado, como um todo. Assim, é ilegítima a recusa, por parte dos órgãos judiciários que integram o Estado, ao exame da alegação de lesão ou ameaça a direitos. Na linha da exposição

²⁵⁷ Ainda sem adentrar a distinção entre processo e procedimento, é por ora suficiente constatar que a Constituição reserva à lei federal a competência para dispor sobre direito processual e para estabelecer normas gerais relativas a procedimentos judiciais: “Art. 22. Compete privativamente à União legislar sobre: I - direito [...] processual [...]”; “Art. 24. Compete à União, aos Estados e ao Distrito Federal legislar concorrentemente sobre: [...] XI - procedimentos em matéria processual” (BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**, art. 22, I e art. 24, IX).

²⁵⁸ Ao ser enunciada como princípio a inafastabilidade da *jurisdição*, pressupõe-se a concepção de jurisdição estatuída na seção 2.1, pois o que a Constituição propugna como direito fundamental é o democrático exercício da função judicial, por sua subsunção à principiológica da própria Constituição, e não a replicação de um decidir histórico que “é mera atividade de julgar e descende diretamente da primeva arbitragem, onde a clarividência divinatória dos sacerdotes e o carismático senso inato de justiça dos pretores e árbitros é que marcavam e vincavam o acerto e a sabedoria das decisões”. (LEAL, Rosemiro Pereira. **Teoria geral do processo**: primeiros estudos, p. 26.)

²⁵⁹ BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**, art. 5º, XXXV.

²⁶⁰ MACIEL JÚNIOR, Vicente de Paula. **Teoria das ações coletivas**: as ações coletivas como ações temáticas, p. 172.

desenvolvida, essa recusa não se torna legítima caso uma lei *autorize* o órgão judiciário a assim atuar. Afinal, o próprio exercício da função legislativa seria ilegítimo.

A percepção da ilegitimidade do exercício da função legislativa é dificultada quando a restrição à participação não é enunciada de forma direta, como uma vedação, mas por meio da estipulação de um rol de pessoas ou entes aos quais *autoriza* instaurar procedimentos judiciais – estipulação da qual decorre, implicitamente, a limitação da prerrogativa constitucional de acesso à função judicial.

A indicação de entes representativos como aptos a instaurar ações que suscitem lesão ou ameaça que afetem toda a coletividade é uma projeção da concepção hegemônica de democracia sobre o âmbito da função judicial. A persistência da visão homogeneizada e passiva da população, subsumida no povo icônico ou no povo destinatário, obscurece a percepção de que há, também nas questões judiciais de alcance coletivo, uma prerrogativa constitucional dos cidadãos de participar diretamente da produção da decisão judicial. A violação ao princípio da inafastabilidade da jurisdição é dissimulada na aparência de uma concessão estatal – a *outorga* da faculdade de agir àqueles expressamente referidos na lei. Com isso, a recusa judicial em examinar uma alegação de lesão ou ameaça a direito, veiculada por quem não integra o rol legal, é imunizada pela invocação da autoridade da lei.

Distinguem-se, pois, *legitimidade para agir* e *legitimação para agir*. Aquela deflui da inafastabilidade da jurisdição, prevista constitucionalmente, e faz-se presente ante a invocação de lesão ou ameaça a direito. Já a legitimação para agir resulta da estipulação de regras restritivas, contrárias à principiologia constitucional, que neutralizam a tentativa dos cidadãos de provocar o exercício da função judicial. A lei, ilegítima, imuniza a decisão, também ilegítima, que extingue o processo sem resolução do mérito.

Assim, para que seja considerada democrática, a lei que dispõe sobre a instauração de procedimentos judiciais não poderá restringir o alcance do princípio da inafastabilidade da jurisdição, pela exclusão, ainda que implícita, de pessoas ou entes que se encontrem na posição de *legitimados constitucionais para agir*. É por isso que a estipulação legal de rol de legitimados ativos não constitui parâmetro último de aferição da legitimidade para provocar o exercício da função judicial. O critério decisivo parte da preservação da prerrogativa constitucional de autoinclusão da população total.

O raciocínio é igualmente aplicável a outros mecanismos destinados a, indiretamente, reduzir o alcance do princípio da inafastabilidade da jurisdição, como o estabelecimento de condicionantes à propositura da ação. Maciel Júnior aponta que é

inconstitucional a estipulação legal de requisitos que ultrapassam a alegação de lesão ou ameaça a direito, como as “condições da ação” e a exigência de prévia tentativa de solução extrajudicial, pois erigem óbices ao acesso à função judicial não cogitados na Constituição²⁶¹.

Por conseguinte, sustenta-se que a amplitude da faculdade de por em movimento a função judicial é estabelecida em âmbito constitucional e é impassível de redução por estipulações legais que pretendam ditar legitimados ativos ou condicionantes para o exercício do direito de ação.

A compreensão da amplitude constitucional da legitimidade para agir depende ainda da identificação do pressuposto lógico que faz da participação no procedimento judicial o exercício da prerrogativa de autoinclusão: o *interesse* – também a reclamar demarcação teórica.

4.3 Conexões entre interesse e faculdade de agir

Segundo Maciel Júnior, “interesses são manifestações unilaterais de vontade um sujeito em face de um ou mais bens”²⁶². A afirmação é singela somente na aparência, pois para alcançá-la – e, mais que isso, para perceber sua repercussão – é preciso desconstruir as concepções arraigadas na *cultura jurídica* que consolidam o modelo restritivo de legitimação para agir.

4.3.1 Compreensão dogmática de interesse: Faculdade de agir em defesa do interesse juridicamente protegido

²⁶¹ MACIEL JÚNIOR, Vicente de Paula. **Teoria das ações coletivas**: as ações coletivas como ações temáticas, p. 168. O autor reivindica o abandono desse modelo restritivo e propugna a estruturação de mecanismos que permitam a responsabilização dos autores em caso de exercício ilegítimo da faculdade de agir: “A lei processual, diante do imperativo constitucional, não poderia estabelecer condicionantes à ação. A única condição existente para o acesso à Justiça, segundo esse modelo constitucional, é a afirmação perante o Poder Judiciário da existência de lesão ou ameaça a direito. Ou seja, todo cidadão brasileiro tem direito a uma decisão ‘sobre o mérito’, para verificar a ocorrência ou não de uma lesão ou uma ameaça a um direito. [...] Mas todo exercício de uma faculdade exige em contrapartida uma responsabilidade e a parte deve pensar que, se a demanda é movida sob falsos argumentos, falsas alegações, fatos distorcidos, má-fé, tudo isso poderá gerar uma reação da [outra] parte no sentido de se ressarcir de eventuais prejuízos decorrentes da ação movida e seus efeitos. A ação, principalmente nos modelos constitucionais que asseguram o livre acesso à Justiça, não deve ter condicionantes, mas sim evoluir para um sistema que estabeleça responsabilidades decorrentes dos atos abusivos e ilícitos oriundos dos excessos no uso do direito de ação” (MACIEL JÚNIOR, Vicente de Paula. **Teoria das ações coletivas**: as ações coletivas como ações temáticas, p. 164.).

²⁶² MACIEL JÚNIOR, Vicente de Paula. **Teoria das ações coletivas**: as ações coletivas como ações temáticas, p. 39.

No século XIX, Rudolf Von Ihering cunha o conceito de direito subjetivo como “interesse juridicamente protegido”²⁶³. O contexto dessa proposição compreende a luta pela consolidação de uma esfera de atuação individual que não pudesse ser usurpada por uma noção despótica de obediência total ao Estado. Dotada de forte apelo idealista, a teoria de Ihering contribui para que a noção de direito privado ganhasse força sem que – ao menos abertamente – fosse contestado o papel do Estado²⁶⁴. Anuncia-se que o cidadão, ao repelir corajosamente a violação a seu direito individual – fruto este de concessão estatal soberana – serve ao Estado de maneira similar a quando combate em uma batalha militar²⁶⁵.

Para Ihering, é crucial afirmar a equivalência entre o direito objetivo e o subjetivo. A ideia de que a violação ao direito individual é uma violação ao Direito como um todo é um caminho para conferir dimensão jurídica à pretensão filosófica de situar o indivíduo no centro do sistema. A previsão da tutela jurídica ao interesse se apresenta como via legitimadora²⁶⁶ da atuação individual perante um Estado que, a despeito de sua feição cesarista, adere a um regime de legalidade (Estado de Direito).

Essa estratégia implica no desprestígio do interesse emanado do próprio sujeito à margem de previsões legais. Na gramática jurídica então vigente, o interesse desprovido de proteção normativa nada vale. Há, assim, um completo deslocamento do referencial de aferição do interesse, que não mais se afirma existente a partir da simples manifestação do indivíduo, mas, somente, a partir da previsão normativa. Com isso, o Direito se apropria da noção de interesse para estatuir que somente importam as aspirações devidamente abrigadas pelo ordenamento nos estritos contornos por ele definidos.

Tais contornos alcançam não só o conteúdo do interesse (é preciso existir um *bem da vida* efetivamente protegido pela lei), mas também a sua titularidade (é preciso definir quem tem o *poder de agir*, expressão sob a qual se formata a exigência de outorga legal para

²⁶³ IHERING, Rudolf von. **La dogmática jurídica**. Buenos Aires: Losada, 1946, p. 181.

²⁶⁴ Trata-se, especificamente, do Estado Bismarckiano (1871-1890).

²⁶⁵ Inflamava-se o autor: “Se o Estado tem o direito de chamá-lo [o indivíduo] para lutar contra o estrangeiro, e se pode obrigá-lo a sacrificar-se e a dar sua vida pela salvação pública, — porque não terá o mesmo direito quando é atacado pelo inimigo interno que não ameaça menos a sua existência que os outros? [...] Que alta importância assume a luta do indivíduo pelo seu direito, quando ele diz:— o direito inteiro, que foi lesado e negado em meu direito pessoal, é que eu vou defender e restabelecer!” (IHERING, Rudolf von. **A luta pelo direito**. 21. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 41.).

²⁶⁶ Nesse caso, a proposta de legitimação é desencadeada pelo sujeito que, desprovido da proteção constitucional da Cidadania em igualdade institucional com o Estado – porquanto inexistente uma Constituição democrática –, busca demarcar um espaço de atuação protegido. O caráter dogmático dessa doutrina é denunciado pela ausência de arguição do modo de exercício do poder pelo Estado. Ihering aceita a legalidade como forma de *dominação legítima* e procura validar significados de acordo com as regras estabelecidas para o campo jurídico (códigos de comportamento).

reivindicar o bem da vida). Sujeito e objeto do interesse passam a ser compreendidos pelo prisma da posituação, ou seja, do reconhecimento prévio da proteção jurídica, para perfazer o conceito de *interesse jurídico*, como aquele qualificado pela proteção normativa.

O descolamento do *interesse jurídico* em relação à *acepção comum ou vulgar* de interesse (*interesse simples*) consolida-se na dogmática jurídica, conforme se constata no raciocínio desenvolvido por Ricardo de Barros Leonel:

A palavra interesse, na sua acepção comum ou vulgar, releva o liame psicológico que existe entre um sujeito e determinado objeto ou bem de natureza material ou não. [...]

No interesse simples ou de fato, a relevância do bem para o agente não ultrapassa os limites psicológicos, desprovida a princípio de qualquer espécie de proteção. [...]

Os interesses simples remanescem meramente no plano primário da existência-utilidade para o sujeito especificamente considerado, sem, contudo, ascender ao plano axiológico definido pelo legislador, o plano ético-normativo. [...]

Os interesse simples estão ligados à necessidade humana com relação a determinados bens. São coligados a interesse do mesmo ou de outros indivíduos. A gama e relações possíveis, decorrentes da correlação de interesses, torna necessária a regulamentação pelo ordenamento jurídico, com a definição de sua proteção. Da evolução natural, em prol do equilíbrio das relações sociais, é que nasce o interesse jurídico ou legítimo. [...]

[Os interesses jurídicos] apresentam-se como sendo posições inerentes a determinados indivíduos, protegidas no ordenamento jurídico, podendo essa tutela ocorrer tanto no plano do ordenamento substancial como no instrumental²⁶⁷.

O encadeamento de fenômenos apresentado por Leonel, além de fiel à teoria de Ihering, reconhece ao Estado um papel de regulador social em moldes luhmannianos. A função legislativa é manejada estrategicamente para promover o equilíbrio de relações sociais. A lei que faz *nascer* o interesse jurídico é uma resposta sistêmica – uma resposta *necessária* – às demandas sociais, externas ao sistema. O interesse simples se situa em âmbito estranho e inferior ao direito – o *plano primário* da subjetividade, que não *ascende* ao *plano ético-normativo*. Quando a formulação dos interesses simples atinge tal gama que chega a ameaçar a estabilidade do sistema jurídico, este a percebe como irritação e *naturalmente* – visto que seu objetivo é a autopreservação – adapta seu repertório. A autopoiese produz uma norma que contempla o interesse até então considerado irrelevante.

Essa distinção entre interesse simples e jurídico desdobra-se, segundo Leonel, em dois aspectos: um *material* e, outro, *instrumental*. Para o autor, o *interesse material* é a “*necessidade* juridicamente protegida pelo direito material, configurando o interesse jurídico

²⁶⁷ LEONEL, Ricardo de Barros. **Manual do processo coletivo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. Originalmente apresentado como dissertação do autor (Mestrado - Universidade de São Paulo) sob o título: Processo coletivo: evolução e perspectivas, p. 90-91.

propriamente dito, e até mesmo o direito subjetivo [...] se esta proteção está claramente definida no ordenamento material”²⁶⁸. Já o *interesse processual* (instrumental) “é demonstrado pela presença de requisitos de *necessidade*, adequação e utilidade da tutela jurisdicional postulada pelo demandante”²⁶⁹.

Nota-se a replicação do termo *necessidade*, ora como objeto da proteção jurídica, ora como requisito do exercício do direito de ação, que aprisiona a exposição de Leonel na mesma circularidade do conceito de direito subjetivo formulado por Ihering. Há proximidade com a teoria imanentista da ação, segundo a qual a existência de um “direito material instituído” (a proteção jurídica da necessidade) faz nascer, “de modo inerente e sincrônico”²⁷⁰, o direito de agir para resguardá-lo (a necessidade e a utilidade da ação).

O direito brasileiro absorve essa perspectiva turva de interesse, ao estatuir normas procedimentais relativas ao *interesse de agir* que a este se referem em suas tão variadas quanto obscuras vertentes. O interesse é tratado ora em seu aspecto *instrumental*, como requisito para o manejo da ação²⁷¹; ora em seu aspecto *material*, correspondendo a providências que, reconhecidas como *necessidades juridicamente protegidas*, podem ser pretendidas pelo autor sem que lhe seja negada a existência do interesse²⁷²; ora como *interesse jurídico* que, sem elucidação de seu alcance, autoriza a intervenção como assistente ou a interposição de recurso na condição de terceiro prejudicado²⁷³; ora como *interesse processual*, condição da ação cuja ausência conduz à extinção do processo sem resolução do mérito²⁷⁴. Seja como for, a demonstração prévia do interesse se exige como requisito para a que o órgão judiciário, examine os argumentos “de mérito”.

²⁶⁸ LEONEL, Ricardo de Barros. **Manual do processo coletivo**, p. 92.

²⁶⁹ LEONEL, Ricardo de Barros. **Manual do processo coletivo**, p. 92.

²⁷⁰ LEAL, Rosemiro Pereira. **Teoria geral do processo**: primeiros estudos, p. 138.

²⁷¹ “Para propor ou contestar ação é necessário ter interesse e legitimidade”. (BRASIL. Código de Processo Civil (1973). **Lei n. 5.869, de 11 de janeiro de 1973**, art. 3º).

²⁷² “O interesse do autor pode limitar-se à declaração: I - da existência ou da inexistência de relação jurídica; II - da autenticidade ou falsidade de documento.” (BRASIL. Código de Processo Civil (1973). **Lei n. 5.869, de 11 de janeiro de 1973**, art. 4º).

²⁷³ “Pendendo uma causa entre duas ou mais pessoas, o terceiro, que tiver interesse jurídico em que a sentença seja favorável a uma delas, poderá intervir no processo para assisti-la.”; “O recurso pode ser interposto [...] pelo terceiro prejudicado [...]. [...] Cumpre ao terceiro demonstrar o nexo de interdependência entre o seu interesse de intervir e a relação jurídica submetida à apreciação judicial.” (BRASIL. Código de Processo Civil (1973). **Lei n. 5.869, de 11 de janeiro de 1973**, arts. 50 e 499, §1º).

²⁷⁴ “Extingue-se o processo, sem resolução de mérito:[...] VI - quando não concorrer qualquer das condições da ação, como [...] o interesse processual;”; “A petição inicial será indeferida: [...] III - quando o autor carecer de interesse processual;”. (BRASIL. Código de Processo Civil (1973). **Lei n. 5.869, de 11 de janeiro de 1973**, arts. 267, VI e 295, III).

4.3.2 Compreensão democrática de interesse: autoprocamação da condição de interessado e ampla faculdade de agir

A prerrogativa de autoinclusão, já estabelecida como demarcadora de um espaço de exercício da Cidadania intangível pelo Estado, fornece diretrizes, fundamentadas na argumentação até aqui desenvolvida, para a superação da compreensão dogmática de interesse:

Primeira: a igualdade institucional entre o Estado e a Cidadania não comporta a estruturação de um sistema jurídico em que seja à última negada centralidade. A autoinclusão traduz-se na prerrogativa dos sujeitos para instaurar o debate público a partir de seus cognominados *interesses simples* com vistas a criar ou aplicar normas. Trata-se de uma prerrogativa permanente, constitucionalmente instituída e, portanto, independente da predisposição do Estado para admiti-la. O espaço de exercício da Cidadania pressupõe essa abertura discursiva em torno da criação e da interpretação da lei, como garantia de acesso aos conteúdos desta.

Segunda: A afirmação de que o nascimento do interesse jurídico é uma evolução natural da gama de relações que envolvem interesses simples encerra um raciocínio falacioso, porque extrair uma prescrição geral (norma) de premissas descritivas. O interesse é da ordem do *ser*, enquanto a regulamentação de seu exercício é da ordem do *dever ser*. A lei não cria o interesse, não transmuda sua *natureza* ou tampouco o dignifica pela ascensão a um *plano axiológico definido pelo legislador*. Os interesses se conservam como liames psicológicos entre os sujeitos e o mundo, quer venham a encontrar na lei a regulamentação de seu exercício ou não.

Terceira: o princípio da inafastabilidade da jurisdição veda a estipulação legal de condicionantes que conduzam à exclusão apriorística da faculdade de instaurar procedimentos judiciais. A atribuição legal de poder aos órgãos judiciários para negarem-se a proferir sentença de mérito quando considerarem ausente o *interesse de agir* caracteriza exercício ilegítimo da função legislativa. Somente no âmbito do mérito, em que se cogita da conformidade da pretensão deduzida em relação ao direito objetivo, torna-se possível decidir se a providência pleiteada é necessária e adequada. E, mesmo em caso de improcedência, somente ao sujeito compete avaliar a permanência ou não do interesse que motivou sua atuação. A órbita psicológica do indivíduo escapa, por completo, à ingerência do Estado, ainda quando negada a correspondência entre a pretensão manifestada e as normas jurídicas aplicáveis.

A apropriação legal da concepção de interesse, que busca transformá-lo em algo diverso de uma construção pessoal e psíquica, destina-se a justificar a elaboração de técnicas de redução do alcance da inafastabilidade da jurisdição. Por conseguinte, a concepção democrática de interesse deve desvencilhar-se da apropriação do termo pelo direito positivo (Estado) e alocá-la no âmbito da autodeterminação (Cidadania).

Compreendido como “afirmação unilateral da vontade em face de bens, que sempre ocorre e se exaure na esfera particular do indivíduo”²⁷⁵, o interesse recupera seu reconhecimento como elaboração própria do sujeito, autônoma em relação ao texto da lei (direito objetivo). O refreamento e a hierarquização valorativo-finalística de interesses não é atribuição da autoridade estatal. Por isso, o interesse não pode ser tomado, como critério de decisão – quer em *aspecto instrumental* (negativa de participação por vislumbrada ausência de interesse processual), quer em *aspecto material* (obstrução da discussão em torno de direitos fundamentais em função da pré-compreensão quanto ao conteúdo e titularidade dos ditos direitos subjetivos).

A distinção entre interesse e direito é fundamental para evitar que o princípio da inafastabilidade da jurisdição seja manuseado como estratégia de legitimação de desigualdades sociais e econômicas²⁷⁶. Lido de acordo com a teoria de Ihering, referido princípio não acolhe a abertura da função judicial ao diálogo institucional entre a Cidadania e o Estado quanto à criação, aplicação e ressignificação de direitos fundamentais. As demandas da Cidadania ficam relegadas à conveniência legislativa quanto aos sujeitos e interesses que podem se beneficiar da atividade judicial. O resultado é a redução do princípio da inafastabilidade da jurisdição a um mecanismo de legitimação (blindagem) da exclusão, aniquilando sua eficácia democrática (autoincludente).

De modo diverso, pronunciada a legitimidade da formação dos interesses na esfera da Cidadania, com aptidão para instaurar procedimentos decisórios em diálogo institucional

²⁷⁵ MACIEL JÚNIOR, Vicente de Paula. **Teoria das ações coletivas**: as ações coletivas como ações temáticas, p. 43.

²⁷⁶ Essa estratégia é elucidada por Rosemiro Pereira Leal. O autor aponta que o reconhecimento *a priori* de direitos subjetivos *naturaliza* a desigualdade entre patrimonializados e despatrimonializados e expõe o sucesso da proposta liberal de dimensionamento dos direitos de vida e liberdade pela ótica da propriedade. Então a lei, e mesmo a Constituição, apenas ativam (asseguram) “o exercício de direitos de vida e liberdade inerentes aos sujeitos já historicamente individualizados”. Sob esse enfoque, o autor reputa a redação do inciso XXXV do art. 5º da Constituição como não democrático, pois deixa “a descoberto aquele que já não seja, antes mesmo da vigência da Constituição, portador de direitos suscetíveis de lesão ou ameaça”. (LEAL, Rosemiro Pereira. **A teoria neoinstitucionalista do processo**: uma trajetória conjectural. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2013. (Coleção Professor Álvaro Ricardo de Souza, 7), p. 21-27.). Esse lúcido alerta, porém, não implica no abandono da inafastabilidade da jurisdição como princípio, mas sua elaboração a partir da matriz teórica democrática. Importa compreender as bases *democráticas* da instituição e do exercício das competências públicas, necessariamente vinculadas à igualdade institucional entre Estado e Cidadania.

com o Estado, impede-se o fechamento dogmático da lei em torno de compreensões já enraizadas socialmente. Em perspectiva não dogmática, o sentido do conteúdo dos direitos instituídos e da lesão ou ameaça a estes é sempre uma questão em aberto. É nesse diapasão que Maciel Júnior argumenta que “não existem direitos subjetivos prévios diante de um conflito de interesses”²⁷⁷.

A igualdade institucional entre Estado e Cidadania recusa ao órgão judiciário o poder de selecionar participantes pela consideração de sua subjetividade. A provocação do exercício da função judicial é, pois, uma decorrência lógica da existência de *interesse em agir*, isto é, do interesse em ingressar na instância judicial e enunciar sentidos. Por isso, *a condição de interessado é sempre autoproclamada*.

A compreensão democrática do interesse supera um dogma que, de Montesquieu a Habermas²⁷⁸, pode ser sintetizado como o do *escalonamento axiológico da ação*, encabeçado pelo agir desinteressado e seguido pelas classificações dos diversos tipos de interesse.

A primeira aporia desse dogma é a *persistência na distinção ontológica entre tipos de interesse*. Porque o interesse é um liame psicológico e, logo, humano, apenas por construções ficcionais é possível falar em interesse coletivo, público, geral, a pressupor uma racionalidade autônoma a brotar de alguma insondável dimensão psíquica. Essas construções, longe de inofensivas, ocultam a inescapável atribuição, a *alguém*, de traduzir o desígnio dessa suposta racionalidade autônoma. Sequer se reflete que este alguém, como ser humano, é também sujeito a equívocos e desvios de conduta.

A segunda aporia é a *pretensão de identificar o agir desinteressado*. Porque o

²⁷⁷ MACIEL JÚNIOR, Vicente de Paula. **Teoria das ações coletivas**: as ações coletivas como ações temáticas, p. 41.

²⁷⁸ Montesquieu afirma que a “virtude política” é o “amor pela república”, capaz de gerar a “bondade dos costumes” pela repressão de tendências individualistas, pois “quanto menos conseguimos satisfazer nossas paixões particulares, mais nos entregamos às gerais” (MONTESQUIEU. *O Espírito das Leis*. São Paulo: Abril Cultural, 1973. (Os Pensadores), p. 23.). Rousseau, advertindo que “nada é mais perigoso que a influência dos interesses privados nos negócios públicos”, conclui que a democracia, embora propícia a um “povo de deuses”, não convinha aos homens (ROUSSEAU, Jean-Jacques. **Do contrato social**, p. 93-96.). Goyard-Fabre condena a redução da democracia a “um espaço permanente de discórdia e polêmica”, o que ocorre quando os antagonismos impedem a construção de “uma sociedade política homogênea” e a “multiplicação de grupos de opinião, longe de ser uma garantia absoluta de liberdade, pode, ao contrário, revelar a conflitualidade que os habita”. (GOYARD-FABRE, Simone. **O que é democracia?** A genealogia filosófica de uma grande aventura humana, p. 259-260.). Para Habermas, o interesse – associado a “cálculos de ganhos egocêntricos” – distingue fundamentalmente o *agir estratégico*, eticamente reprovável, do *agir comunicativo*, “orientado para o entendimento mútuo”, que só existe “quando os atores tratam de harmonizar internamente seus planos de ação e de só perseguir suas respectivas metas sob a condição de um acordo existente ou a se negociar sobre a situação e as consequências esperadas”. (HABERMAS, Jürgen. **Consciência moral e agir comunicativo**. Tradução Guido A. de Almeida. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1989. (Biblioteca tempo universitário. Estudos alemães; 84), p. 164-165.).

interesse permanece como um dado do *ser*, adstrito a uma dimensão psicológica intangível por terceiros, decorre que a ninguém é dado verdadeiramente conhecer a motivação humana (alheia) para agir. Por conseguinte, a preocupação em diagnosticar as situações em que o sujeito da ação renuncia a seu egoísmo em prol do bem comum, embora frequente na literatura, não consegue se apoiar em algo mais que incursões especulativas amparadas no senso comum. Ademais, a compreensão do interesse como liame psicológico impede sua associação automática a fins egoísticos, ou seja, o altruísmo pode igualmente encaminhar a construção do interesse do indivíduo.

A terceira aporia é a *pretensão de legitimidade da hierarquização das ações conforme seu (suposto) distanciamento do egoísmo*. Porque o Estado, submetido institucionalmente à Constituição, não possui precedência axiológica em relação à Cidadania, revela-se a arbitrariedade e o autoritarismo das tentativas de conferir precedência jurídica a um determinado modo de agir, que o Estado supõe mais próximo dos parâmetros éticos voltados para o bem comum. Ou seja, ainda que possível fosse distinguir a motivação egoísta ou altruísta da ação subjetiva, esse critério não poderia amparar a decisão quanto o reconhecimento estatal da legitimidade da manifestação subjetiva.

Essa crítica inviabiliza a persistência da estruturação subjetivista dos procedimentos, ainda referendária da ideia de que cabe aos órgãos legislativo e judiciário outorgar a faculdade de agir a partir da análise dos propósitos que podem ser perseguidos pelo sujeito. Por isso, sustenta-se que a igualdade institucional preconizada por Rosemiro Pereira Leal deve ser associada a uma compreensão objetiva dos procedimentos jurídicos, conforme apresentada por Maciel Júnior²⁷⁹.

4.3.3 *Objetivação dos procedimentos judiciais: resposta ao primeiro teste suscitado no Capítulo 3*

O procedimento objetivo se caracteriza pela centralidade da argumentação jurídica. É a pretensão enunciada que deve ser cotejada com a lei na construção da decisão. O que importa, pois, é aptidão dos argumentos para lograr a providência pretendida, e não a do

²⁷⁹ Cumpre advertir que a distinção entre procedimento subjetivo e procedimento objetivo não guarda relação com a tradicional dicotomia entre direito subjetivo e objetivo. Esta é examinada e abertamente superada por Maciel Júnior com a enunciação do interesse como manifestação unilateral e independente em relação ao próprio direito e com a recusa à preexistência de direitos subjetivos incorporados ao “patrimônio jurídico” individual. (MACIEL JÚNIOR, Vicente de Paula. **Teoria das ações coletivas**: as ações coletivas como ações temáticas.).

sujeito para enunciar a pretensão²⁸⁰. Desse modo, no procedimento objetivo, a análise da pertinência ao debate é redirecionada do *sujeito* para o *objeto*.

A decisão judicial deve concluir pela possibilidade ou não de acomodação da pretensão deduzida ao ordenamento jurídico. O *status* social do autor, sua motivação ética ou moral para agir e sua não inclusão em um rol nominal legal de *titulares do direito de ação* não são critérios decisórios legítimos frente a uma Constituição democrática. Esses aspectos obstruem o exame da pretensão formulada e se desviam para a avaliação do merecimento ou aptidão do interessado para atuar no procedimento judicial.

É a objetivação do procedimento que encaminha a resposta ao teste suscitado pela proposta de extensão da democracia participativa ao âmbito judicial, ao final do Capítulo 3. A hipótese suscitada é que a abertura do procedimento a quaisquer interessados não significa necessariamente a submissão da função judicial ao *descomedimento das paixões populares*, que preocupa autores como Simone Goyard-Fabre.

A organização do procedimento em torno de questões que conduzam a decisões jurídicas consistentes se faz possível exatamente pela proeminência conferida à pretensão veiculada pelos interessados e à argumentação jurídica que a sustenta. A exposição de Karl Popper sobre as funções da linguagem fornece diretriz para essa mudança de enfoque.

Popper²⁸¹ distingue entre funções *inferiores* e *superiores* da linguagem. Aquelas são a autoexpressão e a sinalização, que respectivamente expressam ou comunicam o estado de um organismo de forma óbvia (evidente), e estão presentes nas linguagens humanas e animais. As últimas são próprias das linguagens humanas e exossomáticas, isto é, desenvolvidas fora do corpo. Por isso é que possibilitam o reconhecimento de um *objeto* de discussão crítica.

A função descritiva é empregada para ajustar a linguagem aos fatos, dela emergindo a ideia reguladora de verdade, ou seja: seu pleito é o de que a descrição corresponde aos

²⁸⁰ MACIEL JÚNIOR, Vicente de Paula. **Teoria das ações coletivas**: as ações coletivas como ações temáticas, p. 161-168. No desenvolvimento de sua explanação, Maciel Júnior aponta as aporias da doutrina das condições da ação, construção utilitarista destinada a impedir o exame do mérito, mas que deste não logra se desvincular. Segundo explica, a parte reputada ilegítima, aquela à qual se nega interesse de agir e aquela a qual se imputa a formulação de um pedido juridicamente impossível, não se distingue daquela que obtém sentença de mérito desfavorável. Todas têm negada a providência judicial pretendida. Apesar da afirmação doutrinária de que a extinção sem resolução do mérito permite à parte repetir a ação “corrigindo o vício”, esse “saneamento” implica na alteração de um dos elementos que definem a própria ação: partes, causa de pedir ou pedido. Logo, a correção descaracteriza a identidade de ações. Conclui Maciel Júnior que, em todos os casos de “ausência de condição da ação”, tem-se possível um pronunciamento de mérito, quanto ao insucesso do interessado em obter a providência pleiteada.

²⁸¹ POPPER, Karl Raimund Sir. **Conhecimento objetivo**: uma abordagem evolucionária. Belo Horizonte: Itatiaia, 1999. (Coleção Espírito do nosso tempo; 13), p. 121-123.

fatos conforme existentes no mundo. Mas é apenas com a função argumentativa que se estabelece, em torno das descrições, a discussão que promove “o crescimento do conhecimento através da eliminação de erros por meio da crítica racional”²⁸². A função argumentativa permite a formulação de problemas e seu enfrentamento por meio de teorias concorrentes (proposições ofertadas à crítica), com resultados que exercem uma retrocarga sobre os indivíduos (suas mentes) e a coletividade (tradições).

O enfoque de Popper é a produção do crescimento científico, mas a lógica exposta é aplicável aos procedimentos decisórios. A objetivação, em ambos os casos, faz com que não seja decisiva para o resultado a crença que move o sujeito, que é sua predisposição para agir.

Assim, diante de atuação do autoproclamado interessado frente ao órgão judiciário (instauração do procedimento ou intervenção neste), deve-se observar de que modo aquele se manifesta. Se a manifestação se restringe às funções inferiores da linguagem – suponhamos, pela juntada de um cartaz de protesto – é ela legítima, mas desprovida de aptidão para comunicar algo além do estado anímico do sujeito. Se, porém, a manifestação alcança as funções superiores da linguagem, por meio da conformação do objeto (função descritiva) e da construção de uma pretensão fundamentada (função argumentativa) a respeito desse objeto, o interessado inaugura ou integra o debate.

Desde que formulada, a pretensão se submete a testes no curso do procedimento, pela produção de provas e pelas objeções argumentativas apresentadas por outros partícipes. Ao final, a decisão deve ser resultado da crítica racional, encaminhando a tese que se tenha mostrado mais resistente aos testes de falseabilidade. O julgamento corresponde, então, à prevalência²⁸³ de um dos sentidos encaminhados pela argumentação jurídica.

A estruturação objetiva do procedimento resulta em que, embora sempre legítima a participação, esta somente encaminha uma pretensão jurídica quando recorre à função argumentativa. A manifestação que estaciona em estágio anterior é juridicamente inepta,

²⁸² POPPER, Karl Raimund Sir., **Conhecimento objetivo**: uma abordagem evolucionária, p. 122.

²⁸³ Essa prevalência não deve ser reputada definitiva em uma abordagem teórica não dogmática da atividade interpretativa resultante do exercício da função judicial. Os resultados da atividade cognitiva são sempre provisórios, não implicando na implícita e cabal rejeição de teses motivadas por interesses diversos e mesmo antagônicos em relação à decisão judicial. Portanto, os sentidos fixados nas decisões judiciais, ainda que dos mais elevados tribunais, não se consolidam como dogmas, comportando rediscussão em outros procedimentos. Essa constatação teórica se choca com o intenso empenho do Estado em, por meio da lei, fomentar a cristalização de decisões judiciais, transformando a jurisprudência em norma de caráter geral e abstrato. Sobre o tema, cf. FARIA, Gustavo de Castro. **Jurisprudencialização do direito**: reflexões no contexto da processualidade democrática. Belo Horizonte: Arraes, 2012; e GRETA, Roberta Maia. Segurança jurídica: o edifício de ponta-cabeça arquitetado na exposição de motivos do projeto do novo Código Civil. In: MACEDO, Elaine Harzheim; STAFFEN, Márcio Ricardo (org.). **Jurisdição e processo**: tributo ao constitucionalismo. Belo Horizonte: Arraes, 2012. p. 225-237.

pois, sem a problematização do fato descrito e a formulação proposicional da providência pretendida, não chega aquela a romper com a inércia da função judicial. O órgão judiciário não pode atuar – desenvolver “a dialógica das teorias (problematização continuada por fundamentos ligados a argumentos)”²⁸⁴ – porque não é autorizado a suprir, por inferências teleológicas ou axiológicas, a ausência da proposição formal ofertada à crítica pelo interessado.

Instaurado adequadamente o procedimento, o conhecimento das demais depende de sua pertinência lógica ao objeto. Essa pertinência pode se dar por convergência, contraposição (a negativa de veracidade da versão apresentada para os fatos, por exemplo) ou pela formulação de descrições correlatas (como a enunciação de fato impeditivo, modificativo ou extintivo²⁸⁵) que encaminham nova pretensão. A organização de todas essas manifestações dá-se pelo relacionamento lógico entre as proposições que encerram²⁸⁶, tendo como resultado a enunciação das questões (pontos controvertidos) a serem decididas.

Desse modo, não parece equívoco considerar, especificamente no que concerne às manifestações em procedimentos judiciais, que: a) o exercício das funções inferiores é inócuo, pois a mera expressão ou comunicação de estados subjetivos não pode ser tratada como asserção objetiva; b) o exercício da função descritiva é necessário à enunciação lógica da causa de pedir, mas não autoriza ao órgão judiciário presumir a pretensão do interessado; c) em ambos os casos, a desconsideração da manifestação decorre não de características (subjetivas) de seu emissor, mas da inviabilidade (objetiva) de exercício da crítica racional, decorrente da não utilização da função argumentativa pelo interessado.

Portanto, diferentemente da “ausência de condições da ação”, a *inépcia*, porque lógica e objetivamente aferível, é uma causa legítima de extinção do processo sem resolução do mérito ou de indeferimento da intervenção de terceiro.

Enfim, tem-se que é a pertinência objetiva que seleciona as proposições encaminhadas à decisão, resultado lógico da argumentação dos autoproclamados interessados.

²⁸⁴ LEAL, Rosemiro Pereira. **Teoria da decisão jurídica**, p. 122.

²⁸⁵ Além dessas usuais hipóteses em que a descrição do autor enseja descrições correlatas de outros partícipes do procedimento, cabe desde já assinalar que o modelo participativo de processo denominado *ação temática* admite que a descrição correlata não apenas se destine a opor-se à pretensão do autor, mas também a ampliar o objeto da ação, por meio da denominada *formação participada do mérito*. Essa dinâmica será abordada no Capítulo 7.

²⁸⁶ As proposições se relacionam logicamente por oposição (proposições contrárias, subcontrárias, contraditórias ou subalternas) ou por conversão (BOBBIO, Norberto. **Teoria da norma jurídica**. 5. ed. rev. Bauru, SP: Edipro, 2012.).

4.3.4 Interesse (individual) e faculdade de agir em procedimentos coletivos

A compreensão democrática do interesse e a objetivação do procedimento, embora relevantes para todos os âmbitos da atividade judicial, são mais impactantes sobre o tratamento das questões de alcance coletivo. Esse tratamento foi configurado como reverberação do modelo representativo de democracia no âmbito da função judicial, o que favoreceu a replicação da lógica subjetivista de Ihering. Os procedimentos coletivos se estabeleceram de modo subjetivo e polarizado: representantes, instituídos pela lei como legitimados para agir em nome de uma coletividade, assumem posição equiparada à do credor ou titular do direito real e reivindicam em face do réu a satisfação de um determinado direito.

Mais do que discorrer sobre o caráter excludente desse modelo, cumpre desvendar suas premissas ideologizadas, com vistas a refutar, fundamentadamente, a tese de suficiência da atuação de representantes como porta-vozes exclusivos dos cidadãos.

4.3.4.1 Caracterização do procedimento coletivo em perspectiva objetiva

Uma vez que o interesse é sempre individual e autoproclamado, tem-se como consectário lógico a impossibilidade de definir o procedimento como coletivo a partir da configuração de um determinado *tipo* de interesse. O enfoque, portanto, deve recair sobre a questão debatida. Mais especificamente – guardada a lógica como o critério de configuração da função judicial eleitoral – o objeto do procedimento, que é a providência demandada ao órgão judiciário. É, novamente, a pertinência objetiva que determina o alcance dos efeitos dessa providência e caracteriza o procedimento como individual ou coletivo.

A prerrogativa de autoinclusão concerne à possibilidade de que cada pessoa promova sua própria inserção na ordem jurídica, em especial pelo “direito de autoilustração sobre os fundamentos do sistema jurídico praticado”²⁸⁷. No exercício dessa prerrogativa, o interessado pode pretender a obtenção de providências judiciais cujo gozo e exercício lhe

²⁸⁷ LEAL, Rosemiro Pereira. **A teoria neoinstitucionalista do processo**: uma trajetória conjectural, p. 11. Por essa explanação sobre a autoinclusão, percebe-se que a defesa da Cidadania *alheia* não é decorrência lógica da inafastabilidade da jurisdição. Portanto, a atuação como *substituto processual* deve ser prevista em lei, como uma atribuição extraordinária. A assecuração da atuação de entes representativos é legítima e intensifica a promoção da Cidadania, *desde que não implique em supressão da faculdade de agir dos representados*. Assim, agindo o autor sem autorização constitucional ou legal para atuar em nome de terceiro, legítima a extinção do processo sem resolução do mérito, ante a esterilidade do procedimento para obter os fins pretendidos.

caberão com exclusividade, caso em que se tem um procedimento de caráter individual.

Mas o interessado pode pretender providência que repercute, favorável ou desfavoravelmente, sobre uma coletividade. Nesse caso, o procedimento, em perspectiva objetiva, se caracteriza como coletivo.

Se a decisão atinge a coletividade, torna-se possível identificar todos os sujeitos que a compõem como *partes*, no sentido enunciado por Elio Fazzalari: aqueles “em cuja esfera jurídica o ato final é destinado a desenvolver efeitos”, os quais devem atuar, na estrutura do procedimento, em contraditório, não podendo o autor desse ato final (o órgão judiciário) “obliterar as suas [das partes] atividades”²⁸⁸. Assim, já sob essa diretriz, constata-se que a restrição de ingresso dos interessados no procedimento coletivo configura violação à inafastabilidade da jurisdição²⁸⁹.

Mas a questão merece aprofundamento, sobretudo pelo acentuado apelo utilitarista

²⁸⁸ FAZZALARI, Elio, **Instituições de direito processual**, p. 118-119.

²⁸⁹ Exemplo da inevitável produção de efeitos do procedimento coletivo para além dos limites subjetivos formalmente declarados na sentença é o julgamento da Apelação Cível n. 1.0027.10.014821-2/002 pelo Tribunal de Justiça de Minas Gerais. Na ação civil pública promovida contra o Município de Betim, o Ministério Público pretendeu assegurar o direito fundamental à educação, reivindicando como providência a matrícula de seis crianças em estabelecimento de ensino infantil próximo à residência destas, como determina o Estatuto da Criança e do Adolescente, art. 53, V. O êxito em primeira instância foi confirmado pelo TJMG. Formalmente, não há dúvidas de que a decisão somente produz efeitos em relação às seis crianças beneficiadas pela atuação do Ministério Público. Apenas o Relator, prolator do voto vencido, destacou que a decisão atinge inevitavelmente uma coletividade – composta pelas crianças já matriculadas, pois as turmas passarão a exceder sua lotação máxima, fixada em prol da qualidade do aprendizado, e pelas crianças que aguardavam em lista de espera uma vaga na escola, sumariamente desconsideradas na atuação do Ministério Público – que deverá suportar o ônus do exercício do direito reconhecido ao grupo beneficiado. Nesse caso, em que o representante adequado atuou seletivamente e que é inequívoca a existência de interesses conflitantes entre titulares de um mesmo direito fundamental, avultam o caráter excludente do modelo de coletivização vigente e a feição dogmática da noção de “interesse coletivo”, a reclamarem o reconhecimento da legitimidade de todos os interessados para veicularem pretensões próprias somente decidíveis coletivamente. “EMENTA: AÇÃO CIVIL PÚBLICA. DIREITO À EDUCAÇÃO INFANTIL. CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA DE 1988. MATRÍCULA EM CRECHE PRÓXIMA À RESIDÊNCIA. ART. 53, INC. V, DO ECA. A educação constitui direito indisponível de todos e dever do Estado e da Família, devendo ser promovida com a colaboração da sociedade, conforme os ditames constitucionais. O art. 208, inc. IV da Constituição e o art. 53, inc. V, do Estatuto da Criança e do Adolescente, asseguram a criança e o adolescente o acesso à educação infantil e à escola pública e gratuita próxima de sua residência. Voto vencido: DIREITO CONSTITUCIONAL . DIREITO PROCESSUAL CIVIL. APELAÇÃO. REEXAME NECESSÁRIO. REALIZAÇÃO DE OFÍCIO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. MATRÍCULA DE CRIANÇAS EM ESCOLA MUNICIPAL. AUSÊNCIA DE VAGA. IMPOSSIBILIDADE. PRINCÍPIOS DA ISONOMIA, DA RESERVA DO POSSÍVEL E DA SEPARAÇÃO DOS PODERES. VIOLAÇÃO. SENTENÇA REFORMADA. RECURSO PREJUDICADO. Ante a inexistência de vagas em escolas do Município, não há como determinar que o ente público proceda à matrícula de um grupo de crianças em suas unidades de educação, na medida em que tal determinação geraria um excedente de alunos, prejudicando aqueles que aguardam sua vez na lista de espera, com violação aos princípios da isonomia, da reserva do possível e da separação dos Poderes”. (MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça. Apelação cível n. 1.0027.10.014821-5/002. Apelante: Município de Betim. Apelado: Ministério Público do Estado de Minas Gerais. Interessados: Marcela Santos Carvalho e outros. Relator: Des. Moreira Diniz,. Relator do Acórdão: Des. Dárcio Lopardi Mendes. Belo Horizonte, 21 mar. 2013. Disponível em < http://www5.tjmg.jus.br/jurisprudencia/pesquisaNumeroCNJEspelhoAcordao.do?jsessionid=1E59DAA5DD25F96C744349B822815BCE.juri_node1?numeroRegistro=1&totalLinhas=1&linhasPorPagina=10&numeroUnico=1.0027.10.014821-5%2F002&pesquisaNumeroCNJ=Pesquisar>. Acesso em: 7 out. 2013.)

da representação como solução para a otimização da função judicial, forjado em um contexto de vigência do Estado Social, que anacronicamente perdura pelo labor da dogmática jurídica.

4.3.4.2 Socialização do processo e atuação judicial em prol do bem comum

A pressuposição de que certos entes ou instituições possam validamente substituir a atuação de todos os interessados em questões de alcance coletivo amolda-se a uma compreensão tutelar da relação entre o Estado e a sociedade, firmemente apoiada na dimensão do *povo destinatário*.

Essa compreensão é gestada em ambiente liberal, como fruto da preocupação em conter a volubilidade das massas, o que se apreende da redução da participação ao exercício do voto e da defesa do elitismo como imprescindível para a democracia. Mas é o socialismo jurídico que, na virada do século XIX para o século XX, a despeito de desenvolver crítica ao modelo liberal, consolida essa expectativa de alheamento e passividade da população.

O socialismo jurídico contesta a “lógica liberal da liberdade de jogo das forças políticas e econômicas” e defende o “direito como instrumento de transformação social”²⁹⁰. Todavia, longe de abdicar do papel da elite na condução da sociedade, reforça-o, com especial ênfase na atividade judicial.

O movimento pela *socialização do processo* caracteriza-se pela proposta de que o juiz, diante da demanda instaurada, aja como *representante* da parte fraca, assumindo uma “postura compensadora dos déficits de igualdade material entre as partes”²⁹¹. A paz social, decorrente da extirpação do conflito, passa a ser apresentada como um objetivo a ser perseguido *pelos órgãos judiciários*. Propugna-se, para tanto, a priorização da rápida produção da decisão judicial, pois a incerteza é pior do que tolerar “pequenos erros”²⁹².

Conforme assinala Dierle Nunes, a Ordenança Processual Civil do Império Austro-Húngaro (1895) é a primeira lei que incorpora as diretrizes do socialismo jurídico. A partir dela e do pragmatismo que a sustenta, “delineiam-se as bases para uma avaliação sócio-político-econômica do conflito como chaga social que deveria ser e[x]tirpada por uma

²⁹⁰ NUNES, Dierle José Coelho. **Processo jurisdicional democrático**. Curitiba: Juruá, 2008, p. 79.

²⁹¹ NUNES, Dierle José Coelho. **Processo jurisdicional democrático**, p. 80-81.

²⁹² Franz Klein *apud* NUNES, Dierle José Coelho. **Processo jurisdicional democrático**, p. 85. Na tradução de Nunes: “Para esses indivíduos, o mais importante de tudo é uma resolução rápida, decisiva do processo. Mesmo juízos pouco precisos, pequenos erros, eles os preferem no comércio a deixar durar por um longo tempo a penosa incerteza da disputa não resolvida, incerteza que inibe ulteriores transações.”

jurisdição salvadora, à qual caberia, no âmbito de um pensamento econômico e quantitativo, ofertar um processo rápido”²⁹³.

A carga negativa associada ao conflito encaminha a formatação ideológica do Estado Social como aquele em que o bem-estar é experimentado coletivamente e, por isso, deve ser captado e implementado pelo próprio Estado. Como expõe Mirjan Damaska, o Estado Social “faz muito mais que adotar umas tantas políticas e programas de bem-estar”, pois “abarca a luta por uma teoria coerente do que seja a boa vida e trata de usar sua base para um programa completo de melhora material e moral dos cidadãos”²⁹⁴.

Damaska explica que, nessa matriz ideológica, a sociedade é vista como *defeituosa* e o Estado avoca para si o papel de melhorá-la ²⁹⁵. Isso conduz ao descrédito dos modos de expressão da Cidadania:

[...] Com a sociedade civil despojada de sua legitimidade, os projetos e perspectivas que surgem espontaneamente entre os cidadãos são considerados suspeitos, pois podem chocar com aqueles [projetos e perspectivas] apoiados pelo Estado, podem debilitar o compromisso com os objetivos do Estado e minar a confiança nas ações deste. De modo similar, considera-se necessário dismantelar ou por sob supervisão as associações voluntárias. [...] O Estado se apresenta como único foro da atividade política, ao qual se deve inteira fidelidade: a sociedade está ‘estatizada’, tragada pelo Estado. Nesse ponto, os problemas e as políticas sociais se dissolvem em problemas e políticas do Estado. ²⁹⁶

A ideologia jurídica formata, então, a sublimação dos interesses individuais sob a fórmula do *interesse geral*, cuja enunciação incumbe ao Estado. Com isso, permite-se a este negar legitimidade à pluralidade de pretensões individuais colidentes, de modo que “tudo se passa [...] como se o Estado, anulando as classes, anulasse com isso a própria contradição, se erigindo em lugar de não contradição, onde se realiza o bem comum”²⁹⁷. Essa ideologia

²⁹³ NUNES, Dierle José Coelho. **Processo jurisdicional democrático**, p. 81 e 86.

²⁹⁴ Tradução do original: “Tal Estado hace mucho más que adoptar unas cuantas políticas y programas de bienestar. Abarca la lucha por una teoría coherente de la buena vida y trata de usar su base para un programa completo de mejora material y moral de los ciudadanos”. (DAMASKA, Mirjan R. **Las Caras de la justicia y el poder del Estado**: análisis comparado del proceso legal. Tradução para o espanhol de Andrea Morales Vidal. Santiago: Editora Jurídica de Chile, 2000, p. 140-141.).

²⁹⁵ DAMASKA, Mirjan R. **Las Caras de la justicia y el poder del Estado**: análisis comparado del proceso legal, p. 142.

²⁹⁶ Tradução do original: “Con la sociedad civil despojada de su legitimidad, los proyectos y perspectivas que surgen espontáneamente entre los ciudadanos son sospechosos, pues pueden chocar con los que apoya el Estado, pueden debilitar el compromiso con los objetivos del Estado y socavar la confianza en sus acciones. De modo similar, tendrían que dismantelarse o ponerse bajo supervisión las asociaciones voluntarias. [...] El Estado se vuelve el único foro de actividad política, al que se debe entera fidelidad: la sociedad está ‘estatizada’, tragada por el Estado. Por lo tanto los problemas y las políticas sociales se disuelven en problemas y políticas de Estado”. (DAMASKA, Mirjan R. **Las Caras de la justicia y el poder del Estado**: análisis comparado del proceso legal, p. 141.)

²⁹⁷ NAVES, Márcio Brilhantino. **Marxismo e direito**. São Paulo: Boitempo, 2000, p. 83-84.

repercute na função judicial para comandar a estruturação de procedimentos de caráter tutelar, que permitem a suplantação de propósitos egoísticos pelo bem comum, sempre no – supostamente – melhor interesse daqueles que serão atingidos pela decisão.

Damaska considera que o cidadão, perante os órgãos judiciários do Estado Social, é um *participante sem poder*²⁹⁸. Não é reconhecida ao cidadão a prerrogativa de *dar forma ao procedimento* e nele defender seu interesse em conflito. O direito individual é, para o Estado Social, um *benefício*, conferido como uma vantagem eventualmente decorrente da implementação das políticas públicas. Por isso, o tema da participação do cidadão nos procedimentos judiciais é “quase insignificante: de acordo com a ideologia ativista, os cidadãos não são necessariamente os melhores representantes de seus próprios interesses, fique claro: seus interesses quando aparecem à luz dos valores do Estado”²⁹⁹.

Essa colocação de Damaska, quanto à consideração apenas de interesses dos cidadãos *quando aparecem à luz dos valores do Estado*, remete à doutrina de Ihering em seu empenho de salvaguardar o direito subjetivo como projeção da soberania do Estado. A socialização do processo assimila a lógica daquela *luta pelo direito*³⁰⁰ centrada na defesa dos direitos liberais clássicos, ainda que o discurso do socialismo jurídico pretenda contestá-los. Assim, apesar do discurso socializante, os procedimentos judiciais continuaram a ser erigidos como prerrogativa de defender judicialmente uma posição de vantagem previamente reconhecida pelo ordenamento em face de outrem.

4.3.4.3 Coletivização do processo e sistema de representação adequada

Pelo tempo em que os direitos associados a prestações positivas do Estado permanecem compreendidos sob a dimensão de pacificação de perturbações isoladas, são eles acomodados no sistema consolidado pela socialização do processo, graças ao papel ativo confiado ao juiz.

Quando, porém, as alterações nas condições sociais e o progresso técnico produzem novas carências, inicia-se uma reavaliação da convivência social e da percepção dos bens

²⁹⁸ DAMASKA, Mirjan R. **Las Caras de la justicia y el poder del Estado**: análisis comparado del proceso legal, p. 262-265.

²⁹⁹ Tradução extraída do trecho original: “[...] en el modelo que ahora consideramos, este tema [capacidad legal de las partes para emprender acciones procesales] es casi insignificante: de acuerdo con la ideología activista, los ciudadanos no son necesariamente los mejores representantes de sus propios intereses, bien entendidos: sus intereses cuando aparecen a la luz de los valores del Estado”. (DAMASKA, Mirjan R. **Las Caras de la justicia y el poder del Estado**: análisis comparado del proceso legal, p. 263.).

³⁰⁰ IHERING, Rudolf von. **A luta pelo direito**.

jurídicos. A premência dessas demandas sociais conduz ao movimento de positivação dos chamados “novos direitos”, considerados como capazes de “transcende[r] a esfera individual e atingirem um número limitado ou não de pessoas”³⁰¹.

Esse reconhecimento jurídico põe em crise o sistema de tutela jurídica vigente. Não soa plausível estabelecer certos direitos – como o direito ao meio-ambiente equilibrado – como uma *posição de vantagem* em relação a terceiros, pois estes detêm simultaneamente o mesmo direito. A dificuldade em aplicar os moldes tradicionais, para identificar a titularidade do direito coletivo deixa em aberto a definição da legitimação para sua defesa.

Por outro lado, a intensificação das demandas judiciais sugere a insuficiência da atuação corretiva dos órgãos judiciários para alcançar a propalada paz social.

Em resposta a esse momento crítico, a chamada *segunda onda de acesso à justiça*³⁰² debruça-se sobre a representação em juízo desses novos direitos, propondo a necessidade de superação da ação individual em um contexto de massificação de direitos, com vistas à *coletivização do processo*.

Gregório Assagra de Almeida sinaliza a imbricação profunda entre a proposta de tratamento judicial coletivizado dos novos direitos, surgida na década de 1970, e a fase *instrumentalista do processo*, na qual, em prol de *resultados* e *efetividade*, “o direito processual passa a ser concebido como meio, como instrumento de realização de justiça por intermédio dos escopos da jurisdição”, entre os quais a “pacificação social com justiça”³⁰³. Segundo o autor, o movimento de coletivização surge porque a *primeira onda de acesso à justiça*, centrada na “gratuidade da justiça aos pobres”, “não foi suficiente, especialmente por tratar o pobre como indivíduo e esquecer da coletividade”³⁰⁴.

A coletivização concebe uma distinção ontológica entre interesses individuais e coletivos. Estes brotariam de uma idealidade impermeável ao egoísmo. Os *novos direitos* são vistos, então, como direitos *sem titulares*, cuja tutela repercute sobre a dimensão do *povo destinatário*:

Não tendo os direitos transindividuais, em regra, titulares, na medida em que se situam num plano logicamente antecedente de atributividade individual dos direitos, nasce aí o difícil problema para o emprego do esquema liberal burguês para sua tutela. [...] Em tema de direitos transindividuais, melhor seria talvez falar-

³⁰¹ MACIEL JÚNIOR, Vicente de Paula. **Teoria das ações coletivas**: as ações coletivas como ações temáticas, p. 30 e 66.

³⁰² CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à justiça**. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1988.

³⁰³ ALMEIDA, Gregório Assagra de. **Manual das ações constitucionais**. Belo Horizonte: Del Rey, 2007, p. 6.

³⁰⁴ ALMEIDA, Gregório Assagra de. **Manual das ações constitucionais**, p. 8.

se em beneficiários dos direitos tutelados, porque, na verdade, os direitos que se tutelam no plano transindividual de forma única e indivisível é que dão causa a inúmeros outros direitos dessas pessoas, não havendo hipótese de que a tutela coletiva constitua para eles direta e automaticamente direitos.³⁰⁵

A estruturação dos procedimentos destinados a resolver questões coletivas absorve essa lógica para adaptar a matriz subjetivista da ação. Diante do vazio da titularidade dos novos direitos, o Estado avoca para si a tarefa de eleger intérpretes autorizados a promover sua defesa judicial. A representatividade é invocada no âmbito judicial, assim como no político, como ínsita à alteridade entre povo e poder, aparentemente indispensável à salvaguarda da coletividade contra as vicissitudes oriundas do individualismo.

Os legitimados ativos para a defesa dos direitos oriundos da sociedade de massa são os *representantes adequados*: “órgãos ou pessoas jurídicas [...] canalizadores de uma vontade difusa” ou coletiva, aos quais se atribui a prerrogativa de agir na defesa do direito tutelado³⁰⁶. Sua atuação se dá não na qualidade de titular não do *direito material*, mas, sim, do *direito de ação*.

Maciel Júnior alerta que a representação adequada convém a “uma lógica compreensível, mas perversa”, pela qual se impede que os procedimentos coletivos se transformem “em um veículo do controle difuso do ato administrativo e da lei em tese, a ser exercido por qualquer interessado”³⁰⁷. A replicação da estrutura procedimental polarizada entre autor e réu nos procedimentos coletivos serve ao propósito de estabilização dogmática da autoridade – propósito dissimulado na suposta necessidade de que seja sempre “identificado o ‘sujeito’ da ação”³⁰⁸.

O êxito desse fechamento dogmático do modelo de representação adequada é demonstrado pelo tratamento das “polêmicas sobre a delimitação conceitual dos denominados interesses ou direitos transindividuais”³⁰⁹. O embate entre as denominadas *doutrina clássica*, *tese revisionista* e *posição intermediária* se desenvolve sem que por qualquer delas seja cogitada a admissão de manifestações individuais sobre questões de

³⁰⁵ ADAMOVICH, Eduardo Henrique Raymundo Von. Os belos copos de vinho da vovó? Elementos de história do processo coletivo para a solução de alguns problemas supostamente intrincados. In: RIBEIRO JÚNIOR, José Hortêncio *et al* (Org.). **Ação coletiva na visão de juízes e procuradores do trabalho**, p. 23-44. São Paulo: LTr, 2006, p. 29-30.

³⁰⁶ MACIEL JÚNIOR, Vicente de Paula. **Teoria das ações coletivas**: as ações coletivas como ações temáticas, p. 157.

³⁰⁷ MACIEL JÚNIOR, Vicente de Paula. **Teoria das ações coletivas**: as ações coletivas como ações temáticas, 120-121.

³⁰⁸ MACIEL JÚNIOR, Vicente de Paula. **Teoria das ações coletivas**: as ações coletivas como ações temáticas, p. 120.

³⁰⁹ ALMEIDA, Gregório Assagra de. **Manual das ações constitucionais**, p. 49.

alcance coletivo. Tudo parece ser uma questão de escolha pela terminologia mais adequada a *legitimar* (conferir aparência de legitimidade) à atuação exclusiva dos representantes:

A doutrina clássica prefere se valer da terminológica direito somente quando a titularidade pertencer a sujeito determinável. Assim, em sendo indeterminados e indetermináveis os sujeitos nos difusos e coletivos (transindividuais), a eles não seria correto atribuir, de acordo com essa doutrina, o *status de direitos*, mas, sim, de *interesses*. Por outro lado, a *tese revisionista* propõe a superação da doutrina clássica, a fim de que seja reconhecida a categoria dos direitos subjetivos transindividuais. Essa doutrina critica a doutrina clássica e, com isso, prefere utilizar-se das expressões direitos difusos, direitos coletivos e direitos individuais homogêneos, de sorte a atribuir subjetividade jurídica a essas categorias jurídicas. Entre as duas correntes, há uma *posição intermediária* que prefere utilizar, para fins práticos, bem como para garantir a efetividade dos direitos massificados, das duas expressões conjuntamente: *direitos e interesses*. Para essa corrente intermediária, na medida em que o interesse esteja, de fato, juridicamente protegido, assumiria ele o *status* de direito, o que faria desaparecer qualquer razão prática em diferenciá-los, não obstante haja distinção entre as expressões no aspecto teórico.³¹⁰

Os estudos de Vincenzo Vigoriti³¹¹ sobre a legitimação para agir contemplam uma significativa mudança de enfoque. O autor não admite o *interesse coletivo* como uma categoria ontologicamente distinta do interesse individual, mas, sim, como confluência de inúmeras posições individuais de vantagem que se correlacionam por incidir sobre um mesmo bem. Vigoriti inova ao adotar um referencial objetivo (o bem sobre o qual recai o interesse) para afirmar a existência de múltiplos interessados em uma situação de vantagem coletiva.

Contudo, o autor não considera relevante que, nessas situações de vantagens coletivas, a faculdade de agir seja atribuída a todos os interessados. Parece-lhe, antes, ser crucial que os interessados possam se valer de um *portador adequado*³¹².

Vigoriti refuta expressamente “doutrinas que parecem considerar os interesses coletivos e os difusos como algo completamente diferente da posição de vantagem visada”³¹³. Todavia, acaba por ceder ao modelo de representatividade adequada em função de seu apelo prático: a otimização do procedimento, decorrente da maior aptidão técnica do

³¹⁰ ALMEIDA, Gregório Assagra de. **Manual das ações constitucionais**, p. 49-50

³¹¹ VIGORITI, Vincenzo. **Interessi collettivi e processo**: la legittimazione ad agire. Milano: Giuffrè, 1979.

³¹² “Tratando-se da tutela jurisdicional do interesse coletivo, não importa tanto que todos os titulares dos interesses correlatos sejam legitimados quanto importa, em lugar disso, que sejam [legitimados] aqueles que podem ser portadores adequados do interesse próprio e comum”. Tradução do original: “[...] trattandosi della tutela giurisdizionale degli interessi collettivi, non importa tanto che tutti i titolari degli interessi correlati siano legittimati, quanto importa invece che lo siano coloro che possono farsi ‘adeguati portatori’ dell’interesse próprio e comune.” (VIGORITI, Vincenzo. **Interessi collettivi e processo**: la legittimazione ad agire, p. 103.).

³¹³ Tradução do original: “[...] delle dottrine che sembrano considerare gli interessi collettivi e quelli diffusi come un qualcosa del tutto diverso dalle posizioni di vantaggio consciute.” (VIGORITI, Vincenzo. **Interessi collettivi e processo**: la legittimazione ad agire, p. 25.).

representante e do menor número de participantes nos feitos judiciais. A rigorosa correlação interesse-ação se mostra, em seu entendimento, desnecessária e contraproducente para a resolução de questões coletivas.

De modo a conciliar o reconhecimento do aporte de interesses individuais (correlatos) para as questões coletivas com a preferência pela representação adequada, Vigoriti sustenta que a organização das posições de vantagem acarreta uma *renúncia ao princípio da coincidência*. Essa renúncia se dá em prol de um ganho geral de efetividade do processo, “reflexo de uma necessidade de ordenação lógica e prática fortemente recomendável por todos os setores da experiência que se dedicam ao fenômeno da plurissubjetividade”³¹⁴.

Essa ordem de argumento se amolda à proposta instrumentalista de efetividade do processo como célere pacificação de conflitos sociais. Esse ditame, consolidado na *terceira onda de acesso à justiça*, é fruto de uma avaliação pragmática social, a qual “corresponde [...] ao utilitarismo que toma como padrão de medida o bem-estar de todos os atingidos”³¹⁵. O sistema de representação adequada, por *aparentar* ser estabelecido em exclusivo proveito dos interessados, tende a convencer como superação satisfatória da dificuldade concreta de trazer para os procedimentos de alcance coletivo todos os possíveis interessados.

O problema é que a renúncia ao princípio da coincidência, referida por Vigoriti, constitui mera ficção, construída para justificar a canalização de todas as possíveis pretensões dos interessados na ação concretamente encetada pelo representante adequado. Essa ficção homogeneizante se cristaliza como dogma, pois, estipulado o rol taxativo de representantes adequados, a atuação de qualquer interessado será repelida, ao fundamento de que não detém legitimidade. Ou seja, o titular do *interesse correlato* é impotente diante da presunção de que renunciou à faculdade de agir.

Conclui-se pela incompatibilidade da renúncia ao princípio da coincidência com a principiologia democrática. A legitimidade para agir, como corolário direto da inafastabilidade da ação, só torna possível cogitar de renúncia *pontual* à faculdade de agir, verificada quando, no caso concreto, por sua inércia, o cidadão indica que não tem interesse na questão coletiva ou que se reconhece efetivamente representado no procedimento.

³¹⁴ Tradução do original: “riflesso di um bisogno di ordine logico e pratico fortemente avvertito in tutti i settori dell’esperienza in cui si prestano fenomeni di plurisoggettività” (VIGORITI, Vincenzo. **Interessi collettivi e processo**: la legittimazione ad agire, p. 101-102).

³¹⁵ HÖFFE, Otfried. **Justiça política**: fundamentação de uma filosofia crítica do direito e do estado, p. 38.

4.3.4.4 Persistência da representação adequada após a Constituição de 1988: legitimação para agir como vulneração da principiologia democrática

A representação adequada, com sua lógica utilitarista, não elimina o fato da exclusão da participação daqueles que inevitavelmente serão alcançados pela decisão judicial. A dinâmica de legitimação da exclusão, abrigada pelos propósitos do Estado Social, é incompatível com a prerrogativa de autoinclusão ínsita ao Estado Democrático de Direito. Apesar disso, a defesa do modelo de representação adequada subsiste mesmo após a vigência da Constituição democrática de 1988, sob o discurso de assimilação desse modelo a uma turvada compreensão da emancipação da Cidadania.

Gregório Assagra de Almeida considera que, ainda que a Constituição estabeleça a legitimidade ativa “concorrente e pluralista” nos procedimentos coletivos, podem os órgãos legislativos e judiciários limitar o alcance dessa “imposição constitucional”³¹⁶. Para o autor, “a representação adequada [...] é aferida antecipadamente pelo próprio legislador (*ope legis*)”³¹⁷ e complementada pelo “controle judicial [...] sobre a legitimidade *ad causam* ativa”, destinado a verificar “se a tutela pretendida pelo ente coletivo legitimado ativamente [...] é realmente de alguma espécie de direitos ou interesses difusos, coletivos ou individuais homogêneos” e se a atuação do legitimado “está dentro das suas finalidades institucionais ou estatutárias”³¹⁸.

Firme na convicção de que a solução dos conflitos coletivos deve ocorrer em uma dimensão preservada da interferência de interesses individuais, Assagra formula “princípios processuais específicos do direito processual coletivo comum”³¹⁹. Esses princípios conferem

³¹⁶ ALMEIDA, Gregório Assagra de. **Manual das ações constitucionais**, p. 37.

³¹⁷ ALMEIDA, Gregório Assagra de. **Manual das ações constitucionais**, p. 110.

³¹⁸ ALMEIDA, Gregório Assagra de. **Manual das ações constitucionais**, p. 116.

³¹⁹ Os princípios são: a) *princípio da presunção de legitimidade ‘ad causam’ ativa pela afirmação do direito coletivo tutelável*: a inserção no rol legal de legitimados para a propositura da ação coletiva é que faz presumir a “legitimidade ativa provocativa”, não havendo “necessidade de se questionar a real titularidade do direito coletivo alegado” e bastando ao representante adequado, para demonstrar sua legitimidade *ad causam*, afirmar; b) *princípio do máximo benefício da tutela jurisdicional coletiva comum*: a negativa de legitimação para agir aos afetados pela decisão coletiva é resolvida pela “admissibilidade da transferência *in utilibus* da coisa julgada coletiva formada nas demandas de tutela dos direitos e interesses difusos e coletivos para o plano individual”, sob a promessa de solucionar “em um só processo um grande conflito social ou inúmeros conflitos interindividuais, evitando-se, nesse caso, a proliferação de ações individuais e a ocorrência de situações conflituosas que possam gerar desequilíbrio e insegurança na sociedade”; c) *princípio da máxima efetividade do processo coletivo*: a ausência de participação dos interessados direitos é suprida por uma atuação de ofício do juiz, com determinação de provas pertinentes, para que “a tutela jurisdicional se esgote de forma legítima [...] com a pacificação social com justiça”; d) *princípio do interesse jurisdicional no conhecimento do mérito do processo coletivo*: há um *interesse* do órgão judiciário, decorrente de seu “compromisso de transformador da realidade social”, em “enfrentar o mérito das demandas coletivas”, por força do que deve “flexibilizar os requisitos de admissibilidade processual” para facilitar a atuação dos representantes adequados; e) *princípio da*

prestígio à atuação de tutores da sociedade, em detrimento da dos cidadãos, e propugnam um compromisso do juiz de transformar a realidade social, o que perfaria um *interesse jurisdicional* no processo coletivo. É por meio desses princípios que o autor crê possível uma associação entre a democracia e o fim social de promoção célere da paz social, com aproveitamento da “metódica pluralista e aberta conquistada pela fase instrumentalista”³²⁰.

No entanto, ante a principiologia democrática que comanda o ordenamento jurídico brasileiro, “não há possibilidade de se manter institutos com assento em um modelo de Estado Social”³²¹. A reformulação dos procedimentos em que decididas questões coletivas se inicia pela superação do modelo da representação adequada, pois:

[...] a legitimação para agir nas ações coletivas atuais que se concentram em entes intermediários – Ministério Público, Sindicatos, Associações e Partidos Políticos, anula a possibilidade de participação dos reais interessados, que serão afetados pelo provimento. Para que as decisões proferidas nos processos coletivos sejam legítimas, [...] deve ser propiciada uma fiscalidade participativa constante em todo o procedimento de formação da decisão, iniciando-se pela ampliação da legitimação para agir nas ações coletivas [...]³²²

A argumentação desenvolvida no presente Capítulo demonstra que a abertura dos procedimentos coletivos à participação dos interessados não constitui beneplácito estatal, mas imposição constitucional. Por isso, a outorga da faculdade de agir nos procedimentos coletivos a representantes tidos como adequados, com exclusão dos afetados pelas decisões, é uma estratégia de *legitimação*, que vulnera a prerrogativa democrática de autoinclusão.

A legitimação da posição de intérprete exclusivo e autorizado, efetivada pela lei que confere representatividade ao ente intermediário, reprime a assunção de posições heterogêneas no espaço da Cidadania e dificulta a fiscalidade dos atos estatais. Além disso, atenua a responsividade do representante perante os representados. Ainda, disponibiliza uma escusa de fundamentação aos órgãos judiciários, que podem rechaçar a ação dos indivíduos sem enfrentar os argumentos que a sustentam.

máxima prioridade da tutela jurisdicional coletiva comum: a dicotomia entre o interesse público e o individual persiste e exige o sopesamento em favor daquele, dada “a supremacia do interesse social (presente sempre no processo coletivo) sobre o particular (que é próprio do processo individual)”. (ALMEIDA, Gregório Assagra de. **Manual das ações constitucionais**, p. 33-36.).

³²⁰ ALMEIDA, Gregório Assagra de. **Manual das ações constitucionais**, p. 17-18.

³²¹ FERREIRA, Juliana Maria Matos; GUIMARAES, Natalia Chernicharo; MACIEL JUNIOR, Vicente De Paula. Cidadania, legitimação para agir e efetividade no processo coletivo. In: ENCONTRO PREPARATÓRIO PARA O CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI, XVII, 19 a 21 de junho de 2008, Salvador. **Cidadania e efetividade do direito**: Anais do XVII Encontro Preparatório para o Congresso Nacional do CONPEDI. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2008, p. 2965-2982.

³²² FERREIRA, Juliana Maria Matos; GUIMARAES, Natalia Chernicharo; MACIEL JUNIOR, Vicente De Paula. Cidadania, legitimação para agir e efetividade no processo coletivo, p. 2972.

Uma vez evidenciada a incompatibilidade da representação adequada com a principiologia constitucional, a atuação judicial de entes intermediários reclama balizamento democrático. Esses entes são constituídos diretamente pela Constituição (Ministério Público, Defensoria Pública) ou organizam-se no âmbito da Cidadania, pelo exercício da liberdade de associação (associações, sindicatos, organizações não governamentais, partidos políticos). Porém, para que funcionem como potencializadores do debate democrático, tais entes não podem ser considerados porta-vozes privilegiados ou intérpretes do bem comum. Devem, pois, atuar de modo concorrente com os interessados, preservando a multiplicidade de pretensões cogitáveis em torno de questões coletivas.

Portanto, o reclame democrático é de inexistência de *monopólio* (atribuição exclusiva) dos entes intermediários para a provocação do exercício da função judicial quanto a aspirações atribuídas à coletividade, e não de eliminação da participação desses entes.

4.4 Interesse como segunda palavra-chave da concepção de democracia adotada na presente pesquisa: considerações finais do Capítulo

Ao final deste Capítulo, tem-se que o critério de legitimidade da participação é fornecido diretamente pela Constituição, prescindindo de chancela legal e sobrepondo-se ao esforço estatal de legitimação da exclusão. A autoinclusão, prerrogativa cidadã intangível pelo Estado, estabelece a “afirmação do interessado em face de um bem”³²³ – precisamente o interesse reputado na tradição de Ihering como *simples* – como apta e suficiente para provocar o exercício da função judicial. O princípio da inafastabilidade da jurisdição proíbe que a lei e a decisão judicial obstruam a discussão quanto ao conteúdo dos direitos, o que implica na legitimidade da alegação da ocorrência de lesão ou ameaça suscitada por qualquer autoproclamado interessado.

Desse modo, o *interesse*, como segunda palavra-chave da concepção de democracia da presente pesquisa, consolida a vedação de recusa judicial ou de exclusão legal do enfrentamento da alegação de lesão ou ameaça a direito *suscitada por qualquer autoproclamado interessado*. Repelidas as investidas autoritárias do Estado sobre o espaço institucionalizado da Cidadania, o *interesse* desvencilha-se de qualificativos como *jurídico*, *público*, *geral* e *coletivo* para despontar como legítimo impulsionador da participação nos procedimentos judiciais, inclusive coletivos.

³²³ MACIEL JÚNIOR, Vicente de Paula. **Teoria das ações coletivas**: as ações coletivas como ações temáticas, p. 41.

A representação adequada não é, porém, o único óbice à emancipação democrática proposta na presente pesquisa. Conforme estabelecido no Capítulo 3, a participação jurídica envolve a enunciação de sentidos em *caráter vinculativo*, que não é viabilizada se a admissão dos interessados nos procedimentos judiciais for meramente formal. O Capítulo 5 se dedica ao enfrentamento desse problema.

5 PROCESSUALIDADE DEMOCRÁTICA NA MATRIZ INSTITUINTE DO ESTADO DE DIREITO NÃO DOGMÁTICO³²⁴

O reconhecimento da legitimidade de agir dos interessados é indispensável, mas não é suficiente para assegurar que os procedimentos eleitorais assimilem a igualdade institucional entre Estado e Cidadania. Isso porque o movimento do socialismo jurídico, com seu ideal de bem-estar coletivo traduzido na extirpação de conflitos, não apenas engendrou a representação adequada como garantia da ação idônea, mas também forjou o protagonismo judicial como garantia de realização da própria justiça.

A aliança entre o legislador e o juiz do Estado Social se perfaz pela defesa positivista do princípio da legalidade que, no entanto, convive com a *exigência* – não mais que camuflagem de um privilégio cognitivo, que encontra inspiração na *inquisitorialidade* medieval – de que o juiz decida mesmo na ausência de lei. O resultado é a propagação da *hermenêutica dogmática*, a qual, ancorada na ideia de uma *ratio legis* a ser revelada pelo saber do juiz, coloca a judicção (o ato estatal de decidir) na centralidade do sistema jurídico.

Esse modelo hermenêutico recorre a teorias processuais referendárias do socialismo jurídico, reduz o processo a um instrumento de atuação da vontade da lei e permite que a sentença comunique valores morais, éticos ou culturais que preencham os vazios dessa mesma lei. Ainda que admitida a manifestação dos interessados, esta poderá, por simples *convencimento motivado* do julgador, ser reputada contrária aos desígnios do cognominado *bem comum* – a ser traduzido pela autoridade em uma de suas infinitas e insondáveis variáveis, como *interesse público*, *moral coletiva*, *cultura jurídica*, *doutrina majoritária*, *clamor social* e *vontade popular*. Desse modo, a Cidadania não encontra espaço institucionalmente demarcado para questionamento e fiscalização dos atos estatais.

Para superar esse modelo hermenêutico, é preciso – assim como se fez em relação ao interesse e à legitimidade – extrair, diretamente da principiologia constitucional, o parâmetro estruturante do procedimento e conducente da atuação judicial.

A persecução desse objetivo impõe que a noção de processo seja descolada da avaliação teleológica, própria do socialismo jurídico, e se enuncie por uma perspectiva lógica. Essa perspectiva, todavia, deve ser construída sobre arcabouço teórico mais

³²⁴ Conforme persistentemente afirmado por Rosemiro Pereira Leal em sala de aula, *democrático* e *não dogmático* são expressões sinônimas: o Estado Democrático de Direito é o *Estado do Direito não dogmático*; a processualidade democrática é fundadora do Estado não dogmático (LEAL, Rosemiro Pereira. Teoria processual da decisão jurídica (disciplina do Mestrado em Direito Processual)).

consistente que a concepção fazzalariana de processo como procedimento em contraditório.

O presente Capítulo conclui o estabelecimento das premissas teóricas que permitirão aferir o caráter democrático do exercício da função judicial eleitoral brasileira. Destina-se, enfim, a demarcar a teoria processual tomada como imprescindível a essa aferição: a *teoria neoinstitucionalista do processo*, formulada por Rosemiro Pereira Leal.

O fato de o texto haver sido desenvolvido, até aqui, à margem de aprofundamento sobre a concepção de processo a que se filia não deve, de modo algum, ser tomado como indício de ausência de compromisso da pesquisa com essa demarcação. Ao contrário, tratou-se de uma opção metodológica fundamentada.

Em uma pesquisa conduzida no campo do Direito Processual, o termo *processo* não deve ser utilizado de forma aleatória, por conveniência da escrita, com comprometimento do rigor científico. Não é ao acaso, assim, que se conteve o uso do termo *processo* nas páginas antecedentes. Houve a preocupação de, primeiro, promover a desambiguação de termos relevantes para a pesquisa – jurisdição, função judicial eleitoral, democracia, legitimidade para agir e interesse. Com isso, manteve-se a possibilidade de testificar, uma a uma, as proposições apresentadas em cada etapa do percurso investigativo e as asserções que as amparam.

Concluído esse percurso, torna-se possível sustentar, aberta e fundamentadamente, que, quando compreendidos em consonância com a principiologia do Estado Democrático de Direito, aqueles termos convergem para a irrenunciabilidade da instituição e da condução dos procedimentos eleitorais a partir de uma teoria da “linguisticidade jurídica [...] assentada em postulados autocríticos (contraditório, ampla defesa e isonomia)”³²⁵. Essa teoria é o Processo em compreensão neoinstitucionalista, que abre à coletividade de sujeitos *naturais* – população total, pois não segmentada a partir de critérios econômico, social, histórico ou cultural – o espaço para a “coinstitucionalização [...] de direitos à vida humana, liberdade e dignidade”³²⁶.

Antes, ainda, de estatuir a adoção da teoria neoinstitucionalista do processo como única a autorizar a enunciação da *processualidade democrática*, a diretriz epistemológica da presente pesquisa exige que: a) fundamente-se a alegação de incompatibilidade do protagonismo judicial com a principiologia do Estado Democrático de Direito; b) reconheça-se a existência de propostas de democratização da atividade judicial que não cogitam da

³²⁵ LEAL, Rosemiro Pereira. **A teoria neoinstitucionalista do processo**: uma trajetória conjectural, p. 22.

³²⁶ LEAL, Rosemiro Pereira. **A teoria neoinstitucionalista do processo**: uma trajetória conjectural, p. 22.

relevância das teorias processuais para esse fim, as quais somente podem ser consideradas insuficientes em cotejo com a principiologia do Estado Democrático de Direito; c) reconheça-se a existência de teorias processuais, que não a neoinstitucionalista, que se pretendem fundadoras de uma processualidade democrática, as quais somente podem ser recusadas caso revelem aporias cuja correção conduza à anulação de seus próprios fundamentos.

5.1 Protagonismo judicial: a fenda no princípio da legalidade

Conforme se extrai da exposição de Dierle Nunes³²⁷, o *protagonismo judicial* pode ser compreendido como *técnica legislativa*, voltada para a descoberta da verdade e para a produção de decisões que rapidamente ponham fim à crise social instaurada com a lide, que reformula o papel do juiz: substitui-se a postura de indiferença e a vinculação a regras formais, típicas do liberalismo, pela atuação colaborativa e pela condução dinâmica do processo.

Associada ao discurso de socialização processual, essa técnica foi concebida por Franz Klein a partir de 1891 e pioneiramente concretizada na Ordenança Processual Civil do Império Austro-Húngaro em 1895. A implementação judicial da doutrina do Estado Social é, então, viabilizada por normas legais que confirmam ao juiz independência decisória e ingerência na estruturação do procedimento, com o objetivo de compensar a desigualdade material e econômica entre os litigantes e realizar com celeridade a justiça substancial.

O protagonismo judicial ascende juntamente com o nazismo alemão. Nunes rejeita a associação desse contexto a uma predominância de concepções positivistas. Isso porque autores como Karl Larenz, Carl Schmidt e Erik Wolf, escrevendo à época, constroem a exaltação do “juiz alemão [...] como um portador da visão privilegiada dos valores do povo, corporificados no Führer” em repulsa à teoria pura de Kelsen³²⁸. No entanto, uma análise em retrospecto permite afirmar que, imersos naquele momento histórico, os autores citados, ao se anunciarem contrários ao positivismo kelseniano, desconsideraram um traço marcante dessa teoria: o reconhecimento de poder de criação normativa ao juiz³²⁹.

³²⁷ NUNES, Dierle José Coelho. **Processo jurisdicional democrático**, p. 79-89.

³²⁸ NUNES, Dierle José Coelho. **Processo jurisdicional democrático**, p. 90-91.

³²⁹ A motivação política de combate à teoria pura do direito – de que dá notícia o próprio Kelsen no prefácio de sua primeira edição, em 1934– é uma possível causa pela qual os juristas do nacionalismo alemão não salientaram, ou não constatarem, as aproximações entre o protagonismo judicial nacional-socialista e a atuação dos órgãos judiciais formatada pelo positivismo jurídico. Segundo Kelsen, “a luta não se trava na verdade –

5.1.1 Poder criativo da atividade judicial no positivismo jurídico

Kelsen concebe a decisão judicial como o último estágio da criação do Direito, em “um processo de individualização ou concretização sempre crescente”³³⁰. O autor rejeita expressamente a ideia de que a atuação judicial se limite à “simples ‘descoberta’ do Direito ou juris-‘dição’”, pois esta equivale apenas à etapa de “determinação da norma geral a aplicar ao caso concreto”³³¹. Após essa etapa, a criação da *norma individual* se dá com a emissão da *opinião* do julgador sobre o caso. Trata-se de uma opinião privilegiada como a única que tem relevância jurídica e que, por isso, passa a ser assumida como *sentido objetivo* do ato de decisão com o trânsito em julgado³³².

O poder criativo dos órgãos judiciários se potencializa nos casos em que não há no ordenamento uma *norma geral* da qual aqueles possam extrair a opinião quanto ao caso concreto, situação em que Kelsen concebe a seguinte solução:

[...] também é possível que a ordem jurídica confira ao tribunal o poder de, no caso de não poder determinar qualquer norma jurídica geral que imponha ao demandado ou acusado o dever cuja violação o demandante privado ou o acusador público alegam, não rejeitar a demanda ou não absolver o acusado mas, no caso de ter por injusta ou não equitativa, quer dizer, como não satisfatória, a ausência de uma tal norma geral, dar provimento à demanda ou condenar o acusado. Isto significa que o tribunal recebe poder ou competência para produzir, para o caso que tem perante si, uma norma jurídica individual cujo conteúdo não é de nenhum modo predeterminado por uma norma geral de direito material criada por via legislativa ou consuetudinária. [...] [E]sta norma individual é criada pelo tribunal em aplicação de uma norma geral tida por ele como desejável, como ‘justa’, que o legislador positivo deixou de estabelecer.³³³

A *ausência de norma geral* não se confunde com a assunção de que haja lacunas no Direito, pois Kelsen expressamente reputa *errônea* a teoria das lacunas³³⁴. A lacuna, para o autor, é uma ficção, pois a inexistência de norma proibitiva faz com que a conduta seja permitida. A ausência de norma geral (expressa) se configura quando duas condutas

como as aparências sugerem – pela posição da Jurisprudência dentro da ciência e pelas consequências que daí resultam, mas pela relação entre a ciência jurídica e a política, pela rigorosa separação entre uma e outra, pela renúncia ao enraizado costume de, em nome da ciência do Direito e, portanto, fazendo apelo a uma instância objetiva, advogar postulados políticos que apenas podem ter um caráter altamente subjetivo, mesmo que surjam, com a melhor das boas fés, como ideal de uma religião, de uma nação ou de uma classe. É este o fundamento da oposição, já a raiar pelo ódio, à Teoria Pura do Direito, é este o motivo oculto do combate que lhe é movido por todos os meios”. (KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**, XII.).

³³⁰ KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**, p. 263.

³³¹ KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**, p. 264.

³³² KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**, p. 265-267.

³³³ KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**, p. 271.

³³⁴ KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**, p. 273.

permitidas (porquanto não proibidas) colidem e não há previsão legal do modo de solução do conflito. Tem lugar, então a criação de uma norma individual a partir de critérios de *justiça e equidade*, como referido no trecho supratranscrito³³⁵.

A possibilidade de o órgão judiciário criar uma norma individual ainda que a lei não contenha a norma geral é o que leva Kelsen a sustentar que o Direito é sempre passível de aplicação lógica. No entanto, longe de – conforme pretendido pelo autor – refutar a atuação judicial com “base num juízo de valor ético-político subjetivo”³³⁶, o dogma da completude do Direito fornece um artifício lógico para dissimular essa atuação. Com isso, Kelsen acaba por confirmar, tanto quanto seus opositores, que a mente do julgador é um receptáculo dos desígnios maiores do ordenamento. Varia, apenas, a terminologia utilizada para designar tais desígnios: para Kelsen, a *norma geral justa, desejada ainda que não positivada*; para os defensores do Estado nacional-socialista, *os valores do povo alemão*.

Ainda quando a norma geral é prevista em lei, a atuação judicial na interpretação jurídica³³⁷ não prescinde, segundo Kelsen, de seu caráter de criação do Direito. A premissa é que a lei é inevitavelmente dotada de indeterminação, o que a torna incapaz de vincular, por inteiro, o exercício da função judicial. Surge daí a metáfora do Direito como “moldura dentro da qual existem várias possibilidades de aplicação”³³⁸. Kelsen refuta a existência de uma decisão *correta* e confere ênfase à *vontade* do órgão competente na determinação do significado da norma.

A interpretação é, portanto, fruto de uma escolha arbitrária, a qual, quando resultante da atividade judicial, *tanto quanto da legislativa*, “cria Direito”, a partir do simples ato de vontade do órgão competente³³⁹. Essa escolha, denominada *interpretação autêntica*, pode se operar tanto dentre “as possibilidades reveladas através [da] interpretação cognoscitiva” quanto “completamente fora da moldura que a norma a aplicar representa”³⁴⁰.

Esse aspecto é objeto de crítica elaborada por Isabel Lifante Vidal, que coloca em relevo a ruptura lógica autorizada pela interpretação autêntica:

³³⁵ A falha lógica dessa construção está em que esta decisão redundaria na condenação pela prática de uma conduta não proibida por lei – e, portanto, *a priori* permitida. A decisão que aplica uma norma geral tida pelo juiz como desejável – ou seja, que parte de uma possível norma geral proibitiva que é, de fato, inexistente – invalida a premissa de que toda conduta não proibida é permitida.

³³⁶ KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**, p. 275.

³³⁷ KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**, p. 387-397.

³³⁸ KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**, p. 390.

³³⁹ KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**, p. 394.

³⁴⁰ KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**, p. 394.

Esta equiparação entre a tarefa legislativa e a jurisdicional aparece já a primeira vista como contraintuitiva, e isso porque olvida algo importante: a exigência de que os juízes motivem suas decisões. Kelsen parece esquecer-se deste aspecto do mesmo modo (ou talvez por isso) que parece esquecer-se de incluir a motivação como parte integrante da sentença: para Kelsen, a sentença estaria constituída unicamente pela resolução ou parte dispositiva.

[...]

Ainda que se pudesse pensar – e rechaçar com isso esta crítica – que existe um paralelismo entre as motivações das decisões judiciais e as exposições de motivos das leis, realmente não é assim porque, em primeiro lugar, as exposições de motivos não são realmente necessárias nem formam parte da lei em sentido estrito; e, em segundo lugar, no caso das sentenças, a motivação deve apelar para normas preexistentes e o dispositivo deve apresentar-se como a conclusão das premissas contidas na motivação; enquanto que, no caso das leis, o conteúdo das exposições de motivos geralmente consiste na formulação dos objetivos sociais pretendidos e em descrições do estado das coisas.³⁴¹

Em suma, há elementos na teoria pura de Kelsen que convêm ao protagonismo judicial. O positivismo jurídico legitima o descolamento da atuação judicial do parâmetro de legalidade. Isso permite ao julgador efetuar a *juris-dição* – a etapa de *descoberta* da norma geral aplicável – no recinto de sua própria consciência. A dispensa do encadeamento lógico entre a lei e a atividade judicial forja a aparência de juridicidade de uma decisão que é efetivamente calcada em valores de justiça e equidade formulados pelo próprio decisor. A teoria pura sublima o problema da legitimidade decisória na cogência do ato de vontade emanado da autoridade competente³⁴².

5.1.2 Consolidação dogmática do protagonismo judicial

Vê-se que não há tensão, mas complementaridade na coexistência temporal do positivismo jurídico e do protagonismo judicial. Ambos são referendários de uma hermenêutica subjetivista, que apoia o êxito da função judicial no discernimento dos juízes e

³⁴¹ No original: “Esta equiparación entre la tarea legislativa y la jurisdiccional aparece ya a primera vista como antiintuitiva, y es que olvida algo importante: la exigencia de que los jueces motiven sus decisiones. Kelsen parece olvidarse de este aspecto del mismo modo (o quizá por ello) que parece olvidarse de incluir la motivación como parte integrante de la sentencia: para Kelsen la sentencia estaría constituida únicamente por la resolución o parte dispositiva. [...] Aunque pudiera pensarse – y rechazar esta crítica por ello – que existe un paralelismo entre las motivaciones de las decisiones judiciales y las exposiciones de motivos de las leyes, realmente esto no es así porque, en primer lugar, las exposiciones de motivos no son realmente necesarias ni forman parte de la ley en sentido estricto; y, en segundo lugar, en el caso de las sentencias, la motivación debe apelar a normas preexistentes y el fallo debe presentarse como la conclusión de las premisas contenidas en la motivación; mientras que, en el caso de las leyes, el contenido de las exposiciones de motivos suele consistir en la formulación de los pretendidos objetivos sociales y en descripciones de estados de cosas.” (VIDAL, Isabel Lifante. **La interpretación jurídica en la teoría del Derecho contemporánea**. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1999, p. 117-118).

³⁴² Não se sustenta que Kelsen tenha pretendido fornecer justificativa teórica para a atuação dos juízes nazifascistas, mas, sim, que o autor não logrou êxito em desvencilhar a atividade judicial de juízos morais, embora almejasse fazê-lo, e, ainda, que deliberadamente dogmatizou a decisão jurídica como ato de vontade criador do Direito a se impor pela autoridade.

no dogma de sua capacidade de apreensão de diretrizes metajurídicas com base nas quais aplica a lei. São, pois, respectivamente, uma teoria e uma técnica dogmáticas, cujo entrelaçamento é bem assimilado ao socialismo jurídico. Como o Estado Social é organizado como Estado de Direito, convém-lhe enunciar o império da legalidade, desde que esta, por princípio, comporte uma fenda pela qual transite livremente a atividade cognitiva judicial.

Ingeborg Mauss³⁴³, em dissecação profunda do papel dos juízes na conformação do Estado alemão, desde a República de Weimar até a atualidade, explicita o curso da consolidação desse modo de exercício da função judicial.

A autora relata que a derrubada da monarquia alemã suprime a autoridade unificadora do povo, deixando, assim, *órfã* a sociedade. A posição de autoridade é gradativamente ocupada pelo Poder Judiciário à medida em que a atividade interpretativa se descola da elucidação do texto da lei para se arvorar em reveladora da consciência coletiva apreendida diretamente do meio social.

Posteriormente, a ideologia nazista de unificação vale-se da eugenia não apenas como justificativa de purificação do povo alemão, mas, também, como suposto critério de seleção de juízes. A estes é entregue a tarefa de escolher, com sabedoria e liberdade em relação às “muletas da lei”³⁴⁴, a decisão capaz de traduzir, no caso concreto, os valores sociais dos quais são guardiões.

O fim da II Guerra Mundial e a substituição da Constituição de Weimar pela Lei Fundamental de Bohn não são capazes de fazer recrudescer o parâmetro *antiformalista* de decisão. Mauss explica que, diante da derrota nazista, o corpo de juízes dedicou-se, surpreendentemente, a “reelaborar o próprio passado”, atribuindo as injustiças perpetradas nas suas decisões judiciais a uma suposta submissão à lei arbitrária do Estado³⁴⁵.

³⁴³ MAUSS, Ingeborg. Judiciário como superego da sociedade: o papel da atividade jurisprudencial na “sociedade órfã”. Trad. do alemão: Martonio Lima e Paulo Albuquerque. **Revista Novos Estudos CEBRAP**, São Paulo, n. 58, p. 183-202, novembro de 2000.

³⁴⁴ A expressão, segundo informa Mauss, consta de uma das “Cartas aos Juízes” que, a partir de 1942, começam a ser enviadas aos tribunais para orientar os juízes quanto ao melhor desempenho de suas atribuições. A autora coleta trechos que denotam a exaltação moral que sustentava o poder de decidir em nome do povo: “[...] aparece nas ‘Cartas aos Juízes’ nacional-socialistas [...] a personalidade dos juízes como uma importante garantia para a ‘correta’ jurisprudência, cujas tarefas ‘só poderiam ser executadas por seres humanos livres, dignos, dotados de clareza interior, portadores ao mesmo tempo de um grande senso de responsabilidade e de satisfação na execução desta’; a magistratura deveria representar a ‘elite nacional’ [...]; ‘o juiz-rei do povo de Adolf Hitler deve libertar-se da escravidão da literalidade do direito positivo’”. (MAUSS, Ingeborg. Judiciário como superego da sociedade: o papel da atividade jurisprudencial na “sociedade órfã”, p. 197).

³⁴⁵ MAUSS, Ingeborg. Judiciário como superego da sociedade: o papel da atividade jurisprudencial na “sociedade órfã”, p. 198.

Com esse discurso, os juízes alemães lograram êxito em reerguer o Estado de Direito a partir de uma “Justiça livre de todas as formas de controle e vinculação”, em total desconsideração do fato de que, no período imediatamente anterior, a mesma postura havia contribuído para a derrocada do regime de legalidade³⁴⁶. A autora situa esses eventos em um “bem-sucedido processo de recalçamento” que permitiu a consolidação da ideia de que “a lei vincula seus destinatários, não seus intérpretes”³⁴⁷.

Para Mauss, essa ideia permeia a atualidade da atuação do Tribunal Federal Constitucional, firmemente apoiada na diretriz de que a Constituição é em uma ordem de valores a ser interpretada pela atividade judicial. Por essa diretriz, os pontos de vista morais incorporados na jurisprudência convolam-se em regras jurídicas e “as garantias constitucionais escritas são contrapostas [...] à reserva das idiossincrasias não-escritas dos aparatos econômicos e políticos”³⁴⁸.

A análise de Mauss demonstra que, embora o nacional-socialismo tenha sido historicamente superado, a ideologia decisional nele produzida encontrou condições de perpetuação. A incorporação de pontos de vista morais à jurisprudência torna a atividade judicial autorreferenciada, desconectando-a da lei e encerrando-a no hermetismo da consciência do julgador.

É nessa perspectiva que se pode falar em decisão *solipsista*: o solipsismo, como “ponto de partida [...] da teoria do conhecimento [...] ou procedimento metodológico” reduz o mundo àquilo que pode ser apreendido pela experiência imediata do sujeito, nos limites de sua própria linguagem, de modo que o conhecimento se produz “de maneira imediata e privilegiada, tendo portanto certeza absoluta”³⁴⁹. A hegemonização do protagonismo judicial, mesmo após a derrocada dos regimes totalitários que o fomentaram, consolida a dogmatização da decisão judicial, como fruto de um saber cujas fontes não são passíveis de questionamento. A *certeza* atribuída à decisão cristaliza a pretensão de que há uma verdade (a ser) descoberta pela mente do julgador.

Essa associação entre verdade e consciência do juiz subsume-se na dogmatização da ideia de justiça. Se há uma verdade real a ser revelada e se essa revelação há de ser feita por

³⁴⁶ MAUSS, Ingeborg. Judiciário como superego da sociedade: o papel da atividade jurisprudencial na “sociedade órfã”, p. 198.

³⁴⁷ MAUSS, Ingeborg. Judiciário como superego da sociedade: o papel da atividade jurisprudencial na “sociedade órfã”, p. 198-199.

³⁴⁸ MAUSS, Ingeborg. Judiciário como superego da sociedade: o papel da atividade jurisprudencial na “sociedade órfã”, p. 200-201.

³⁴⁹ ABBAGNANO, Nicola. Solipsismo. In: ABBAGNANO, Nicola. **Dicionário de filosofia**. Ed. rev. e ampl.. Trad. coord. por Alfredo Bosi. Rev. Ivone Castilho Benedetti. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 1086-1087.

um sujeito supostamente dotado de cognição privilegiada, justo é o resultado das operações mentais desse sujeito, conforme por ele próprio enunciado. Por conseguinte, tem-se como missão do juiz protagonista descobrir a *verdade real*.

Esse traço conecta o protagonismo judicial dos séculos XIX e XX a uma doutrina de raízes históricas mais remotas: a *inquisitorialidade*.

Trata-se por inquisitorialidade as diretrizes de atuação judicial do modelo de processo inquisitivo (*processos per inquisitionem*), elaborado entre os séculos XII e XIII, na Europa como “um mecanismo útil e eficaz para a consolidação do poder de governos centralizados” voltado para a “proteção dos interesses públicos”³⁵⁰. Lorena Bachmaier Winter³⁵¹ resume como traços característicos desse modelo, com referência ao processo penal: a) a estruturação hierárquica do poder: o recurso a uma segunda instância visa primordialmente permitir ao superior controlar o procedimento e a decisão; b) a utilização de diversas formas de coação: o acusado é visto como objeto do processo e elemento do qual se deve extrair a prova; c) a coincidência, na mesma pessoa, das funções de instruir, acusar e julgar; d) a finalidade de esclarecimento da verdade.

Esses traços ultrapassam as fronteiras da persecução penal e do contexto em que concebidos para formatar uma compreensão finalística da atuação judicial, absorvida pelo socialismo jurídico: a busca da verdade, identificada com o interesse público, deve ser fomentada pelo juiz e justifica a adoção dos meios necessários para seu êxito.

Essa fórmula inspira uma paradoxal elaboração do conceito de *imparcialidade*. O juiz deve, em tese, estar equidistante das partes, mas também deve servir a um suposto *interesse público*. Ocorre que este é fruto de sua própria elaboração mental, inspirada por valores morais e culturais e por propósitos sociais. Ao cabo, a autorização para a condução da instrução com vistas à *verificação* da violação ao interesse público equivale ao *direcionamento* da instrução à coleta de subsídios para a *condenação* do réu, decisão pré-formatada na mente do julgador.

³⁵⁰ WINTER, Lorena Bachmaier. Acusatorio versus inquisitivo: reflexiones acerca del proceso penal. In: WINTER, Lorena Bachmaier. **Proceso penal y sistemas acusatorios**. Marcial Pons: Madrid, 2008, p. 16. Tradução extraída do trecho original: “El *processus per inquisitionem*, como es sabido, surge entre los siglos XII y XIII en la Europa medieval, y tiene sus orígenes en la labor de los juristas de la Universidad de Bolonia, así como en los intelectuales de la escuela de París, en un momento de recuperación del Derecho romano justiniano y a través de la indudable influencia de la Iglesia. Su desarrollo se debe – como la inmensa mayoría de las grandes reformas jurídicas – a que el modelo de proceso inquisitivo, controlado por funcionarios sometidos a una estricta jerarquía, representaba un mecanismo útil y eficaz para la consolidación del poder de gobiernos centralizados, con el paradigma de las monarquías absolutistas en Francia. La protección de los intereses públicos [...] no podían quedar en manos de la iniciativa privada del ofendido.”

³⁵¹ WINTER, Lorena Bachmaier. Acusatorio versus inquisitivo: reflexiones acerca del proceso penal, p. 20-21.

A obliteração desse paradoxo é permitida pela crença de que o juiz, ao assim atuar, não se conduz por desígnios próprios, mas como servo de uma autoridade superior que com ele se comunica no recinto de sua consciência. A compilação canônica reunida nos Decretos Pontificiais de Gregório IX, do ano de 1234 (*Liber extra*), indica a força dogmática dessa enunciação:

De que forma e quando deve o Prelado [autoridade eclesiástica] proceder à investigação e punição dos excessos de seus súditos é algo evidenciado claramente a partir dos textos do Antigo e do Novo Testamento, posteriormente assimilados com as sanções canônicas [...] e agora sacramentados a aprovação do Concílio. Pois lemos no evangelho [...] em Gênesis, que o Senhor diz: “Desce agora e vê se o clamor, que chega a mim, tem razão de ser.” Por essa autoridade fica claro que, não apenas quando um súdito comete excessos, mas também quando um sacerdote o faz, e o assunto chega ao ouvido de seus superiores por meio de queixas e juízos de muitos – não de seus inimigos e de maledicentes, mas de pessoas prudentes e honestas, e não somente uma vez, mas com frequência, porque o que as queixas insinuam, a difamação torna manifesta – as autoridades eclesiásticas devem diligentemente prescrutar a verdade. Se a qualidade da prova exigir, a jurisdição canônica deve ser exercida sobre o acusado, não como se o Prelado fosse acusador e juiz ao mesmo tempo, mas como se o julgamento de muitos denunciasse o acusado e as queixas obrigassem o Prelado a exercer sua tarefa.³⁵²

A estratégia de legitimação do solipsismo consiste, assim, em dissimular o privilégio cognitivo (*poder* de condução da instrução e decisão) por meio da enunciação de uma atuação subserviente (*dever* de obediência a uma autoridade incontestável). A mesma ideia é assimilada pelo socialismo jurídico, na proposta de independência do juiz (em relação à lei) justificada pela obediência a uma ordem superior (de valores), que culmina por franquear ao decisor um modo de atuação de feição inquisitorial. Não há, portanto, novidade, mas reformulação da justificativa do solipsismo, sempre associado a supostos ganhos para aqueles que devem observância às decisões estatais³⁵³.

³⁵² Tradução do original: “Qualiter et quando debeat praelatus procedere ad inquirendum et puniendum subditorum excessus, ex auctoritatibus veteris et novi testamenti colligitur evidenter, ex quibus postea processerunt canonicae sanctiones, [...] et nunc sacri approbatione concilii confirmamus. Legitur enim in evangelio [...] in Genesi Dominus ait: “Descendam et videbo, utrum clamorem, qui venit ad me, opere compleverint”. Ex quibus auctoritatibus manifeste probatur, quod non solum quum subditus, verum etiam quum praelatus excedit, si per clamorem et famam ad aures superioris pervenerit, non quidem a malevolis et maledicis, sed a providis et honestis, nec semel tantum, sed saepe, quod clamor innuit et diffamatio manifestat, debet coram ecclesiae senioribus veritatem diligentius perscrutari, ut, si rei poposcerit qualitas, canonica districtio culpam feriat delinquentis, non tanquam idem sit accusator et iudex, sed quasi denunciante fama vel deferente clamore officii sui debitum exsequatur.” (GREGÓRIO, Papa. **Decretalium d. Gregorii Papae IX**: compilatio liber quintus. Disponível em: <<http://www.thelatinlibrary.com/gregdecretals5.html>>. Acesso em: 12 out. 2013.

³⁵³ Ronaldo Brêtas de Carvalho Dias observa que os diversos rótulos pelos quais a dogmática jurídica e as decisões judiciais fomentam o protagonismo judicial não o tornam adequado ao Estado Democrático de Direito, mas, ao contrário, revivem os albores da socialização jurídica, no qual o *bom juiz* Jean-Marie Bernard Magnaud conduzia-se pela equidade para corrigir, pela clemência ou pela severidade, a inaptidão da lei para fazer justiça: “[...] devem ser energicamente descartados quaisquer doutrinas e precedentes jurisprudenciais

5.1.3 *Legitimação legal e doutrinária do exercício autocrático da função judicial: sobrevivência do protagonismo judicial no Brasil após 1988*

O protagonismo judicial prossegue afirmado como parâmetro decisional no Brasil mesmo após a Constituição de 1988. A imunização do Decreto-lei n. 4.657/1942 no ordenamento vigente foi tornada ostensiva pela metamorfose promovida pela Lei n. 12.376/2010: de Lei de Introdução ao Código Civil (de 1916) para Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro.

O impacto da atribuição desse novo rótulo é percebido por Rosemiro Pereira Leal, por uma análise que encontra aderência à noção de *legitimação* trabalhada nesta pesquisa: “o Congresso Nacional resolveu revestir de ‘legitimidade’ o referido Dec.-Lei n. 4.657, [...] estendendo a íntegra de seu autocrático conteúdo normativo à interpretação e aplicação a todo o ‘Direito Brasileiro’”, de modo que “o Brasil democrático permanece regido pela compreensão dos ortodoxos intérpretes do estratégico e assistencialista ‘Estado Social de Direito’”³⁵⁴.

Duas significativas diretrizes da socialização do processo estão presentes no Decreto-lei n. 4.657/1942. O art. 5º preceitua que “na aplicação da lei, o juiz atenderá aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum”³⁵⁵ e o art. 4º perfaz a fenda na legalidade ao estipular que “quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito”³⁵⁶.

Tais dispositivos somente podem ser acomodados ao ordenamento vigente pela subversão da posição dos direitos fundamentais no sistema democrático, para que continuem a ser compreendidos como o eram pelo Estado Social. Embora esses direitos sejam fundamento autoincludente do cidadão na democracia, acabam reduzidos a benesses estatais, como gozo do bem-estar coletivo e da paz social projetados pelo Estado. O discurso do

que sugiram aos órgãos estatais decisores (juízes e tribunais) exercício da função jurisdicional sob critérios outros dissociados da constitucionalidade da jurisdição, porém, ao revés, marcados de forma inconstitucional e antidemocrática pela arbitrariedade, pela discricionariedade, pelo subjetivismo, pelo messianismo, pela sensibilidade, pelas individualidades carismáticas ou pela patologia judiciária que denominamos complexo de Magnaud [...].” (BRÊTAS, Ronaldo de Carvalho Dias. **Processo constitucional e estado democrático de direito**, p. 120.).

³⁵⁴ LEAL, Rosemiro Pereira. **A teoria neoinstitucionalista do processo: uma trajetória conjectural**, p. 14.

³⁵⁵ BRASIL. **Decreto-lei n. 4.657, de 4 de setembro de 1942**. Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del4657compilado.htm>. Acesso em: 14 out. 2013, art. 5º.

³⁵⁶ BRASIL. **Decreto-lei n. 4.657, de 4 de setembro de 1942**. Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, art. 4º.

socialismo jurídico é revigorado pelo *Projeto Florença de Acesso à Justiça* a ponto de parecer uma proposta autêntica do período democrático³⁵⁷. Opera-se, assim, o que Maciel Júnior denomina *interpretação amortizante do sistema*: “o sistema de aplicação do direito nega ao texto constitucional seu caráter inovador”³⁵⁸.

O esforço de legitimação também ocorre no âmbito doutrinário. A denominada *hermenêutica dogmática* – que ainda hoje compreende o Direito a partir da interação entre *técnica, decisão e poder*³⁵⁹ – busca naturalizar o fechamento da discussão em torno dos fundamentos teóricos da produção da decisão. A estratégia é a imposição de uma premissa dogmática como necessária ao exercício da função judicial: “deve haver um princípio inegável que impeça o recuo ao infinito (pois, no plano da hermenêutica, uma interpretação cujos princípios fossem mantidos sempre em aberto impediria a obtenção de uma decisão)”³⁶⁰.

A sofisticação do discurso de aplicação do protagonismo judicial permite que a legitimação da dominação se torne mais efetiva ante o êxito em ocultar os interesses aos quais ela serve. Assim é que, com a preocupação em criar “condições para uma decisão com o mínimo de perturbação social possível”³⁶¹, a hermenêutica dogmática ganha complexidade ao lançar mão de teorias linguísticas para construir a figura do *legislador racional*³⁶². Trata-

³⁵⁷ Dierle Nunes desenvolve detalhada análise da relação entre o *Projeto Florença* (em especial o *modelo de Stuttgart*, inspirado em preleção de Fritz Baur em 1965) e o fortalecimento dos poderes do juiz. Em sua compreensão, a postura disponível do juiz se apresenta como uma via de democratização do processo, por possibilitar àquele auxiliar as partes. Esse auxílio se dá pela exposição, de antemão, dos “pontos que lhe parecem importantes”, para evitar que as partes tragam ao processo alegações e documentos que “imaginam” relevantes, mas que não serão levados em consideração e, ainda, pela discussão aberta das questões de fato e de direito, antes da sentença, de modo a possibilitar que as partes, sabendo a “opinião” do julgador, sejam estimuladas a transacionar. Seria este o germe de uma desejável *comparticipação processual* (NUNES, Dierle José Coelho. **Processo jurisdicional democrático**, p. 115-124.). Porém, as premissas teóricas da presente pesquisa levam a identificar a persistência do protagonismo judicial. Afinal, o juiz, a pretexto de *colaborar* com as partes, conduz o caso para um desfecho antevisto: influi, com o peso de sua autoridade, sobre o modo pelo qual as partes praticam seus atos processuais, elege os pontos que considera importantes e sugere a transação (formulação ideal da solução de conflitos) pelo prenúncio de uma *opinião* (inclinação não esclarecida sobre o deslinde do mérito) capaz de compelir o provável vencido a rever sua posição frente ao conflito.

³⁵⁸ MACIEL JÚNIOR, Vicente de Paula. Estrutura e interpretação do direito processual civil brasileiro a partir da Constituição Federal de 1988. In: MACHADO, Felipe Daniel Amorim; CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade (Coord.). **Constituição e processo**: a contribuição do processo ao constitucionalismo democrático brasileiro, p. 293-312. Belo Horizonte: Del Rey, 2009, p. 294.

³⁵⁹ É esse o subtítulo da obra de Tercio Sampaio Ferraz Júnior, na qual explicadas as linhas operacionais da hermenêutica dogmática ainda hoje ensinada aos neófitos do curso de Direito. (FERRAZ JÚNIOR, Tercio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito**: técnica, decisão, dominação)

³⁶⁰ FERRAZ JÚNIOR, Tercio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito**: técnica, decisão, dominação, p. 264.

³⁶¹ FERRAZ JÚNIOR, Tercio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito**: técnica, decisão, dominação, p. 264.

³⁶² O *legislador racional* é um “terceiro metalinguístico”, que “não se confunde com o legislador normativo (o ato juridicamente competente, conforme o ordenamento) nem com o legislador real (a vontade que de fato

se este de uma ficção operacional que possibilita a *reconstrução* do discurso do ordenamento como um *faz-de-conta*: é “como se o intérprete ‘fizesse de conta que’ suas normas constituam um todo harmônico, capaz, então, de ter um sentido na realidade”³⁶³. Essa reconstrução, propícia ao estacionamento dogmático, se opera na subjetividade do órgão julgador, que, ante o receio do *regresso ao infinito*, se encontra dispensado de revelar e problematizar as aporias do ordenamento.

O legislador racional é concebido como portador de um *dever-ser ideal*, dotado de propriedades contundentes³⁶⁴ que afirmam a perfeição da lei *desde que traduzida* por intérpretes capacitados. Essas propriedades não são mais que um leque de argumentos tópicos ofertados para dissimular a construção subjetiva da decisão³⁶⁵. Por seu suporte linguístico, o legislador racional busca provocar a impressão de que o protagonismo judicial coloca o juiz *a serviço* de um *terceiro metalinguístico*. No entanto, o problema está em que esta suposta *metalinguagem* tem por recinto de produção a própria mente do julgador.

Por sua circularidade velada, o legislador racional perfaz o que Rosemiro Pereira Leal denomina *sincretismo fatal dos positivistas*:

O equívoco dos positivistas para equacionar uma hermenêutica congruente à operacionalização do direito no Estado Democrático está em que continuam atuando uma lógica jurídica que, ao tempo que adotam [sic] o princípio da reserva legal [...], deslocam o princípio, por uma jurisdicional plasticidade exossomático-anormativa, para uma dimensão extra-sistêmica [sic] onde se acolhe um vigia (tutor-depositário) da lei privilegiadamente lúcido e sábio (o juiz ou o operador administrativo-governativo do Estado). [...]

Não é difícil antever as complicações a serem equacionadas pelos positivistas que, convencidos de uma engenhosa articulação das vertentes etiológicas dos positivismos lato e stricto sensu, isto é, a apropriação de

positiva normas)”. (FERRAZ JÚNIOR, Tercio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito**: técnica, decisão, dominação, p. 280.).

³⁶³ FERRAZ JÚNIOR, Tercio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito**: técnica, decisão, dominação, p. 281.

³⁶⁴ É tomado como figura singular (o legislador); é permanente; é único (a vontade única a comandar todo o ordenamento); é consciente de todas as normas emanadas; é finalista, porque toda lei tem uma intenção; é onisciente quanto a fatos passados, presentes e futuros; é onnipotente, porque suas normas vigoram até que o legislador o determine; é justo, porque, quando *bem compreendido*, percebe-se que não deseja a injustiça; é coerente, pois os conflitos de normas são aparentes e se resolvem logicamente; é omnicomprensivo, pois tudo regula, ainda que de forma implícita (o que não é proibido é permitido); é econômico e operativo, pois não se vale de palavras supérfluas ou inúteis, razão pela qual a função de todas deve ser apreendida; é preciso, porque capaz de conferir sentido técnico que elucide ambiguidades da língua natural. (FERRAZ JÚNIOR, Tercio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito**: técnica, decisão, dominação, p. 280-281.).

³⁶⁵ Dizer, como Ferraz Júnior, que “essas propriedades confirmam, na verdade, os dois princípios da hermenêutica dogmática: o da inegabilidade dos pontos de partida [...] e o da proibição ao *non liquet* (não deve haver conflito sem decisão)” (FERRAZ JÚNIOR, Tercio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito**: técnica, decisão, dominação, p. 281.) é expor um raciocínio meramente circular: *não se pode pretender científica a afirmação de que uma ficção confirma a verdade das premissas dogmáticas que levaram a sua própria criação*.

“elementos” morais, políticos e formais, apontam perspectivas de melhor compreensão do direito.³⁶⁶

O ciclo de legitimação (imunização) do protagonismo judicial se completa com a instituição legal da vedação ao *non-liquet*³⁶⁷, beneplácito concedido à elite judiciária para a assegurar a dominação ideológica. A estipulação *por lei* de que o juiz pode decidir sem vinculação à lei representa uma ruptura sistêmica que, não assumida como tal, imuniza atos judiciais ilegítimos, que acabam sendo recebidos pelos afetados como dadivosa correção da falha ou inércia legislativa.

Leal explica como a vedação ao *non-liquet* perfaz o autocrático descolamento do exercício da função judicial em relação à lei, premissa democrática da decisão:

Mesmo na chamada modernidade, em que o direito é posto na realidade pelo discurso da lei atribuída a um povo ou representante desse povo, ainda assim se crê que a lei, como instrumento formal do direito, apresenta lacunas que são inerentes ao sistema jurídico e, como tal, a atividade jurisdicional será sempre supletiva ou salvadora do vazio horrorizante da lei. [...]

[...] [Pela proibição ou negação do *non-liquet*,] [i]nvés de se pensar numa fiscalidade processual dos critérios de legislar, cumprindo-se a Constituição democrática, afirma-se a maldição da lacuna explícita ou tácita que perseguiria *ad-aeternum* a instituição da lei só exorcizável pela inteligência integrativa do decisor.[...]

[...] os que entendem ainda a lacuna da lei ou a defesa de sua completude como problema que, nas decisões, tem de ser dogmaticamente resolvido pelo juiz desconhecem que, nas democracias, nenhuma norma é exigível se seu destinatário não é o seu próprio autor. Daí, se o povo real não legislou, o direito não existe para ninguém.³⁶⁸

Andréa Alves de Almeida³⁶⁹ observa que o dogma da *infalibilidade do sistema* conduz à aceitação da vedação ao *non liquet* como elemento do sistema jurídico. A autorização para produção de decisão não vinculada pela lei franqueia ao decisor o acesso à *tópica* aristotélica, um amálgama de “opiniões geralmente aceitas sobre qualquer problema a nós oposto e que serve de premissa para se chegar a conclusões dialéticas [...], a fim de se decidir com equilíbrio e prudência”³⁷⁰. Conforme explica Almeida, esse recurso decisional

³⁶⁶ LEAL, Rosemiro Pereira. **Processo como teoria da lei democrática**, p. 53.

³⁶⁷ “O juiz não se exime de sentenciar ou despachar alegando lacuna ou obscuridade da lei. No julgamento da lide caber-lhe-á aplicar as normas legais; não as havendo, recorrerá à analogia, aos costumes e aos princípios gerais de direito.” (BRASIL. Código de Processo Civil (1973). **Lei n. 5.869, de 11 de janeiro de 1973. Institui o código de processo civil**. Disponível em < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5869compilada.htm>, acesso em 27 jun. 2013, art. 126.).

³⁶⁸ LEAL, Rosemiro Pereira. **Teoria processual da decisão jurídica**, p. 37-39.

³⁶⁹ ALMEIDA, Andréa Alves de. **Espaço jurídico processual na discursividade metalinguística**. Curitiba: CRV, 2012, p. 45-60.

³⁷⁰ ALMEIDA, Andréa Alves de. **Espaço jurídico processual na discursividade metalinguística**, p. 46. A autora explica que o *topos* – origem etimológica do termo *tópica* – é “o lugar comum da argumentação”, que

se encontra disponível em variadas vertentes de teorização do sistema.

No sistema *axiomático-dedutivo*, concebido por Theodor Viehweg, a tópica é *fonte do direito* que balanceia o rigor cartesiano da lei, porque “possibilita à inteligência humana despertar a fantasia e a retenção mnemônica e ensina a considerar uma situação a partir de distintos ângulos e a encontrar uma quantidade de pontos de vista”³⁷¹.

Já na vertente *axiológico-teleológica* de sistema, proposta por Claus-Wilhelm Canaris³⁷², a tópica comparece como *meio auxiliar* de preenchimento de lacunas e como *metodologia, tendente à sistematização*, de preenchimento de cláusulas gerais. Em ambos os casos, a tópica supre limites do pensamento sistemático, fornecendo valorações jurídico-positivas. A diferença está em que o preenchimento de lacunas fica integralmente relegado à equidade e, portanto, à *endoxa*, enquanto o preenchimento das cláusulas abertas demanda a organização dos *topoi* sob influxo da “simultaneidade das tendências individualizadora e generalizadora da justiça”³⁷³.

Por fim, o sistema *principiológico* de Ronald Dworkin concebe o direito como um romance em cadeia, integrado por decisões passadas a serem continuamente interpretadas e reavaliadas. Referido sistema, na análise de Almeida, “não rompe com a tópica, [pois] as decisões históricas consistem no catálogo de *topoi*”³⁷⁴.

A elaboração dessas vertentes revela a progressiva sofisticação do discurso ideológico, por meio da crescente imbricação da tarefa judicial a valores culturais e a fins sociais. Subjaz a essa dinâmica a ideia de que a (suposta) proximidade das concepções de mundo do decisor e dos destinatários da decisão incrementa a segurança jurídica. No entanto, trata-se de mais um subterfúgio de ocultação do solipsismo da hermenêutica dogmática. Conforme avalia Almeida:

O costume, a equidade, a analogia e o princípio não legislado, assim como também

tem “como ponto de partida o *sensus communis* (senso comum) e as opiniões aceitas de todos, da maioria ou dos sábios (*endoxa*)”. (ALMEIDA, Andréa Alves de. **Espaço jurídico processual na discursividade metalinguística**, p. 47 e 46.).

³⁷¹ VIEHWEG, Theodor. **Tópica e jurisprudência**: uma contribuição à investigação dos fundamentos jurídico-científicos. 5. ed. alemã, revista e ampliada. Tradução da Kelly Susane Alflen da Silva. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2008, p. 19. Na tradução de 1979 da obra de Viehweg, utilizada por Andréa Alves de Almeida, tem-se: “[...] a tópica retórica [...] proporciona sabedoria, desperta a fantasia e a memória e ensina como considerar um estado de coisas de ângulos diversos, isto é, como descobrir uma trama de pontos de vista.” (*apud* ALMEIDA, Andréa Alves de. **Espaço jurídico processual na discursividade metalinguística**, p. 48.).

³⁷² CANARIS, Claus-Wilhelm. **Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito**. 3. ed. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 2002.

³⁷³ CANARIS, Claus-Wilhelm. **Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito**, p. 276.

³⁷⁴ ALMEIDA, Andréa Alves de. **Espaço jurídico processual na discursividade metalinguística**, p. 52.

os juízos de adequabilidade, proporcionalidade, razoabilidade, ponderação e reserva do possível são metajurídicos e não permitem a demarcação da discursividade porque são colhidos no âmbito da subjetividade ou do consenso coletivo.³⁷⁵

A grande promessa do socialismo jurídico, ainda arraigada como crença de uma sociedade paternalizada, é a de que a sabedoria e a sensibilidade dos juízes garantirão a realização da justiça, entendida como correspondência a uma verdade real a ser revelada. Trata-se de uma aposta em uma garantia *subjetiva* de adequado desempenho da função judicial: pressupõe-se o preparo técnico e o bom senso daqueles que a desempenham, a ponto de, conforme exposto por Mauss, os juízes *personificarem* o superego inconscientemente desejado pela sociedade.

Daí não surpreender que garantias *objetivas* desse desempenho adequado sejam desprestigiadas na socialização processual. Nesse movimento, quando trazido à baila o tema da estruturação dos procedimentos, isso se faz sob o enfoque da remoção estratégica de obstáculos à atuação dessa judicção de vocação salvífica.

5.1.4 Instrumentalismo processual: teorias processuais servis ao protagonismo judicial

A doutrina do socialismo jurídico, empenhada no combate ao liberalismo e ao individualismo pela atuação ideologizada da função judicial, encontra condição de concretização pela reformulação da compreensão do processo, migrada da esfera privatística para a pública³⁷⁶.

O marco dessa mudança de perspectiva é a enunciação da teoria do *processo como relação jurídica*, por Oskar von Bülow (1868). O processo deixa de se apoiar sobre a autonomia da vontade das partes (teoria contratualista) ou da vontade do autor (teoria quase-contratualista) e passa a ser visto como uma relação entre juiz, autor e réu, instaurada mediante o cumprimento de requisitos legais, cuja finalidade é propiciar a resolução do conflito (*res in iudicium deducta*) pelo Estado-juiz.

A teoria da relação jurídica é profusamente desenvolvida no contexto de ascensão dos regimes totalitários pré-II Guerra e disseminada na linha doutrinária que vai de Giuseppe Chiovenda a Enrico Tullio Liebman³⁷⁷. Seus precursores elegem o *princípio*

³⁷⁵ ALMEIDA, Andréa Alves de. **Espaço jurídico processual na discursividade metalinguística**, p. 54.

³⁷⁶ Sobre o percurso histórico das teorias do processo, cf. LEAL, Rosemiro Pereira. **Teoria geral do processo: primeiros estudos**, p. 77-84.

³⁷⁷ LEAL, Rosemiro Pereira. **Teoria processual da decisão jurídica**, p. 17-25.

autoritário como balizador de uma atuação judicial em conformidade com o ordenamento constitucional.

Chiovenda, no período entre guerras, conduz a reconstrução do sistema processual italiano a partir da tradição romana e canônica, em oposição à Escola de Exegese francesa, sendo-lhe atribuída a fundação da Escola Histórico-Dogmática. Piero Calamandrei, já depois da II Guerra, celebra o êxito de Chiovenda em refrear as “infiltrações estrangeiras” na legislação italiana e ressalta a autenticidade da escola italiana a partir da enunciação da ação como direito potestativo e do “conceito de relação processual que, trazendo para primeiro plano a figura do juiz, reafirma a preeminência, também no processo civil, do interesse público e da autoridade do Estado”³⁷⁸.

Conforme observa Dierle Nunes, a reforma da legislação processual italiana, em 1939, foi conduzida a partir da doutrina segundo a qual “o processo civil, antes de um instrumento dos direitos privados, é considerado um meio para atuar a vontade do Estado” de modo que, para refletir a mesma hierarquia existente entre Estado e sociedade, deve propiciar a concentração de poderes nas mãos do representante estatal, o juiz³⁷⁹.

A imagem do processo como um *instrumento* que passa das mãos dos particulares para as do Estado é bastante adequada à enunciação da relação jurídica processual. Filosoficamente, o termo *instrumento* designa “todos os meios capazes de obter um resultado em qualquer campo da atividade humana, prático ou teórico”³⁸⁰. Por sua vez, o *instrumentalismo* remete à escolha paradigmática de uma teoria a partir de sua funcionalidade e não da investigação de suas premissas, sendo preferível aquela que “dê conta adequadamente daquilo de que deve dar conta”³⁸¹. Compreender o processo como instrumento da jurisdição é avalia-lo sob a perspectiva de sua funcionalidade, isto é, da sua *adequação para dar conta desse algo de que deve dar conta*: a atuação do Estado-juiz.

De acordo como essa perspectiva instrumentalista, o processo se torna tão mais funcional quanto mais permita ao juiz reproduzir no caso concreto, de forma rápida e simplificada, a noção de bem-estar coletivo projetada pelo Estado Social. Sob esse enfoque, a teoria do processo como relação jurídica é uma escolha paradigmática justificada por sua conveniência. Afinal, a posição de proeminência conferida ao Estado-juiz lhe disponibiliza

³⁷⁸ CALAMANDREI, Piero. **Estudos de direito processual na Itália**. Tradução Ricardo Rodrigues Gama. Campinas: LZN Editora, 2003, p. 13.

³⁷⁹ NUNES, Dierle José Coelho. **Processo jurisdicional democrático**, p. 95.

³⁸⁰ ABBAGNANO, Nicola. Instrumento. In: ABBAGNANO, Nicola. **Dicionário de filosofia**, p. 655.

³⁸¹ SACCHETTO, Mauro. Instrumentalismo. In: ABBAGNANO, Nicola. **Dicionário de filosofia**, p. 654-655.

ampla ingerência na condução do procedimento (visto como mera exteriorização dessa relação processual³⁸²), inclusive quanto à escolha dos meios (atos) propícios para concretizar desígnios morais, éticos, sociais e econômicos associados ao interesse público.

É bastante peculiar que, após a derrocada do nazi-fascismo, um fenômeno de recalque, semelhante ao referido por Mauss quanto ao significativo papel do Judiciário na sustentação do regime alemão, tenha também promovido a ocultação dos fundamentos autoritários da teoria da relação jurídica e do instrumentalismo do processo italianos.

Já em 1947, Calamandrei reelabora a vinculação entre a publicização do processo e o totalitarismo, sustentando haver distinções essenciais entre a ciência jurídica alemã e italiana no período. Assegura então que, no processo civil italiano “terminou por preponderar a razão”, ante um “profundo sentido de adesão à história, ou seja, à liberdade”³⁸³, enquanto na Alemanha o grande equívoco fora a desconexão das reformas processuais de uma “finalidade de abrir passagem a um novo sistema econômico e a uma nova legislação social”³⁸⁴. Em sua leitura, foi a força dos ensinamentos de Chiovenda que fez com que o movimento reformista da Itália fascista conduzisse, “quase sem perceber o legislador, a uma vitoriosa reafirmação da legalidade, que quer dizer também da liberdade, contra a ditadura”³⁸⁵.

Mais recentemente, esse recalque se consolida com a atribuição de uma qualificação teleológica ao processo: a realização de *escopos sociais e políticos*³⁸⁶. Cândido Rangel Dinamarco, sem considerar o contexto ideológico de surgimento da teoria da relação jurídica, afirma que tais escopos estiveram ausentes nas proposições de Chiovenda e Carnelutti. Sustenta Dinamarco, em obra de 2001, que o exame do “sistema processual pelo ângulo externo e metajurídico” e a investigação dos “substratos sociais, políticos e culturais que legitimam a própria existência e o exercício da jurisdição pelo Estado” são novidade da ciência processual³⁸⁷. O autor associa tanto a instrumentalidade do processo quanto o protagonismo judicial à recente experiência democrática:

³⁸² PIMENTA, André Patrus Ayres *et al.* Processo, ação e jurisdição em Chiovenda. In: LEAL, Rosemiro Pereira. **Estudos continuados de teoria do processo**: volume 5: a pesquisa jurídica no curso de mestrado em direito processual: processo, ação e jurisdição em Chiovenda, Carnelutti, Liebman e Fazzalari. São Paulo: IOB Thomson, 2004, p. 72.

³⁸³ CALAMANDREI, Piero. **Estudos de direito processual na Itália**, p. 8.

³⁸⁴ CALAMANDREI, Piero. **Estudos de direito processual na Itália**, p. 7.

³⁸⁵ CALAMANDREI, Piero. **Estudos de direito processual na Itália**, p. 9.

³⁸⁶ DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de direito processual civil**, v. 1, 5. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2005, Capítulo IV.

³⁸⁷ DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de direito processual civil**, v. 1, p.144-145.

Por serem estritamente jurídicas – [as proposições de Chiovenda e Carnelutti sobre o escopo *jurídico* do processo,] embora antagônicas nas colocações propostas [respectivamente, atuação da vontade concreta da lei e justa composição da lide] – essas duas posições metodológicas favoreciam o dogma da natureza técnica do processo como instrumento do direito material, sem conotações éticas ou deontológicas [...]. Constituem conquistas das últimas décadas a perspectiva sócio-política da ordem processual [...]. A descoberta dos escopos sociais e políticos do processo valeu também como alavanca propulsora da visão crítica de suas estruturas e do seu efetivo modo de operar, além de levar as especulações dos processualistas a horizontes que antes estavam excluídos de sua preocupação. A independência e a responsabilidade do juiz, critérios para seu recrutamento, formas e graus de sua participação no processo, seu compromisso com a justiça, métodos de interpretação da lei substancial, o chamado *uso alternativo do direito*, a questão da legitimidade das associações dos juízes [...] – eis uma gama significativa de temas que, por não pertencerem estritamente ao direito processual em si mesmo, jamais figurariam em estudos de um processualista preso às tradicionais premissas puramente jurídicas de sua ciência; mas que, estando ligados a ele de forma funcionalmente muito íntima, hoje são objeto de nossa preocupação [...] ³⁸⁸

O retrospecto da formulação histórico-dogmática do socialismo jurídico permite sustentar que os estudos de Dinamarco, ao contrário do pretendido por este autor, desenvolvem-se em continuidade às propostas que ocupam o centro dos debates dos processualistas desde a afirmação da autonomia do direito processual. O reclame de *independência do juiz* em relação ao *formalismo* da lei, com vistas à concreção de objetivos éticos, sociais, políticos ou culturais, permeia a compreensão do processo desde Büllow. Tal visão concebeu o objeto de estudo da ciência processual como natural portador de idiosincrasias a serem domadas pela doutrina, a fim de propiciar ao juiz a pronta remoção de embaraços à realização da justiça.

Decorre dessa visão o renitente compromisso servil do instrumentalismo com Estados de Direito dogmáticos, perpetradores de intensa violência social pelo autoritarismo, pela exclusão e pelo esvaziamento da Cidadania. As sucessivas gerações de *instrumentalistas* parecem ignorar o fracasso histórico da meta de pacificação social, que é também o fracasso do próprio instrumentalismo. Essa percepção obliterada conduz a cíclicos anúncios da autenticidade redentora da flexibilização do formalismo processual como proposta apta a encaminhar (sempre) necessárias e contemporâneas conexões entre direito, ética, justiça e bom senso – nada mais que o instrumentalismo processual persistentemente *reciclado*.

É assim que, nos desdobramentos conjecturados pela Escola Paulista de Processo da USP, José Roberto dos Santos Bedaque sustenta que “cabe ao processualista dizer em que

³⁸⁸ DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de direito processual civil**, v. 1, p. 145-146.

medida a violação da técnica pode ser relevada”³⁸⁹, de modo a afastar armadilhas e empecilhos³⁹⁰ dos quais o processo seria repleto. Segundo o autor, o processo, visto sob espectro instrumentalista e teleológico, se destina a eliminar a “situação patológica de direito material” e a “obter a pacificação social”, o que justifica que “formalismos inúteis” sejam desconsiderados “sempre que os objetivos possam ser conseguidos independentemente deles”³⁹¹. Bedaque presta convicto tributo a Klein e defende a assimilação contemporânea do instrumentalismo, por sua adequação aos fins da jurisdição:

A feição do processo civil moderno foi, na verdade, moldada por Franz Klein, na reforma da legislação austríaca de 1895 [...]. Também mérito de Klein são as ideias a respeito do princípio da economia processual [...] como diretriz dos poderes do juiz na condução do processo. Segundo a concepção desse instrumento desenvolvida em função de sua finalidade, cabe a ele [juiz] controlar a relação de adequação entre os meios empregados e os fins pretendidos, com o objetivo de tornar menos custoso e mais eficiente o mecanismo. [...] [É] preciso dotar o juiz de amplos poderes de direção, incluindo a possibilidade de desconsiderar atividades supérfluas, adaptar regras de forma aos escopos gerais do processo e aos fins particulares dos respectivos atos, bem como relevar vícios não prejudiciais a esses objetivos. [...] [O] formalismo exagerado guarda relação íntima com concepções ultrapassadas e privatistas de jurisdição e da própria relação processual. [...] Qual a diferença entre as soluções provenientes de duelos e rituais divinos e aquelas fundadas exclusivamente na não-observância de uma regra formal do processo? O tecnicismo exagerado, muitas vezes sem qualquer razão de ser, cria mecanismos complexos de solução de litígios, prestando verdadeiro desserviço aos objetivos do instrumento. Equipara-se substancialmente, portanto, aos rituais religiosos e às formas primitivas, ligadas a ideias completamente superadas sobre o que hoje consideramos como processo – instrumento instituído pelo Estado para resolver crises verificadas no plano material, de modo que a solução se aproxime, na medida do possível, daquilo que ocorreria não fosse necessária a via jurisdicional.

³⁹²

A equiparação da submissão do juiz a normas processuais à realização de um ritual primitivo indica a repulsa à demarcação prévia do espaço e modo de produção das decisões judiciais, o que é próprio da diretriz de comprometimento da jurisdição com a manutenção estratégica da dominação.

Dinamarco, nesse particular, ressalta que “a grande valia social do processo como elemento de pacificação” está em conter a “perigosa tendência expansiva” das “insatisfações

³⁸⁹ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Efetividade do processo e técnica processual**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 84.

³⁹⁰ Segundo Bedaque, “o processo é repleto de armadilhas e empecilhos, que acabam por impedir seu desenvolvimento normal”. (BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Efetividade do processo e técnica processual**, p. 90.).

³⁹¹ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Efetividade do processo e técnica processual**, p. 92.

³⁹² BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Efetividade do processo e técnica processual**, p. 97-99.

que afligem as pessoas”³⁹³. Para o autor, não seria prudente apenas ignorar essas insatisfações, porque isso poderia “criar clima para possíveis explosões generalizadas de violência e de contaminação do grupo, cuja unidade acabaria por ficar comprometida [...] e por isso constitui missão e dever do Estado a eliminação desses estados de insatisfação”³⁹⁴. Ademais, a razão para a proibição do “exercício espontâneo da jurisdição” é dada pela “consciência do escopo social de pacificação”: não direcionar a atenção para os casos de violações a direitos que ainda não se tornaram “um inconveniente social”, devendo o Estado aguardar, por um cálculo utilitarista, que os motivos “de angústias e tristezas” sejam devidamente manifestados pelo ajuizamento da ação³⁹⁵.

A diretriz instrumentalista prevalece, também, na legislação processual brasileira, o que se faz perceber, sobretudo, na estipulação de cláusulas abertas que permitem ao juiz interferir em atos procedimentais das partes e decidir de modo sumário³⁹⁶.

A condução monológica do processo é compatível com o subjetivismo da construção da decisão, a ser ofertada como benesse estatal tão rapidamente quanto possível. As previsões legais conferem aparência de legitimidade e objetividade ao leque de *funcionalidades* disponibilizado à consecução dos escopos da jurisdição, entre os quais avulta a replicação do entendimento abalizado pelos órgãos judiciários hierarquicamente superiores. O uso dogmático da jurisprudência como fundamento decisional transforma o processo em “mero encaminhador de um método de resolução dos conflitos [...] através de uma aplicação mecanicista, continuada e solipsista do entendimento ideologicamente revelado pelos paradigmas pretorianos”³⁹⁷, orientado à perseguição de uma proposta de

³⁹³ DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de direito processual civil**, v. 1, p. 146-147 *passim*.

³⁹⁴ DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de direito processual civil**, v. 1, p. 146-147 *passim*.

³⁹⁵ DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de direito processual civil**, v. 1, p. 147.

³⁹⁶ Tem-se como exemplo os dispositivos do Código de processo civil que determinam/permitem ao juiz “velar pela *rápida* solução do litígio”; obstar a consecução de finalidade ilícita das partes percebida *pelas circunstâncias da causa*; determinar provas de ofício e indeferir aquelas que lhe pareçam *inúteis* ou *meramente protelatórias*; apreciar *livremente* a prova, bastando-lhe indicar os *motivos de seu convencimento*; proferir decisão de mérito, à vista da petição inicial, pela simples replicação de sentenças de total improcedência proferidas em face de controvérsias *unicamente de direito* reputadas *idênticas*; deixar de receber recurso quando o próprio prolator da sentença atestar sua conformidade com súmula do STJ ou do STF; negar seguimento a recurso em caso de vislumbrado confronto com posições jurisprudenciais (não arguidos os fundamentos destas) ou *manifesta* inadmissibilidade ou improcedência. (BRASIL. Código de Processo Civil (1973). **Lei n. 5.869, de 11 de janeiro de 1973**, arts. 125, II, 129, 130, 131, 285-A, 518, §1º, 557.). A referência a dispositivos originários do CPC e a outros, fruto de suas sucessivas reformas, demonstra que se segue acentuando a lógica de que, se o processo é um instrumento concebido em favor da jurisdição, pode esta abreviá-lo, moldá-lo ou não utilizá-lo, formatando-o casuisticamente ao que seja suficiente para alcançar a convicção do julgador.

³⁹⁷ FARIA, Gustavo de Castro. **Jurisprudencialização do direito: reflexões no contexto da processualidade democrática**. Belo Horizonte: Arraes, 2012, p. 71.

efetividade “que reclama procedimentos de linhas sumárias e teoricamente vazias”³⁹⁸.

5.1.5 A refutação do protagonismo judicial pela principiologia democrática: a proposta da hermenêutica isomênica

A visceral imbricação entre o protagonismo judicial e o Estado Social conduz à impossibilidade da – por tantos pretendida – adaptação das diretrizes instrumentalistas à construção de uma jurisdição democrática. Quanto mais se justifica a discricionariedade do julgador na condução do procedimento, tanto mais se reforça o autoritarismo decisional.

A elaboração do Estado Social subentende uma hierarquia entre *interesse público* e privado e entre bem comum e pretensões individuais – ao final, uma hierarquia entre Estado e Cidadania. A compreensão teleológica do processo lhe é própria: a eleição da paz social como objetivo da jurisdição orienta-se pragmaticamente à estabilização das relações sociais, mediante a resolução de crises. O resultado almejado é a perpetuação do *status quo*, de modo que, ainda que pequenos ajustes sociais sejam feitos, o serão tendo em vista a proteção última de um *patrimônio jurídico* dos que já o possuem.

A hermenêutica dogmática também só pode subsistir vinculada a “um Estado doador de um modo de ser social (Estado emoldurante)”³⁹⁹. Segundo Rosemiro Pereira Leal, a enunciação teórico-constitucional do Estado Democrático de Direito comanda a implementação de uma *hermenêutica isomênica*: a enunciação do sentido do texto legal deve se fazer ante “simétrica paridade interpretativa” reconhecida a “destinadores e destinatários da normatividade”⁴⁰⁰. Essa proposta hermenêutica parte da compreensão da Constituição como sede de um código discursivo teórico, e não ideológico, o que significa o não contingenciamento das decisões judiciais por pressuposições culturais, sociais ou históricas quanto ao conteúdo dos direitos fundamentais e de seus beneficiários⁴⁰¹.

Daí não ser possível construir a Cidadania democrática a partir do reclame de urgência de procedimentos judiciais eficientes (céleres e adaptáveis) e de incremento da formação humanística dos juízes. Ainda que periodicamente os eruditos (doutrinadores) revisem o código ético-cultural que alegadamente paira acima de todos e informa a própria

³⁹⁸ FARIA, Gustavo de Castro. **Jurisprudencialização do direito**: reflexões no contexto da processualidade democrática, p. 69.

³⁹⁹ LEAL, Rosemiro Pereira. **Processo como teoria da lei democrática**, p. 60.

⁴⁰⁰ LEAL, Rosemiro Pereira. **Processo como teoria da lei democrática**, p. 274 e 282.

⁴⁰¹ LEAL, Rosemiro Pereira. **Processo como teoria da lei democrática**, p. 271-283.

Constituição, o resultado é a persistente oferta de direitos fundamentais como benevolência estatal concretizada pela atuação judicial.

Em suma, porque o protagonismo judicial, por quaisquer de seus desdobramentos teóricos ou técnicos, preordena o exercício dogmático da função judicial, não há como assimilá-lo a uma proposta de emancipação democrática como autoinclusão de todos os cidadãos no gozo de direitos fundamentais.

Torna-se então possível afirmar que o exercício democrático da função judicial exige, além da abertura à participação dos interessados, o completo abandono de parâmetros autoritários de decisão. Partindo dessa premissa, cumpre investigar o êxito das propostas teóricas de superação do autoritarismo decisional.

5.2 Procedimentalidade: a aposta no consenso e o reforço do protagonismo judicial

O primeiro grupo de propostas a serem examinadas são aquelas que defendem a possibilidade democratização da tomada de decisões *a partir* de melhorias aditadas aos procedimentos, especialmente no que concerne a condições projetadas para a formação de consenso. Essas propostas, mesmo quando não formuladas por sociólogos ou cientistas políticos, sobrepõem o pensamento pragmático a questões fomentadas pela teoria jurídica.

Não há nessas propostas, então, preocupação com a enunciação de uma teoria processual, seja qual for, como premissa da estruturação do procedimento decisório. Pressupõe-se que este, desde que absorva determinados critérios – regras *internas* para sua funcionalidade – mostra-se apto a implementar a democracia. Desse modo, a escolha do termo *procedimentalidade* põe em relevo a diretriz comum desse grupo de propostas: a *desvinculação a teorias do processo*⁴⁰².

5.2.1 Procedimento como arena de disputa simbólica

A reflexão estritamente sociológica de Boaventura Santos e Leonardo Avritzer⁴⁰³ acerca da hegemonização da democracia representativa conduz esses autores a procurar modos estratégicos de fortalecer a democracia participativa. Sugerem, assim: o *fortalecimento da demodiversidade*, por meio da deliberação pública ampliada que assimile

⁴⁰² Dados os limites desta pesquisa, não se pretende investigar outras interconexões ou distinções entre as propostas ora elencadas como *procedimentalistas*.

⁴⁰³ SANTOS, Boaventura de Sousa; AVRITZER, Leonardo. Introdução: Para ampliar o cânone democrático, p. 39-84.

o multiculturalismo; o *fortalecimento da articulação contra-hegemônica entre o local e o global*, fomentado por uma rede de apoio transnacional às iniciativas locais de instituição da participação direta, e sua posterior expansão, quando bem-sucedidas; e a *ampliação do experimentalismo democrático*, capaz de permitir que o formato da participação seja delineado em novas gramáticas sociais que, na disputa sobre o conjunto de significações culturais, amparem adequadamente a revalorização dos procedimentos e instituições democráticos.

Embora cognominadas *teses*, essas sugestões não se enunciam a partir de teorias fundantes, mas, sim, como técnicas para vencer a concepção hegemônica de democracia no âmbito da disputa do poder simbólico. A pretensão é atribuir novo significado ao termo democracia, mas sem renunciar à imposição de um discurso dominante que brote da própria *praxis* social.

5.2.2 Procedimentalismo monológico

John Rawls⁴⁰⁴, autor que se ocupa em elaborar uma teoria da justiça compatível com o liberalismo, concebe a procedimentalidade como caminho de solução imparcial e justa dos conflitos em uma *sociedade plural*, isto é, na qual existem várias concepções de bem. A questão posta por Rawls é como, a despeito da pluralidade, as deliberações públicas podem ser justas.

Sua resposta se assenta no estabelecimento de princípios (critérios de solução prévios) que tendem a ser bem aceitos por todos por serem imparciais. Tais princípios são a *igualdade* (quanto ao gozo de liberdades básicas) e a *diferença* (os mais beneficiados pela *loteria natural* devem atuar para a melhoria de expectativas dos menos favorecidos). A *capacidade moral*, necessária ao uso público da razão, envolve a internalização do senso de justiça quanto à aplicação desses princípios.

A decisão pública, porém, não pode resultar, para Rawls, de constrangimento externo que imponha a obediência. O liberalismo igualitário que o autor formula compreende que todas as concepções de bem são compatíveis com a noção de justo. Isso o leva a afirmar que o resultado da deliberação pública é um *consenso justaposto*, pelo qual cidadãos *razoáveis* endossam publicamente uma determinada concepção de justiça que antes, de forma livre e internalizada, associaram a sua própria concepção de bem. Decorre daí um *dever cívico* de

⁴⁰⁴ RAWLS, John. **Uma teoria da justiça**. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2008.

decidir imparcialmente questões constitucionais essenciais e temas relacionados à justiça fundamental.

Roberto Gargarella⁴⁰⁵ aponta que a teoria de Rawls, elaborada em contraposição ao intuicionismo (escolha aleatória da concepção de justiça) e ao utilitarismo (justiça como maximização da *felicidade geral*), representa um marco na filosofia – o que talvez explique o fato de que sofreu críticas tanto dos que a consideraram insuficientemente liberal, quanto dos que a reputaram insuficientemente igualitária. No que concerne ao objeto da presente pesquisa, a mais relevante objeção é a que recai sobre o caráter monológico do procedimento proposto por Rawls para formação do consenso. Segundo essa crítica, se o justo é inferido da concepção de bem de cada indivíduo, impede-se o reconhecimento do *outro* e das opiniões e necessidades deste⁴⁰⁶.

Gargarella ressalta ser este o enfoque da crítica de Jürgen Habermas a Rawls. Habermas se detém sobre a *posição original*, que é a representação rawlsiana do acordo hipotético e a-histórico pelo qual, ante o desconhecimento da posição concreta irão ocupar na sociedade, todos concordam com a adoção de critérios de imparcialidade. Na análise de Habermas, a posição original é ocupada por *agentes egoístas racionais*, visto que pretendem conhecer todos os pontos de vista apenas a partir da autorreflexão. Conforme destaca Gargarella, “esse é um dos pontos cruciais a partir do qual serão separadas, em suma, as concepções monológicas, que vinculam a imparcialidade à reflexão individual, e as dialógicas, que vinculam a imparcialidade à reflexão coletiva”⁴⁰⁷.

Em resposta à crítica de Habermas, Rawls sustenta que não há na posição inicial um monólogo, mas um diálogo em forma de *omnílogo*, já que todas as partes têm “os mesmos motivos e então selecionam os mesmos princípios”; diz ainda que cabe a todos os cidadãos, individualmente ou em grupos, ao longo dos tempos, “julgar o mérito da posição original como um artifício de representação e os princípios que aquela produz”⁴⁰⁸. Tal resposta,

⁴⁰⁵ GARGARELLA, Roberto. **As teorias da justiça depois de Rawls**: um breve manual de filosofia política. São Paulo: Martins Fontes, 2008.

⁴⁰⁶ GARGARELLA, Roberto. **As teorias da justiça depois de Rawls**: um breve manual de filosofia política, p. 99-101.

⁴⁰⁷ GARGARELLA, Roberto. **As teorias da justiça depois de Rawls**: um breve manual de filosofia política, p. 100-101.

⁴⁰⁸ RAWLS, John. Reply to Habermas, **The journal of philosophy**, v. 92, n. 3, p. 132-180, mar., 1995, p. 140. Tradução extraída do trecho original: “The point of view of civil society includes all citizens. Like Habermas ideal discourse situation, it is a dialogue, indeed, an omnilogue. [...] Habermas sometimes says that the original position is monological and not dialogical; that is because all the parties have, in effect, the same reasons and so they select the same principles. [...] [I]t is you and I – and so all citizens over time, one by one and in associations here and there – who judge the merits of the original position as a device of representation and the principles it yields.”

porém, não parece acomodar-se à associação, acima referida, entre a capacidade moral e a assimilação do senso de justiça: se, para fazer uso público da razão, o cidadão deve ter tal capacidade moral, como poderá, em seu exercício, opor-se aos princípios de justiça definidos na posição original?

Ademais, não parece haver sustentáculo para a afirmação de Rawls de que assiste a todos a prerrogativa de reavaliar permanentemente a adequação dos princípios gerados na posição original. O procedimento de deliberação pública envolve apenas a justaposição de concepções sobre o justo. Não são postos em discussão a estruturação do procedimento ou o fundamento do consenso obtido. Nada há, além do dever cívico internalizado, que direcione os sujeitos racionais a formular juízos imparciais. Logo, indivíduos e grupos minoritários não encontram *meio* ou *fundamento* para provocar a reformulação da concepção política de justiça prevalecente.

Assim, o procedimentalismo de Rawls pressupõe uma homogeneidade sócio-cultural em que a *inclusão* do cidadão se faz pela aceitação dos parâmetros de justiça vigentes.

5.2.3 Procedimentalismo dialógico

Jürgen Habermas⁴⁰⁹ apresenta o procedimentalismo (dialógico) como um *modelo normativo de democracia*. Habermas critica o liberalismo e do republicanismo por sua “visão da sociedade centrada no Estado, seja o Estado tomado como guardião de uma sociedade de mercado, seja tomado como a institucionalização autoconsciente de uma comunidade ética”⁴¹⁰.

A superação desses modelos, porém, não se faz por seu abandono, mas por sua depuração, que resulta na proposta de construção de uma *sociedade descentrada*. Esta deve acolher em seus procedimentos deliberativos a concorrência de interesses, própria do modelo liberal, mas também a orientação para o bem comum, característica do modelo republicano. Deve, todavia, recusar a noção de totalidade que, no liberalismo, transforma as normas constitucionais em regulação mecânica da disputa de poder e, no republicanismo, concebe o Estado como um “sujeito teleologicamente orientado” por um consenso ético prévio que secundariza o papel da Constituição⁴¹¹.

⁴⁰⁹ HABERMAS, Jürgen. Três modelos normativos de democracia. **Cadernos da escola do legislativo**, Belo Horizonte: Assembleia Legislativa do Estado de Minas Gerais, n.3, p. 107-121, jan./jul. 1995.

⁴¹⁰ HABERMAS, Jürgen. Três modelos normativos de democracia, p. 115.

⁴¹¹ HABERMAS, Jürgen. Três modelos normativos de democracia, p. 117.

A adoção da epígrafe modelo *normativo* não significa que Habermas atribui precedência a teorias jurídicas, pois, segundo estatui, “o conteúdo normativo surge da própria estrutura das ações comunicativas”⁴¹².

Tampouco a menção à Constituição insinua que esta tenha papel fundante na democracia procedimentalista. Sua função é reativa: fornecer “resposta consistente à questão de como podem ser institucionalizadas as exigentes formas comunicativas de uma formação democrática da vontade e da opinião”⁴¹³. Essa resposta deve assimilar um entrelaçamento de “considerações pragmáticas, compromissos, discursos de autocompreensão e de justiça”, voltado para a “obtenção de resultados razoáveis e justos”⁴¹⁴. Ainda, deve ser produzida por interações intersubjetivas racionalizadas por pressupostos comunicativos, estabelecidas tanto nos órgãos parlamentares quanto nas *redes informais da esfera pública*. Fala Habermas então de uma “esfera público-política” como “arena para a detecção, identificação e interpretação dos problemas que afetam a sociedade como um todo”⁴¹⁵.

Habermas alega romper com o republicanismo ao rechaçar a ideia de que o consenso ético, entendido como “uma convergência prévia de convicções éticas consolidadas”⁴¹⁶, seja o fundamento de legitimidade da lei. De acordo com sua reflexão, as questões éticas presentes nas deliberações políticas, não se desvinculam de questões pragmáticas e não se sobrepõem a questões morais, pois “a questão prioritária é saber como uma matéria pode ser regulamentada no igual interesse de todos”⁴¹⁷. O equívoco do republicanismo estaria, então, em pretender assimilar a política “a um processo hermenêutico de auto-explicação [sic] de uma forma de vida compartilhada ou de uma identidade coletiva”⁴¹⁸.

Para superar esse vislumbrado equívoco, o autor constrói sua noção de legitimidade democrática a partir da perquirição de pressupostos comunicativos e de estruturação de procedimentos que possibilitem a *gênese democrática da lei*: o conteúdo das deliberações deve resultar de negociações (interações estratégicas) capazes de “conciliar interesses concorrentes de uma maneira compatível com o bem comum [...] e trazer princípios universais de justiça para o horizonte da forma de vida específica da comunidade em

⁴¹² HABERMAS, Jürgen. Três modelos normativos de democracia, p. 115.

⁴¹³ HABERMAS, Jürgen. Três modelos normativos de democracia, p. 117.

⁴¹⁴ HABERMAS, Jürgen. Três modelos normativos de democracia, p. 115.

⁴¹⁵ HABERMAS, Jürgen. Três modelos normativos de democracia, p. 120.

⁴¹⁶ HABERMAS, Jürgen. Três modelos normativos de democracia, p. 112.

⁴¹⁷ HABERMAS, Jürgen. Três modelos normativos de democracia, p. 113. Na passagem, Habermas indica que as questões morais, em sentido kantiano, são questões de justiça, respondidas por princípios morais de validade universal que ultrapassam as questões éticas, relativas à forma de vida de uma coletividade específica.

⁴¹⁸ HABERMAS, Jürgen. Três modelos normativos de democracia, p. 111.

particular”⁴¹⁹. Os procedimentos devem ser aptos a gerar resultados *aceitáveis* ainda que alguns interesses envolvidos sejam *inconciliáveis*.

A objeção de Habermas dirige-se apenas ao *comunitarismo*, versão mais contemporânea do republicanismo que propõe limites éticos para o discurso político e idealiza uma *expectativa de virtude* do cidadão. Ao desenvolver sua crítica, o autor substitui a diretriz ética pela moral e pulveriza a ação coletiva na noção da ação comunicativa desenvolvida na sociedade descentrada. Porém, não logra a pretendida renúncia a um fator totalizante, pois, ainda que recuse centralidade ao Estado, insiste em crer possível a elaboração de leis como fruto de um consenso celebrado *no igual interesse de todos*, portanto justas.

O republicanismo tradicional é exaltado por Habermas como aquele capaz de, na busca do entendimento quanto ao bem comum, “preservar o significado original de democracia em termos de uma institucionalização de uma utilização pública da razão conjuntamente exercida por cidadãos autônomos”⁴²⁰. Desse modo, a democracia procedimentalista é um desdobramento da mesma matriz socializante do republicanismo tradicional, guardando em relação a este a essencial semelhança da noção dogmatizada de bem comum como um desígnio que a democracia almeja implementar. Trata-se apenas de uma “troca de gaiolas para o mesmo pássaro”⁴²¹ – uma nova roupagem para o escamoteamento da replicação de padrões de dominação assegurados pela convivência, nada conflitante, dos direitos subjetivos liberais exercitáveis por sujeitos patrimonializados com o sentido de bem comum destinado a manter sob controle os sujeitos despatrimonializados.

Gisele Cittadino⁴²², em densa obra na qual compara as abordagens liberal, comunitarista e crítico-deliberativa (procedimentalista) do Direito e da justiça, destaca a intenção de Habermas de enunciar uma *moralidade pós-convencional* como compensação para a perda de eticidade, decorrente esta da inexistência, na Contemporaneidade, de visões religiosas ou metafísicas imunes a críticas. A atitude reflexiva sobre o saber compartilhado

⁴¹⁹ HABERMAS, Jürgen. Três modelos normativos de democracia, p. 114.

⁴²⁰ HABERMAS, Jürgen. Três modelos normativos de democracia, p. 111.

⁴²¹ A expressão é de Rosemiro Pereira Leal, que assim a desenvolve: “Repete-se a recusa kantiana de colocar a razão moralista e auto-iluminada [sic] sob suspeita e, com Habermas, tem-se a troca dessa razão por uma racionalidade engendrada num autopoietico *agir-comum-cativo* (esfera pública) de inerência instituinte e unificante de sentidos (ideal de fala convincente) para designar um tipo de sociedade humana chamada democrática, o que, ao contrário, nos anuncia um remanescente, repetitivo e perseverante corpo-político-social paideico (*demos*) do modelo mítico-metafísico-pragmático transcendentalista do mundo grego da *polys* na *ágora*.” (LEAL, Rosemiro Pereira. **Processo como teoria da lei democrática**, p. 30.).

⁴²² CITTADINO, Gisele. **Pluralismo, direito e justiça distributiva**: elementos da filosofia constitucional contemporânea. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013.

(cultura) e o agir comunicativo (uso da linguagem voltado para o entendimento), exercitados no procedimento discursivo, são o escape para a *colonização do mundo da vida* pelos subsistemas econômico e administrativo, os quais, atuando respectivamente pela monetarização e pela burocratização, prescindem da linguagem para exercer controle.

Cittadino põe em evidência o confronto de Habermas com o comunitarismo, especialmente com Michael Walzer, que crê em um *ethos* (mundo específico de significações sociais) a limitar o debate político, inclusive no que concerne à conformação do significado de justiça. Mas a autora ressalta que Habermas não renuncia à pressuposição de um contexto intersubjetivo, no qual, a partir da seleção das questões moralmente relevantes, se desenvolva a argumentação, isto é, a problematização de afirmações e submissão destas a pretensões de validade: *verdade* dos fatos; *justiça* das normas e *autenticidade* das autoexpressões.

Portanto, Habermas, apesar de opor-se à monologicidade de Rawls e à eticidade dos comunitaristas, não se desgarra “de horizontes de suposta comunhão prévia de sentidos intersubjetivamente inferidos de contextos sociais estabilizados”⁴²³. A ação comunicativa habermasiana, desenvolvida em um procedimento não demarcado por teoria, mas, sim, moldável pela *praxis*, instala-se sobre o terreno (inevitavelmente movediço) das pré-compreensões morais de cidadãos (supostamente) comprometidos com a realização da justiça.

O próprio Habermas admite que a moralidade pública não fornece garantia de que o resultado das deliberações seja preservado contra o uso *estratégico*⁴²⁴ da razão, pois a *contradição performativa*⁴²⁵ nem sempre é evidente. Isso remete os pressupostos

⁴²³ LEAL, Rosemiro Pereira. **Teoria geral do processo**: primeiros estudos, p. 104.

⁴²⁴ Bernardo Gonçalves Ferreira e Flávia Quinaud Pedron sintetizam a noção de ação estratégica formulada por Habermas: “[...] uma forma de ação linguística [...] na qual o falante faz uso de outro indivíduo como meio (instrumento) para a realização de um fim (seu sucesso pessoal) [...], isto é, influenciar o ouvinte [...] para que este realiza (ou deixe de realizar) o objetivo principal do falante [...]. Dessa forma, o falante não se coloca na condição de participante da interação, nem busca saber sobre o reconhecimento da pretensão levantada por parte do ouvinte: o que está em jogo é apenas a concretização de seu próprio sucesso pessoal. A ação estratégica, portanto, vive de forma parasitária, pois depende para seu sucesso, de que, pelo menos uma das partes, tome como ponto de partida o fato de que a linguagem está sendo usada como forma de busca do entendimento (HABERMAS, 1990:73).” (FERNANDES, Bernardo Gonçalves; PEDRON, Flavio Barbosa Quinaud. **O poder judiciário e(m) crise**: reflexões de Teoria da Constituição e Teoria Geral do Processo sobre o acesso à justiça e as recentes reformas do poder judiciário à luz de Ronald Dworkin, Klaus Günther e Jürgen Habermas. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 226.).

⁴²⁵ Matthias Kaufmann, em artigo no qual expõe aporias da ética do discurso formulada por Apel, Rorty e Habermas, argumenta que “segundo a ética do discurso, [...] quem participa do discurso e, com isso, ingressa numa comunidade comunicacional, concebida antecipada e inversamente aos fatos, porém não se atém a essas implicações, comete uma contradição performativa [...]”, cuja possibilidade é suficiente para impedir que se afirme que as implicações, especialmente morais, são aceitas com o ingresso no debate ou que existem

comunicativos, irremediavelmente, para uma dimensão ética. A *ética do discurso* é “o telos que habita nas estruturas linguísticas” e *força* a renúncia à ação estratégica⁴²⁶ – nada mais que a dogmatização da expectativa de que os interlocutores façam uso da linguagem comum para buscar o entendimento mútuo pelos melhores argumentos e produzir resultados justos.

O referencial da ética do discurso é tão somente o “*pragma* (experiência histórica) de um passado extra-linguístico [sic] opacamente recebido no presente como dogmas, valores (ética e moral) e saberes”⁴²⁷, percepção que conduz Leal a asseverar que:

[...] Habermas ainda labora o mito do contexto⁴²⁸ a partir do qual retira (justifica) a validade (verdade) de suas pretensões comunicativas pertencentes a um mundo da vida como esfera pública poietica a gerar transformações sociais por uma cidadania (agir comunicativo) de uma sociedade civil apta a erradicar a dominação de sistemas jurídicos-políticos estrategicamente implantados. Habermas equivocadamente entende que esses “contextos” (jurídico-ético-morais) seriam portadores de uma imanência instrutiva a levar a humanidade a estabelecer consensos para um entendimento progressivo. Ora, esquece-se aqui que, sem um médium linguístico pré-escolhido entre “teorias” concorrentes, os “contextos” como concha acústica de saberes historicamente acumulados, não testificados ao longo de suas enunciações, repetiram catástrofes advindas do inesclarecimento intercorrente de seus fundamentos.⁴²⁹

Permanecem, portanto, não esclarecidos os fundamentos dos discursos que, na intersubjetividade, conduzem à tomada de decisões.

5.2.4 Propostas jurídicas procedimentalistas

Habermas expressamente enuncia sua *teoria do discurso* como “sociológico objetiva”: a política deliberativa é apresentada como “um componente de uma sociedade complexa que, em seu conjunto, resiste à abordagem normativa praticada na teoria do Direito” e a lei é considerada *meio* de comunicação da política com “outras esferas de ação

exigências morais implícitas à razão. (KAUFMANN, Matthias. Discurso e despotismo. In: MERLE, Jean-Christophe; MOREIRA, Luiz (org.). **Direito e legitimidade**: escritos em homenagem ao Prof. Dr. Joaquim Carlos Salgado, por ocasião de seu decanato como professor titular de teoria geral e filosofia do direito da Faculdade de Direito da UFMG. Tradução Claudio Molz, Tito Lívio Cruz Romão. Revisão técnica da tradução Luiz Moreira, Cláudia Toledo. São Paulo: Landy, 2003, p. 94.).

⁴²⁶ HABERMAS, Jürgen. **Pensamento pós-metafísico**: estudos filosóficos. Trad. Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1990. (Biblioteca tempo universitário. Estudos alemães ; 90), p. 130.

⁴²⁷ LEAL, Rosemiro Pereira. **Teoria geral do processo**: primeiros estudos, p. 104.

⁴²⁸ O mito do contexto é expressão cunhada por Popper para designar a crença de que “a existência de uma discussão racional e produtiva é impossível, a menos que os participantes partilhem um contexto comum de pressupostos básicos ou, pelo menos, tenham acordado em semelhante contexto em vista da discussão”. (POPPER, Karl. **O mito do contexto**. Lisboa: Edições 70, 1996, p. 57.).

⁴²⁹ LEAL, Rosemiro Pereira. **Teoria geral do processo**: primeiros estudos, p. 104-105.

legitimamente ordenadas que [...] costumam ser estruturadas e dirigidas”⁴³⁰. Apesar disso, muitos autores propõem aplicar a ação comunicativa habermasiana aos procedimentos judiciais e concebem as decisões judiciais como resultados que devem incorporar valores morais de justiça e equilibrar interesses conflitantes em prol do bem comum.

As vertentes *neoconstitucionalistas* (pós-positivistas) em ascensão no Brasil, ainda que consideradas divergentes entre si por seus próprios autores⁴³¹, são referendárias dessa perspectiva procedimentalista do Direito. Em comum, desconsideram a fundamentalidade de qualquer teoria processual para a institucionalização democrática do exercício da função judicial. Priorizam, em lugar disso, a força normativa da Constituição, que exige a aproximação entre direito e moral e a rejeição do formalismo em prol de “métodos ou estilos mais abertos de raciocínio jurídico”⁴³².

Bernardo Gonçalves Ferreira e Flávia Quinaud Pedron, ao discorrer sobre a contribuição da teoria discursiva para “a construção de um acesso à Justiça qualitativo”⁴³³, sustentam que os procedimentos judiciais podem ser vistos como instâncias de correção, que estruturam os espaços argumentativos sem interferir no fluxo das argumentações. Os autores laboram essa proposta a partir da pressuposição de um processo legislativo suficiente para atender às exigências de legitimidade da Modernidade (preservar a autonomia de todos por normas justas). Admitida essa premissa, a decisão judicial tem por função estabilizar expectativas de comportamentos ao aplicar o Direito, o que faz pelo sopesamento de duas *justificações*: a *interna*, motivação retirada de uma “cadeia de decisões passadas – tanto de processos legislativos quanto judiciais, bem como de tradições articuladas”⁴³⁴; e a *externa*, explicitação de porque a decisão é aceitável racionalmente.

A atuação corretiva, que tem lugar após um processo legislativo já tido por adequada, destina-se a conferir ao resultado do exercício da função judicial a racionalidade necessária

⁴³⁰ HABERMAS, Jürgen. Três modelos normativos de democracia, p. 121.

⁴³¹ Bernardo Gonçalves Fernandes expõe o debate interno entre os autores que se proclamam neoconstitucionalistas, quanto à diversidade de suas filiações acadêmicas (como a Dworkin, Alexy, Häberle Zagrebelsky, Ferrajoli e Santiago Nino) e, em especial, quanto à polêmica em torno da judicialização da política (FERNANDES, Bernardo Gonçalves. **Curso de direito constitucional**, p. 33-39.). Percebe-se, porém, na detalhada análise do autor, que tanto a defesa quanto a objeção ao ativismo judicial, bem como a discussão em torno do grau em que este deva se realizar, encaminham-se a partir da leitura ético-moral que os autores fazem dos princípios constitucionais (tomados estes por uns como normas e por outros como valores), jamais se cogitando do impacto que a adoção de uma determinada teoria do processo venha a ter sobre a atuação dos órgãos judiciais.

⁴³² FERNANDES, Bernardo Gonçalves. **Curso de direito constitucional**, p. 37.

⁴³³ FERNANDES, Bernardo Gonçalves; PEDRON, Flavio Barbosa Quinaud. **O poder judiciário e(m) crise**, p. 224-251.

⁴³⁴ FERNANDES, Bernardo Gonçalves; PEDRON, Flavio Barbosa Quinaud. **O poder judiciário e(m) crise**, p. 250.

para confirmar a premissa de que os “sujeitos de direito *têm* de se reconhecer como autores das normas às quais se submetem”⁴³⁵. Logo, a pretensão não é de revelação e enfrentamento das aporias da lei sob a perspectiva da fundamentalidade de direitos, e sim de estabilização social dos padrões vigentes, por recurso ao justificacionismo.

Fernandes e Pedron não estacionam sua proposta na teoria habermasiana. Os autores, sem dúvida com inspiração em Fazzalari, fazem menção a um “espaço procedimental ([...] processual, quando presente o contraditório)” que “não autoriza decisões utilitaristas e muito menos unilaterais, que excluam a possibilidade de participação em simétrica paridade dos destinatários do provimento”⁴³⁶. Aderem expressamente à distinção de Klaus Günter entre discursos de justificação (validade da norma) e aplicação (legitimidade da decisão), para destacar que a decisão judicial deve estabelecer a coerência normativa pela indicação da norma adequada ao caso concreto, que não é criada, mas eleita dentre as normas válidas, isto é, já justificadas no plano legislativo por razões pragmáticas e ético-políticas. Com esses aportes, concluem que as decisões judiciais “não mais podem ser toleradas como frutos de consciências individuais (solipsistas) ou justificadas exclusivamente pelo argumento de autoridade”.

Todavia, os autores persistem na delegação ao órgão judiciário de uma atuação calcada no “assentimento racional nos demais membros da sociedade”⁴³⁷, reconhecendo à “opinião pública [...] um papel importante no paradigma procedimental do Estado Democrático de Direito”⁴³⁸. A coerência da decisão, segundo os autores, é extraída “de princípios de justiça, de igualdade e de liberdade amparado por razões de natureza pública compartilhadas pela sociedade”⁴³⁹. A adstrição a tais princípios surge como algo que a “crítica pública da decisão [...] lembra aos magistrados”⁴⁴⁰. Tais desdobramentos confirmam o caráter utilitarista da decisão judicial associada à ação comunicativa.

Em artigo acadêmico, Bernardo Fernandes ainda adensa seu referencial teórico pela

⁴³⁵ FERNANDES, Bernardo Gonçalves; PEDRON, Flavio Barbosa Quinaud. **O poder judiciário e(m) crise**, p. 247.

⁴³⁶ FERNANDES, Bernardo Gonçalves; PEDRON, Flavio Barbosa Quinaud. **O poder judiciário e(m) crise**, p. 242.

⁴³⁷ FERNANDES, Bernardo Gonçalves; PEDRON, Flavio Barbosa Quinaud. **O poder judiciário e(m) crise**, p. 266.

⁴³⁸ FERNANDES, Bernardo Gonçalves; PEDRON, Flavio Barbosa Quinaud. **O poder judiciário e(m) crise**, p. 273.

⁴³⁹ FERNANDES, Bernardo Gonçalves; PEDRON, Flavio Barbosa Quinaud. **O poder judiciário e(m) crise**, p. 273.

⁴⁴⁰ FERNANDES, Bernardo Gonçalves; PEDRON, Flavio Barbosa Quinaud. **O poder judiciário e(m) crise**, p. 276.

assimilação do giro linguístico iniciado por Wittgenstein e complementado por Gadamer para propor uma *nova hermenêutica jurídica* que reputa constitucionalmente adequada ao Estado Democrático de Direito⁴⁴¹. Segundo essa proposta, a interpretação deve se fazer a partir da *tradição*, pela “junção dialética entre a consciência histórica do interprete [sic] (e seu conjunto de pré-compreensões) e a abertura concedida pelo objeto com base em seu mundo próprio”⁴⁴². O autor almeja superar o solipsismo ainda persistente na hermenêutica constitucional cunhada por Robert Alexy, na qual a Constituição é tratada como código de valores e as decisões são obtidas pelo sopesamento de princípios conforme preferências subjetivas.

Apesar desses apontamentos críticos, a *nova hermenêutica jurídica* não promove a prévia demarcação *teórica* do código discursivo presente na Constituição. Ao admitir, com apoio em Habermas, que o entendimento tem por pano de fundo uma “estrutura pré-teórica (irrefletida)” que torna a comunicação possível ante a “*pressuposição* de que atribuímos os mesmos significados às mesmas palavras”, Fernandes apenas converte a figura do juiz portador de *valores* (como quer Alexy) na do tradutor dos *significados culturais*. Como estes não são elaborados conscientemente sequer pelos (supostos) falantes (partes do “processo”) – “indivíduos ainda completamente alienados, sem qualquer procedência linguístico-processual (autocrítica-reflexiva)”⁴⁴³ – o consenso permanece atrelado à historicidade e ao condicionamento social⁴⁴⁴.

Também inspirada no pensamento habermasiano é a proposta de Marcelo Neves⁴⁴⁵. O autor defende a *dessubstancialização da soberania popular*, ou seja, sua compreensão como procedimentos pelos quais flui o dissenso conteudístico disperso na sociedade. Neves contesta, porém, a ideia de formação de consensos em torno de *conteúdos*, presente em Habermas, ao argumento de que o dissenso quanto a estes “caracteriza estruturalmente o

⁴⁴¹ FERNANDES, Bernardo Gonçalves. Os passos da hermenêutica: da hermenêutica à hermenêutica filosófica, da hermenêutica jurídica à hermenêutica constitucional e da hermenêutica constitucional à hermenêutica constitucionalmente adequada ao Estado Democrático de Direito. In: FERNANDES, Bernardo Gonçalves (Org.) **Interpretação Constitucional: reflexões sobre (a nova) hermenêutica**. Salvador: Jus Podvim, 2010.

⁴⁴² FERNANDES, Bernardo Gonçalves. Os passos da hermenêutica: da hermenêutica à hermenêutica filosófica, da hermenêutica jurídica à hermenêutica constitucional e da hermenêutica constitucional à hermenêutica constitucionalmente adequada ao Estado Democrático de Direito, p. 23.

⁴⁴³ LEAL, Rosemiro Pereira. **Processo como teoria da lei democrática**, p. 27.

⁴⁴⁴ Essa a nota característica do pragmatismo: “No pragmatismo, a fundamentação decisória se reduz em justificar o fim no contexto historicista utilitarista das necessidades e dos interesses e a verdade não passa de consenso, ‘acordo’, aceitação social”. (ALMEIDA, Andréa Alves de. **Espaço jurídico processual na discursividade metalinguística**, p. 63.).

⁴⁴⁵ NEVES, Marcelo. **Entre Têmis e Leviatã: uma relação difícil: o Estado Democrático de Direito a partir e além de Luhmann e Habermas**. Tradução do autor. 2 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2008, p. 162-166.

mundo da vida e, pois, a esfera pública”⁴⁴⁶. No entanto, o desdobramento dessa asserção não conduz o autor à recusa à procedimentalidade, mas à radicalização desta. Segundo Neves, o primordial, para a democracia, é que os procedimentos estatais estejam discursivamente abertos aos discursos heterogêneos nascidos no espaço público. O princípio democrático, portanto, exigiria apenas um *consenso procedimental* tão puro que não seria possível pretender que o resultado obtido atendesse sequer a parâmetros morais (justiça).

O aproveitamento integral, parcial ou retificado da concepção habermasiana de democracia procedimental como balizadora da atuação dos órgãos judiciários invariavelmente assemelha os procedimento judiciais a uma *esfera pública* na qual se exercita uma intersubjetividade mítica. Pressupõe-se o reconhecimento mútuo entre os partícipes da comunidade processual-comunicacional, de forma a ocultar que os consensos são obtidos, como observa Rosemiro Pereira Leal, “nos trâmites da política de dominação”⁴⁴⁷. O rearranjo corretivo entre a democracia liberal e a republicana fracassa como proposta emancipatória da Cidadania porque não há como pinçar elementos de dois modelos dogmáticos para construir uma procedimentalidade democrática que há de ser, radicalmente, não dogmática, apta a permitir o esclarecimento dos significados jurídicos por balizas teóricas⁴⁴⁸.

Mas não apenas em Habermas e seus seguidores se constata a pretensão de democratizar o resultado da atividade judicial pelo viés da procedimentalidade. Lenio Streck⁴⁴⁹ desenvolve premissas que o levam a estatuir que “para superar o positivismo é preciso superar também aquilo que o sustenta: o primado epistemológico do sujeito (da subjetividade assujeitadora) e o solipsismo teórico da filosofia da consciência”⁴⁵⁰.

Coerente com essa asserção, Streck não vê avanço na diretriz habermasiana de substituição da razão prática pela razão comunicativa, quanto menos na ponderação de

⁴⁴⁶ NEVES, Marcelo. **Entre Têmis e Leviatã**: uma relação difícil: o Estado Democrático de Direito a partir e além de Luhmann e Habermas, p. 165.

⁴⁴⁷ LEAL, Rosemiro Pereira. **Processo como teoria da lei democrática**, p. 26.

⁴⁴⁸ Conforme observa Andréa Alves Almeida: “O liberal, que em relação ao republicano, prefere se apegar à lei legislada, parte da regra geral para o particular sem cogitar de lacunas ou contradição no discurso da lei. Já o social se projeta na crença de que podemos aprender com os fatos históricos, em regra parte do caso concreto para afirmar os princípios universais do bem comum. [...] Enquadrar essas concepções no indutivismo ou no método dedutivo é simplesmente uma forma de efeito porque um é o avesso do outro, o que nos interessa é ressaltar a ausência de crítica na tríade fato-valor-norma (REALE, 2002).” (ALMEIDA, Andréa Alves de. **Espaço jurídico processual na discursividade metalinguística**, p. 63.).

⁴⁴⁹ STRECK, Lenio Luiz. O que é isto – “Decidir conforme a consciência”? Protogênese do protagonismo judicial. In: MACHADO, Felipe Daniel Amorim; CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade (Coord.). **Constituição e processo: entre o direito e a política**, p. 215-250. Belo Horizonte: Del Rey, 2011.

⁴⁵⁰ STRECK, Lenio Luiz. O que é isto – “Decidir conforme a consciência”? Protogênese do protagonismo judicial, p. 245.

princípios sugerida por Alexy: ambas comportam uma abertura interpretativa própria à discricionariedade judicial que, ao final, é o mesmo que autoritarismo. Streck propõe, então, uma *simbiose* entre as teorias de Gadamer (devidamente enraizada Heidegger) e Dworkin, à qual denomina *crítica hermenêutica do direito*. Por meio dela, enuncia a “tese de que há um direito fundamental a uma resposta correta, entendida como ‘adequada à Constituição’”⁴⁵¹.

O problema é que, sem distinguir entre ideologia e teoria, Streck afirma que todas as teorias são enunciadas a partir de pré-compreensões e que estas são condição de possibilidade da atividade hermenêutica. Tais pré-compreensões são *atribuídas* à comunidade política e *condicionam* a decisão judicial. O fundamento decisional, nessa perspectiva, é um *compromisso* que “passa pela reconstrução da história institucional do direito [...] e pelo momento de colocação do caso julgado dentro da cadeia da integridade do direito”, de modo que a decisão adequada é aquela cuja interpretação é estruturada “de acordo com o sentido do direito projetado pela comunidade política”⁴⁵².

Streck sustenta que a decisão adequada é uma “resposta que deve ser confirmada na própria Constituição”, com base em um sentido que, para refrear o subjetivismo, deve ser ditado “a partir da tradição, do não relativismo, do círculo hermenêutico, da diferença ontológica, do respeito à integridade e da coerência do direito”⁴⁵³. Para Streck, a compreensão é sempre prévia; uma *antecipação de sentido* cuja produção não é demarcada por teorias, já que, de acordo com o *giro-linguístico-ontológico*, razão teórica e razão prática atuam sempre diante de questões concretas, no momento incindível *interpretação/aplicação*.

Essa proposta hermenêutica, deliberadamente, não perpassa a arguição teórica das pré-compreensões creditadas à comunidade política. Assim, a despeito de sua elaboração linguística, a crítica hermenêutica do direito supõe uma atuação judicial homologadora de um vislumbado *compromisso* social de cujo sentido, inevitavelmente, o juiz é ainda depositário.

5.2.5 Reforço do protagonismo judicial

A oferta da procedimentalidade é a de decisões como emanção de um contexto

⁴⁵¹ STRECK, Lenio Luiz. O que é isto – “Decidir conforme a consciência”? Protogênese do protagonismo judicial, p. 236.

⁴⁵² STRECK, Lenio Luiz. O que é isto – “Decidir conforme a consciência”? Protogênese do protagonismo judicial, p. 246-247.

⁴⁵³ STRECK, Lenio Luiz. O que é isto – “Decidir conforme a consciência”? Protogênese do protagonismo judicial, p. 247.

social pressupostamente compartilhado. Ainda que os destinatários da decisão possam animar o percurso de obtenção do consenso, o sentido deste não lhes é discernível. Essa dinâmica mantém oculto que a alguém há de se delegar a tarefa de enunciar esse sentido; de decifrar o que se avista no *horizonte histórico* da sociedade.

A *hermenêutica constitucional*, ainda que com os aperfeiçoamentos promovidos por Bernardo Gonçalves Ferreira, e a *crítica hermenêutica do direito* de Lenio Streck culminam por conferir ao autoritarismo decisional um novo suporte ético. O amplo repertório interpretativo que compõe a *cultura constitucional* permite a produção de decisões sempre passíveis de referenciação no modo de vida difusamente aceito por uma comunidade (anônima) de cidadãos-intérpretes. Por isso, a aposta no consenso culmina no reforço, e não superação, do protagonismo judicial.

5.3 Teorias do processo com pretensão democrática: contribuições, retrocessos e ainda a inviabilidade da superação do protagonismo judicial

O descarte da *procedimentalidade* como encaminhadora de decisões judiciais democráticas assinala a resistência do argumento de que a institucionalização do espaço de atuação da Cidadania exige, no Estado Democrático de Direito, que os procedimentos judiciais sejam estruturados a partir de uma teoria processual apta a romper com o protagonismo judicial. Há nesta etapa, pois, arcabouço teórico suficiente para estatuir que a judicção só se jurisdicionaliza na vigência de uma *processualidade* que, por igualar institucionalmente a atividade judicial e a atividade cocriadora e crítica do *povo ativo* (população total), pode ser reputada *democrática*.

Cabe indagar *qual teoria processual* é apta a conformar essa *processualidade democrática*.

A teoria do processo como relação jurídica e seus desdobramentos instrumentalistas, concebidos como supedâneo ao protagonismo judicial, já tiveram exposta sua inaptidão para fazer frente a essa exigência teórica. Despiciendo, pois, retomar aqui seu exame.

Não há também porque deter-se sobre propostas francamente associadas ao autoritarismo da teoria relacionista – como a de José Renato Nalini. Este autor faz defesa convicta de um *protagonismo judicial sadio* desenvolvido pelo juiz a partir de seu subjetivismo e convicções ideológicas, visto que “a lei contemporânea é algo imperfeito e de

que a única possibilidade de vir a ser aplicada sem causar injustiça é o intelecto do juiz”⁴⁵⁴.

O que se examina, na presente seção, são teorias processuais que, por sustentarem a necessidade de romper com a relação jurídica processual hierarquizada e institucionalizar garantias à participação, podem ser consideradas, a princípio, pretensas *fundadoras* da processualidade democrática. Investigadas suas aporias, deve-se avaliar, em cada caso, se há possibilidade de aproveitamento para a implementação das garantias teóricas da Cidadania ou se, ao contrário, trata-se de proposição radicalmente contrária à diretriz de igualdade institucional entre Cidadania e Estado.

5.3.1 Teoria estruturalista do processo

Elio Fazzalari, em obra primeiramente publicada em 1975⁴⁵⁵, critica abertamente a noção de *relação jurídica processual*, a qual reputa um “clichê pandectístico” que entrava a apreensão da relevância do processo para a própria teoria processual⁴⁵⁶. Sua teorização parte da estruturação lógica da norma jurídica como “padrão de valoração de uma conduta” que se articula pela “descrição do comportamento [...] que se queira regular”, por sua qualificação como *lícito* ou *obrigatório* e pela indicação da *fatispécie*, “pressuposto em função do qual determinado comportamento é submetido à valoração jurídica”⁴⁵⁷. A qualificação do comportamento como lícito resulta para o sujeito na atribuição de uma *faculdade* ou de um *poder* e sua qualificação como obrigatório acarreta a imposição de um *dever*, sendo estas as *posições jurídicas subjetivas* que decorrem abstratamente das normas jurídicas⁴⁵⁸.

Fazzalari aplica essa perspectiva *estruturalista* à compreensão das *formas* como esquemas enunciadore de conteúdos normativos. O “esquema do procedimento é uma sequência de normas e, portanto, de atos valorados, neles incluído o ato final para cuja formação conspiram”⁴⁵⁹. A principal característica do esquema do procedimento é, para o autor, que o exercício da posição jurídica subjetiva resultante de uma norma se torna *fatispécie* da norma subsequente, estabelecendo um encadeamento que é requisito de

⁴⁵⁴ NALINI, José Renato. **A rebelião da toga**. Campinas: Millenium, 2006, p. 269.

⁴⁵⁵ FAZZALARI, Elio. **Instituições de direito processual**. 8. ed. Tradução Eliane Nassif. Campinas: Bookseller, 2006.

⁴⁵⁶ FAZZALARI, Elio. **Instituições de direito processual**, p. 111.

⁴⁵⁷ FAZZALARI, Elio. **Instituições de direito processual**, p. 77-78.

⁴⁵⁸ FAZZALARI, Elio. **Instituições de direito processual**, p. 81-82.

⁴⁵⁹ FAZZALARI, Elio. **Instituições de direito processual**, p. 80-81.

validade do ato final⁴⁶⁰.

A configuração do procedimento em perspectiva lógico-formal apresenta este como gênero que abarca qualquer outra estrutura que parta desse esquema geral. O processo, então, é compreendido como uma espécie de procedimento⁴⁶¹ que tem por característica (*ratio distinguendi*) ser *desenvolvida em uma estrutura dialética*, isto é, em *contraditório*⁴⁶². A objeção à definição do processo a partir de um critério *teleológico* se explica, então, por serem o conflito de interesses e a finalidade social da decisão “dados metajurídicos”, que nada dizem sobre a estrutura do procedimento (sequência normativa) em que tal conflito é resolvido⁴⁶³.

Percebe-se em Fazzalari a mudança de foco da compreensão do processo: da conveniência aos objetivos sociais da jurisdição para a assimilação da simétrica participação dos destinatários da decisão na construção desta. Como observa Andréa Alves Almeida, a teoria estruturalista remete a questão da *racionalidade* das decisões para “a configuração de um espaço processual”, pois esclarece “que o impulso procedimental ocorre pelo conteúdo da lei e não pelos impulsos do juiz”⁴⁶⁴.

A relevância da substituição da perspectiva *teleológica* pela *lógica* na distinção entre procedimento e processo, salientada por Aroldo Plínio Gonçalves⁴⁶⁵, faz com que a noção fazzalariana de processo seja *inconciliável* com a teoria da relação jurídica, ainda que os adeptos desta insistam em fazer uso do termo *contraditório*:

A caracterização do processo como procedimento realizado em contraditório entre as partes não é compatível com o conceito de processo como relação jurídica. [...]

⁴⁶⁰ FAZZALARI, Elio. **Instituições de direito processual**, p. 114-115.

⁴⁶¹ A relação gênero-espécie fica inequívoca no seguinte trecho: “[...] procedimento se verifica quando se está de frente a uma série de normas, cada uma das quais reguladora de uma determinada conduta (qualificando-a como lícita ou obrigatória), mas que enunciam como condição de sua incidência o cumprimento de uma atividade regulada por outra norma da série, e assim por diante, até a norma reguladora de um ‘ato final’. Se, pois, o procedimento é regulado de modo que dele participem também aqueles em cuja esfera jurídica o ato final é destinado a desenvolver efeitos – de modo que o autor dele (do ato final, ou seja, o juiz) deve dar a tais destinatários o conhecimento da sua atividade e se tal participação é armada de modo que os contrapostos ‘interessados’ (aqueles que aspiram a emanação do ato final – ‘interessados’ em sentido estrito – e aqueles que queiram evitá-lo, ou seja, os ‘contra-interessados’ [sic]) estejam sob plano de simétrica paridade, então o procedimento compreende o ‘contraditório’, faz-se mais articulado e complexo, e do *genus* ‘procedimento’ é possível extrair a *species* ‘processo’.” (FAZZALARI, Elio. **Instituições de direito processual**, p. 93-94.).

⁴⁶² O termo contraditório engloba os sentidos de “participação dos destinatários dos efeitos do ato final em sua fase preparatória; [...] simétrica paridade de suas posições; [...] mútua implicação de suas atividades [...]; [...] relevância das mesmas para o autor do provimento”, o qual pode *desatender*, mas não *ignorar* o resultado dessas atividades. (FAZZALARI, Elio. **Instituições de direito processual**, p. 119-120.).

⁴⁶³ FAZZALARI, Elio. **Instituições de direito processual**, p. 120-121.

⁴⁶⁴ ALMEIDA, Andréa Alves de. **Espaço jurídico processual na discursividade metalinguística**, p. 27.

⁴⁶⁵ GONÇALVES, Aroldo Plínio. **Técnica processual e teoria do processo**. 2 ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2012, p. 52-57.

O conceito de relação jurídica é o de vínculo de exigibilidade, de subordinação, de supra e infraordenação, de sujeição. Uma garantia não é uma imposição, é uma liberdade protegida, não pode ser coativamente oferecida e não se identifica como instrumento de sujeição. Garantia é liberdade assegurada. Se contraditório é garantia de simétrica igualdade de participação no processo, como conciliá-lo com a categoria de relação jurídica? Os conceitos de garantia e de vínculo de sujeição vêm de esquemas teóricos distintos. O processo como relação jurídica e como procedimento realizado em contraditório entre as partes não se encontram no mesmo quadro, e não há ponto de identificação entre eles que permita sua unificação conceitual.⁴⁶⁶

Apesar de sua significativa contribuição para a crítica da teoria do processo como relação jurídica, a teoria estruturalista não enfrenta o problema da hermenêutica adotada na produção da decisão⁴⁶⁷ e, ainda, favorece o aporte da intersubjetividade, característica da procedimentalidade, no espaço processual.

Fazzalari apresenta o contraditório como desenvolvimento *dialético*. A dinâmica de dizer e contradizer conduz à exigência de que ao final o juiz se pronuncie sobre o resultado da atividade desenvolvida pelas partes, mas não impõe uma decisão judicial vinculada por fundamentos jurídicos. O pensamento fazzalariano não recusa que o acolhimento ou refutação da pretensão dos contraditores se dê com base em pré-compreensões culturais ou mesmo por recurso a valores e finalidades atribuídas ao povo pelo solipsismo do julgador.

A omissão é relevante. Porque Fazzalari “não investiga adequadamente os impactos do contraditório com relação à legitimidade decisória do direito”⁴⁶⁸, abre-se ocasião para que autores “acabem compreendendo o princípio do contraditório como desdobramento da intersubjetividade num horizonte histórico de sentido ou da comunidade de comunicação *a priori* [...]”⁴⁶⁹. Dentre esses autores, pode-se citar Marcelo Andrade Cattoni de Oliveira, que apresenta a “participação em contraditório dos destinatários do provimento jurisdicional” como garantia “dos discursos de aplicação jurídica institucional e [...] condição de aceitabilidade racional do processo jurisdicional”⁴⁷⁰, nos moldes preconizados por Klaus Günter ao tratar da função corretiva da decisão judicial (coerência normativa pela eleição da norma adequada).

⁴⁶⁶ GONÇALVES, Aroldo Plínio. **Técnica processual e teoria do processo**, p. 113.

⁴⁶⁷ Nesse sentido, a crítica de André Cordeiro Leal, ao observar que Fazzalari “desenvolve muito mais uma investigação acerca da validade a partir do procedimento (modelo legal procedimental) do que sobre a legitimidade decisória [...]”. (LEAL, André Cordeiro. **Instrumentalidade do processo em crise**. Belo Horizonte: Mandamentos, FUMEC/FCH, 2008, p. 124.).

⁴⁶⁸ ALMEIDA, Andréa Alves de. **Espaço jurídico processual na discursividade metalinguística**, p. 31.

⁴⁶⁹ ALMEIDA, Andréa Alves de. **Espaço jurídico processual na discursividade metalinguística**, p. 29.

⁴⁷⁰ CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. O processo constitucional como o instrumento da jurisdição constitucional. **Revista da Faculdade Mineira de Direito**, v. 3, n. 5 e 6, p. 161-169. Belo Horizonte, 1º e 2º sem., 2000, p. 164-165.

No entanto, a aporia detectada – não cogitação do problema hermenêutico – pode ser enfrentada sem descarte da contribuição da teoria estruturalista para a processualidade democrática. Afinal, Fazzalari encontra êxito em refutar a teoria do processo como relação jurídica, evidenciando a desconexão desta com o próprio sistema jurídico (normativo). Ademais, é Fazzalari quem inicia o esforço “de esclarecer o procedimento como estrutura técnico-jurídica”⁴⁷¹.

O aproveitamento da teoria fazzalariana se faz, então, pela racionalização da estrutura procedimental, especialmente no que concerne à demarcação de espaços de atuação dos destinatários do provimento.

5.3.2 *Modelo constitucional de processo*

A segunda proposta a ter examinada sua pretensão democratizante é o *modelo constitucional de processo*, que se preordena, segundo Ronaldo Brêtas de Carvalho Dias, a assegurar a fruição do acesso à jurisdição por meio de “garantias processuais estabelecidas na Constituição e formadoras de um essencial sistema de proteção dos direitos fundamentais, tecnicamente apto a lhes assegurar plena efetividade”⁴⁷². Brêtas destaca que, sendo as decisões judiciais “atos estatais imperativos, que refletem manifestação do poder político do Estado, exercido em nome do povo”, não podem resultar de “referência hermenêutica inconstitucional do prudente critério ou do prudente arbítrio do órgão estatal julgador”⁴⁷³.

Uma das balizas centrais da abordagem de Brêtas ao processo constitucional é a conexão entre o dever de fundamentação das decisões judiciais e o contraditório. Essa conexão é distinta da proposta da hermenêutica constitucional de inspiração habermasiana, porque não se faz pela observação do discurso das partes para fins de decifração do consenso. A defesa é de uma obrigatória análise dos argumentos jurídicos, vinculada à compreensão do contraditório como *trinômio informação-reação-diálogo*, no qual o último elemento – diálogo – assinala o dever do órgão judiciário de enfrentar alegações e examinar provas por meio de esclarecimento jurídico⁴⁷⁴.

O contraditório, então, não é visto como catártico dizer e contradizer ou como

⁴⁷¹ ALMEIDA, Andréa Alves de. **Espaço jurídico processual na discursividade metalinguística**, p. 29.

⁴⁷² BRÊTAS, Ronaldo de Carvalho Dias. **Processo constitucional e estado democrático de direito**, p. 72.

⁴⁷³ BRÊTAS, Ronaldo de Carvalho Dias. **Processo constitucional e estado democrático de direito**, p. 74.

⁴⁷⁴ BRÊTAS, Ronaldo de Carvalho Dias. **Processo constitucional e estado democrático de direito**, p. 93-102.

oportunidade de consenso – ambos a depender de uma intervenção corretiva do agente estatal, na qualidade de árbitro, pacificador ou homologador – mas como espaço de participação cidadã, que não pode ser dispensado ou desconsiderado na produção do ato estatal⁴⁷⁵. A decisão deve explicitar os termos da resolução analítica da questão debatida no procedimento⁴⁷⁶.

Em decorrência dessas premissas, Brêtas propugna a incambialidade de garantias fundamentais, a significar, necessariamente, o repúdio ao protagonismo judicial, que o autor caracteriza como “atividade de manufatura arbitrária do direito”⁴⁷⁷.

Brêtas aborda o processo constitucional em desdobramento aos estudos de José Alfredo de Oliveira Baracho, precedidos por Ítalo Andolina, Giuseppe Vignera e Hector Fix-Zamudio⁴⁷⁸. No entanto, a exposição de Brêtas se distingue da dos demais autores pela proeminente vinculação do modelo constitucional de processo a uma teorização do Estado Democrático de Direito elaborada *a partir da perspectiva da Cidadania*. A renúncia à possibilidade de manejo estratégico das garantias processuais demarca a precedência da Constituição sobre a atividade estatal, necessariamente submetida ao devido processo legal, “bloco aglutinante e compacto de vários direitos e garantias fundamentais e inafastáveis ostentados pelas pessoas nas suas relações com o Estado”⁴⁷⁹.

Essa demarcação do espaço de atuação da Cidadania não é consistentemente adotada por todos os adeptos do modelo constitucional de processo. Como aponta Rosemiro Pereira

⁴⁷⁵ Nesse sentido: “[...] a inserção do princípio do contraditório no rol das garantias constitucionais decorre da exigência lógica e democrática da coparticipação paritária das partes, no procedimento formativo da decisão jurisdicional que postulam no processo, razão pela qual conectada está à garantia também constitucional de fundamentação das decisões jurisdicionais centrada na reserva legal, condição de efetividade e de legitimidade democrática da atividade jurisdicional constitucionalizada.” (BRÊTAS, Ronaldo de Carvalho Dias. **Processo constitucional e estado democrático de direito**, p. 91.).

⁴⁷⁶ A exposição clara dos fundamentos decisórios também possibilita a recorribilidade e o controle de constitucionalidade da decisão, porque torna possível a verificação da conformidade de seu conteúdo com as disposições constitucionais e legais. Com isso, a estrutura técnica procedimental se projeta, nas instâncias recursais, com garantia de participação e, sobretudo, com *demarcação jurídica*.

⁴⁷⁷ BRÊTAS, Ronaldo de Carvalho Dias. **Processo constitucional e estado democrático de direito**, p. 121-123. Nas palavras do autor, “[...] não pode haver decisões jurisdicionais apoiadas em noções vagas, imprecisas e fluidas de justiça e equidade, vale dizer, ‘ao alvedrio do judiciário’, buscando alcançar aquilo que, sob atecnia e forma indefinida, costuma-se qualificar de ideal de justiça ou decisão justa, construídas pelos devaneios inconsequentes dos adeptos do direito livre ou do direito alternativo [...]”. (BRÊTAS, Ronaldo de Carvalho Dias. **Processo constitucional e estado democrático de direito**, p. 121.).

⁴⁷⁸ Cf. ANDOLINA; Ítalo; VIGNERA, Giuseppe. **I fondamenti costituzionali dela giustizia civile: il modelo costituzionale del processo civile italiano**. 2 ed. ampl. Torino: Giappichele Editore, 1979; BARACHO, José Alfredo de Oliveira. **Processo constitucional: aspectos contemporâneos**. Belo Horizonte: Fórum, 2006; BARACHO, José Alfredo de Oliveira. Teoria geral do processo constitucional. **Revista da Faculdade Mineira de Direito**, v. 2, ns. 3 e 4, p. 89-154. Belo Horizonte, 1. e 2. sem. 1999; FIX-ZAMUDIO, Héctor. **La protección jurídica y procesal de los derechos humanos ante las jurisdicciones procesales**. Madrid: Civitas, 1982.

⁴⁷⁹ BRÊTAS, Ronaldo de Carvalho Dias. **Processo constitucional e estado democrático de direito**, p. 73.

Leal, não é ínsita a esse modelo a arguição da própria constitucionalidade que este se propõe a concretizar, o que permite a seus adeptos apresentar “o processo como instrumento de uma Jurisdição Constitucional [...] com escopos metajurídicos cappellettianos de fazer justiça” que relega à autoridade judicial o acerto dos conteúdos constitucionais pela persistente abertura extrassistêmica⁴⁸⁰.

A porosidade do modelo constitucional de processo se faz pela admissão da *variabilidade* das normas processuais, que tem um pretexto operacional de promover a adequação dessas normas às características de supostos *microssistemas jurídicos*⁴⁸¹. Por isso, na compreensão mais ampla do modelo constitucional de processo, o processo *não é* instituição teórico-constitucional fundante, mas sim *esquema* suscetível a adaptações conforme reclames pragmáticos de funcionalidade.

Essa configuração abre ensejo para que a leitura do *processo constitucional* se faça por influxos axiológicos e teleológicos supostamente oriundos da Constituição.

Nessa linha, Hermes Zaneti Júnior⁴⁸² propõe que se extraia do Estado Democrático de Direito uma *nova racionalidade* que se caracterizaria pela exigência de maior atividade criativa do juiz. O autor apregoa um *modelo constitucional de processo*, em compasso com as características referidas por Andolina e Vignera, a partir da permeabilidade das cláusulas abertas a valores constitucionais que devem ser captados por um juiz atento. Ao longo da obra de Zaneti Júnior, o intelecto do juiz sobressai como recinto onde se opera, de modo mítico, a constitucionalização dos conteúdos da lei, a partir de operações hermenêuticas intangíveis pelas partes.

No mesmo sentido, Cássio Scarpinella Bueno identifica o *Estado Constitucional*

⁴⁸⁰ LEAL, Rosemiro Pereira. **Teoria geral do processo**: primeiros estudos, p. 90-92.

⁴⁸¹ Flaviane de Magalhães Barros sintetiza as características do modelo constitucional de processo concebido por Andolina e Vignera: “[...] o modelo constitucional de processo é um ‘esquema geral de processo’ que possui três características: a expansividade, que garante a idoneidade para que a norma processual possa ser expandida para microssistemas, desde que mantenha sua conformidade com o esquema geral de processo; a variabilidade, com a possibilidade da norma processual se especializar e assumir forma diversa em função de característica específica de um determinado microssistema, desde que em conformidade com a base constitucional; e, por fim, a perfectibilidade, como a capacidade do modelo constitucional se aperfeiçoar e definir novos institutos através do processo legislativo, mas sempre de acordo com o esquema geral”. (BARROS, Flaviane de Magalhães. O modelo de processo e o processo penal: a necessidade de uma interpretação das reformas do processo penal a partir da Constituição. In: MACHADO, Felipe Daniel Amorim; CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade; (Coord.). **Constituição e processo**: a contribuição do processo ao constitucionalismo democrático brasileiro, p. 331-345. Belo Horizonte: Del Rey, 2009, p. 334.).

⁴⁸² ZANETI JÚNIOR, Hermes. *Processo constitucional: o modelo constitucional do processo civil brasileiro*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

como um “Estado de Justiça [...] desejado (e imposto) pela Constituição de 1988”⁴⁸³. Sua concepção de *modelo constitucional do direito processual civil*⁴⁸⁴ confere ao processo caráter puramente instrumentalizador da atuação judicial, que não destoa daquela ideia de judicção magnânima projetada pelo projeto do Estado Social:

É como se fosse dito que o próprio Estado (aqui, a parcela jurisdicional dele, o Estado-juiz) precisa, ele próprio, do “processo” e, mais amplamente, das normas processuais civis, para realizar seus próprios valores, os seus próprios objetivos, as suas próprias finalidades e necessidades. É no atingimento destas finalidades – que justificam a própria razão de ser do Estado Democrático de Direito – que repousam, em última análise, os escopos sociais do “processo”.

Os escopos políticos, de seu turno, trazem à tona a necessidade de o Estado-juiz, na sua atuação, ter condições de afirmar a sua autoridade, o seu poder perante a sociedade, poder este, contudo, que no modelo de Estado adotado pela Constituição de 1988, não é ilimitado mas, muito pelo contrário, mitigado e vinculado ao atingimento de finalidades públicas, finalidades do próprio Estado e estranhas aos exercentes da autoridade, do poder, em nome do Estado. [...] não há como deixar de lado as preocupações com [...] a ampla possibilidade (e necessidade) de participação dos destinatários da atuação do Estado nesta própria atuação [...] como forma de viabilizar [...] um maior consenso com a produção da decisão do Estado-juiz.

Os escopos jurídicos, por fim, representam a compreensão dos institutos processuais e seu desenvolvimento com vistas à consecução dos objetivos mais amplos, porque exteriores ao processo, que são os escopos social e político. A perfeita compreensão do “escopo jurídico do processo” pressupõe, destarte, a necessária releitura dos institutos processuais com vistas à sua compreensão em seu adequado contexto e missão teleológica.⁴⁸⁵

Pelo exposto, o modelo constitucional de processo somente adquire aderência ao Estado Democrático de Direito se, assim como sustenta Brêtas, as normas processuais forem teorizadas como garantias ínsitas à Cidadania. Em outras vertentes, inclusive na teorização de Andolina e Vignera, a adaptabilidade e fluidez dos institutos processuais conforme necessidades identificadas pelo próprio juiz permitem o agravamento do protagonismo judicial.

5.3.3 *Policentrismo processual*

A última proposta a merecer exame é a concepção de processo *policêntrico*,

⁴⁸³ BUENO, Cássio Scarpinella. **Curso sistematizado de direito processual civil**: volume 1: teoria geral do direito processual civil. 5. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 96.

⁴⁸⁴ BUENO, Cássio Scarpinella. **Curso sistematizado de direito processual civil**: volume 1: teoria geral do direito processual civil, p. 119.

⁴⁸⁵ BUENO, Cássio Scarpinella. **Curso sistematizado de direito processual civil**: volume 1: teoria geral do direito processual civil, p. 90-91.

formulada por Nicola Picardi⁴⁸⁶ em defesa de uma – assim denominada – *ordem isonômica*, organizada em contraponto à hierarquia processual estabelecida pela teoria da relação jurídica. Na análise de Dierle Nunes⁴⁸⁷, o policentrismo processual, na proposta de Picardi, retira a centralidade de quaisquer dos sujeitos do processo, conferindo a estes a possibilidade de desenvolver seu específico papel, em uma dinâmica *isonômica*.

Por esse primeiro vislumbre, o policentrismo parece coerente com a fundação de uma processualidade democrática. Todavia, o exame da obra de Picardi torna visíveis os sentidos mantidos velados na pura e simples enunciação do policentrismo como garantia de isonomia processual.

Picardi toma como *premissa de toda a sua obra* – portanto, impossível de ser ignorada – a afirmação de que a jurisdição se situa *fora* da estrutura estatal e se destina, por desígnio de uma *Comunidade* imemorial, a fiscalizar os poderes estatais (legislativo e executivo)⁴⁸⁸. Na visão de Picardi, é porque se encontra fora do Estado e legitimado pela *Comunidade* que o Judiciário se mostra capaz de conduzir o processo com absoluta isenção. Desse modo, a ideia de *ordem isonômica* é associada a um modelo *extraestatal* de processo em que o tribunal tem "o poder de estabelecer seus próprios modos de atuar"⁴⁸⁹.

A ruptura com essa ordem isonômica operou-se, historicamente, com a assunção, pelo soberano, da tarefa de elaborar leis em matéria processual⁴⁹⁰. A partir de então, ter-se-ia instalado uma *ordem assimétrica*, caracterizada por um "processo elaborado com base na autoridade, na hierarquia e na lógica burocrática"⁴⁹¹. Essa transformação é combatida com veemência por Picardi⁴⁹².

Sustenta o autor, então, a necessidade de retomada da ordem isonômica, a ser

⁴⁸⁶ PICARDI, Nicola. **Jurisdição e processo**. Organizador e revisor técnico da tradução: Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Rio de Janeiro: Forense, 2008; PICARDI, Nicola. **Manuale del processo civile**. 2. ed.. Milano: Giuffrè Editore, 2010.

⁴⁸⁷ NUNES, Dierle José Coelho. **Processo jurisdicional democrático**, p. 212.

⁴⁸⁸ PICARDI, Nicola. **Jurisdição e processo**, Capítulo I: a vocação do nosso tempo para a jurisdição, p. 1-32. Após situar a jurisdição na dimensão extraestatal, Picardi opõe-se à afirmação de Luhmann no sentido de que a hipertrofia dos poderes do juiz traduz a capacidade *endógena* autoequilibrante do sistema de deslocar os problemas decisoriais para a esfera que, em dado momento, apresente melhores condições de solução. Para Picardi, esse raciocínio "termina, em definitivo, por englobar o juiz no aparelho estatal e colocá-lo, desse modo, em uma posição naturalmente subordinada em relação aos poderes representativos" (PICARDI, Nicola. **Jurisdição e processo**, p. 32).

⁴⁸⁹ PICARDI, Nicola. **Jurisdição e processo**, p. 59.

⁴⁹⁰ Segundo Picardi, o marco de instauração da ordem assimétrica foi o *Code Louis* de Luís XIV, sendo este o primeiro soberano "a reivindicar definitivamente para si o monopólio da legislação em matéria processual" PICARDI, Nicola. **Jurisdição e processo**, p. 71.

⁴⁹¹ PICARDI, Nicola. **Jurisdição e processo**, p. 66.

⁴⁹² PICARDI, Nicola. **Jurisdição e processo**, Capítulos 3: do juízo ao processo; Capítulo 4: Introdução ao *Code Louis* (*Ordonnance Civile*, 1667), p. 33-126.

promovida por meio do *contraditório coparticipado*: as partes abandonariam a luta travada pela contraposição mecânica de teses para assumir um *dever ético* de auxiliar o juiz a decidir com *equidade*, tarefa por este realizada pela ativação de amplos poderes discricionários⁴⁹³. O processo se presta, nessa visão, a subsidiar a atuação interpretativa e criativa dos juízes, por meio de poderes que ora lhe autorizam a desvendar "elementos racionais imanentes no ordenamento", ora lhe relegam "toda a valoração" do próprio ordenamento⁴⁹⁴.

Extraí-se da exposição de Picardi a persecução de uma justificativa histórica para a atribuição de discricionariedade ampla aos juízes na condução do processo, ao ponto de convolar o contraditório em "instrumento de operação do juiz"⁴⁹⁵. Precisamente o contraditório – aquele primeiro traço distintivo que, conforme trazido por Fazzalari, desencadeia a ruptura com a teoria da relação jurídica – é, em Picardi, alvo de cooptação linguística que o converte em elemento subserviente à judicção.

O aprofundamento das premissas do policentrismo processual culmina por desvelar uma teorização ideologizada, destinada a legitimar miticamente o manejo livre do processo pela autoridade à qual aquele serve.

5.3.4 Depuração das teorias e vertentes examinadas

Ao final desta seção, estabelece-se que a teoria estruturalista, concebida por Fazzalari e desenvolvida por Aroldo Plínio Gonçalves, e a teoria do processo constitucional, *conforme* enunciada por Ronaldo Brêtas de Carvalho Dias, constituem significativas contribuições para a assimilação de garantias de participação aos procedimentos judiciais.

Diversamente, as demais concepções tratadas possuem aporias que conduzem a uma radical incompatibilidade com a compreensão de democracia ora em desenvolvimento. Nelas, o espaço processual não é estabilizado teórica e previamente, mas oferecido à condução estratégica do órgão judiciário.

A pretensão democratizante das teorias e vertentes ora descartadas se frustra por apresentarem, como trunfo da otimização do exercício da função judicial, a disponibilização, ao decisor, de recursos hermenêuticos extrassistêmicos. É dizer: apesar de se suporem enunciadas no Estado Democrático de Direito, subsidiam o reforço do protagonismo

⁴⁹³ PICARDI, Nicola. **Jurisdição e processo**, Capítulo IV: *audiatur et altera pars* – as matrizes histórico-culturais do contraditório, p. 127-144.

⁴⁹⁴ PICARDI, Nicola. **Jurisdição e processo**, p. 19.

⁴⁹⁵ PICARDI, Nicola. **Jurisdição e processo**, p. 142.

judicial, de modo que não vão além do que se possa compreender, no âmbito da presente pesquisa, como *neoinstrumentalismo*.

5.4 Teoria neoinstitucionalista do processo: o processo como espaço jurídico demarcado de exercício da Cidadania

A *teoria neoinstitucionalista do processo*, desenvolvida por Rosemiro Pereira Leal ao longo de sua perene pesquisa acadêmica⁴⁹⁶, distingue-se radicalmente do procedimentalismo e das teorias processuais abordadas. Leal reivindica, com amparo na obra de Karl Popper, a precedência da demarcação *teórica* da linguagem jurídica, de modo a que a estabilização de sentidos se faça por um código intradiscursivo constitucional *não ideologizado*, acessível a todos e apto a promover a igualação (superação de parâmetros excludentes) pelo exercício de direitos fundamentais.

Leal identifica nos estudos de Popper uma *virada linguística radical*⁴⁹⁷, que rompe com o mito do contexto ao conferir autonomia ao *mundo 3*, arena onde se dá o embate de teorias. Segundo Popper⁴⁹⁸, embora a linguagem possa referir-se a ações e símbolos materiais (*mundo 1*) e a ideias subjetivas e estados mentais (*mundo 2*), pode também referir-se a um conteúdo objetivo. Este conteúdo, ainda que produzido pela atividade humana, não é por esta dominado, já que as relações lógicas, as aporias e a incessante problematização das proposições objetivas não são subsumíveis à mente de *qualquer homem* e nem mesmo à de *todos os homens*⁴⁹⁹. É essa autonomia que torna possível escapar do ciclo de dominação pela efetiva mudança do eixo linguístico – do *pragma* para a *teoria* – no qual são testificados os argumentos.

Por isso, são inservíveis à *hermenêutica isomênica* formulada por Leal⁵⁰⁰ não apenas as doutrinas explicitamente filiadas à filosofia da consciência – que gestou o protagonismo judicial –, mas também a intersubjetividade habermasiana, o giro linguístico gadameriano e a teoria integrativa dworkiniana. *Todas* são proposições que vinculam a legitimidade decisória à sensatez resultante da acumulação de vivências em um contexto pressuposto

⁴⁹⁶ Cf., em especial: LEAL, Rosemiro Pereira. LEAL, Rosemiro Pereira. **Teoria processual da decisão jurídica**; LEAL, Rosemiro Pereira. **Teoria geral do processo**: primeiros estudos; **A teoria neoinstitucionalista do processo**: uma trajetória conjectural; LEAL, Rosemiro Pereira. **Processo como teoria da lei democrática**.

⁴⁹⁷ LEAL, Rosemiro Pereira. **Processo como teoria da lei democrática**, p. 31.

⁴⁹⁸ POPPER, Karl Raymond Sir. **Conhecimento objetivo**.

⁴⁹⁹ POPPER, Karl Raymond Sir. **Conhecimento objetivo**, p. 151-157.

⁵⁰⁰ A noção de *hermenêutica isomênica* foi introduzida na seção 5.1.5.

como *aceito* porque empiricamente compartilhado, o que obstrui a arguição crítica dos fundamentos ideológicos desse contexto.

O equívoco dos que laboram a linguagem apenas nos mundos 1 e 2 é aprisionar as teorias no plano da sensorialidade, da subjetividade e da intersubjetividade. Tais teorias não são mais que caudatárias do estado mental que as produziu e se vêm impedidas, ante o propalado *risco* do regresso ao infinito, de interrogar seus próprios fundamentos.

É nessa vertente subjetiva de produção do conhecimento que se pode compreender a afirmação de Lenio Streck⁵⁰¹ segundo a qual a interpretação ocorre simultaneamente à aplicação, sempre em situações concretas. Toda interpretação seria ação do mundo 2 sobre o mundo 1: o entendimento, como algo imanente ao *pragma* comunicacional, torna-se impassível de ser arguido em suas bases teóricas porque as compreensões se *antecipam* ao ato de interpretar. Diversamente, para Popper, “toda interpretação é uma espécie de teoria”, um resultado provisório da atividade de compreensão que, como “sequência de estados” e não um estado *a priori*, opera “com objetos do terceiro mundo” pelo “esquema de conjecturas e refutações”⁵⁰².

Na construção da teoria neoinstitucionalista, o mundo 3 de Popper se desdobra no *nível instituinte da lei*, onde a Constituição surge como uma entidade linguística, autônoma em relação ao contexto histórico em que produzida e às situações concretas que demandam aplicação do Direito. É nesse plano que deve ser escolhida e estabilizada a teoria do interpretante que conduzirá a interpretação jurídica. Porque operada no mundo 3, trata-se de “uma escolha paradigmática entre discursos (teorias) do processo, conforme seu maior teor autocrítico-linguístico problematizante, e não uma escolha entre teorias culturais, sociais, ideologias, filosofias, paradigmas históricos”⁵⁰³.

Uma vez que a interpretação jurídica se apoia em uma teoria do interpretante já estabilizada no nível instituinte, a aplicação do Direito se desprende do *pragma*. A *sociedade* se torna um projeto jurídico-político de “efetivação permanente” e “reconstrução ampliativa da cidadania” pela necessária *transformação* social, econômica e política⁵⁰⁴, a ser encaminhado por uma “comunidade de legitimados ao processo”⁵⁰⁵. Recusa-se então a noção de *sociedade* como realidade natural e cultural de uma comunidade histórica voltada

⁵⁰¹ Cf. subseção 5.2.4.

⁵⁰² POPPER, Karl Raymond Sir. **Conhecimento objetivo**, p. 157-162.

⁵⁰³ LEAL, Rosemiro Pereira. O paradigma processual ante as sequelas míticas do poder constituinte originário.

⁵⁰⁴ LEAL, Rosemiro Pereira. **Teoria geral do processo**: primeiros estudos, p. 88.

⁵⁰⁵ LEAL, Rosemiro Pereira. **Processo como teoria da lei democrática**, p. 274.

para a *manutenção* de modos de vida que resultam de pré-compreensões (supostamente) compartilhadas. Essas pré-compreensões, aliás, são deslocadas do posto de *premissas decisórias* para o de *objeto de permanente arguição* em procedimentos cuja instauração é corolário do “direito amplo de se contrapor a qualquer realidade hostil às garantias constitucionais”⁵⁰⁶. Conforme explica Leal:

[...] A partir do momento histórico em que a Constituição se proclama condutora de uma Sociedade Jurídico-Política sob a denominação de Estado Democrático de Direito, como se lê no art. 1º da CR/88 do Brasil, é inarredável que, pouco importando o que seja o existir brasileiro, o mundo jurídico institucionalizado do Brasil é o contido no texto constitucional e não mais o das estruturas morais, éticas e econômicas do cotidiano social.

[...]

[...] a teoria neo-institucionalista [sic] tem na Constituição a instituição originária de sua possibilidade existencial, [...] pouco importando o âmbito legiferante de sua elaboração, [pois] já se põe sob regência da instituição constitucionalizada do processo como condição democratizante e jurídico-discursivo regente de realização, recriação e aplicação dos direitos assegurados no discurso constitucional.⁵⁰⁷

Assim, compreender a Constituição como uma conquista *teórica*, e não *histórica*, não significa “zerar a ideologia”⁵⁰⁸, mas expor a ilegitimidade de decisões estatais (legislativas, administrativas e judiciais) que persistam em invocar como fundamento decisório raciocínios compatíveis com a realidade social, a despeito de quão aviltantes sejam

⁵⁰⁶ LEAL, Rosemiro Pereira. **Teoria geral do processo**: primeiros estudos, p. 87.

⁵⁰⁷ LEAL, Rosemiro Pereira. **Teoria geral do processo**: primeiros estudos, p. 87 e 89.

⁵⁰⁸ A expressão *zerar a ideologia* é utilizada por Edward Lopes (LOPES, Edward. **Discurso, texto e significado**: uma teoria do interpretante. São Paulo: Cultrix, 1979.), autor que elabora uma *teoria do signifiicante* de que parte Rosemiro Pereira Leal para elaborar a teoria do discurso constitucional. Leal adere especialmente à superação, por Lopes, de teorias semânticas que estabelecem um privilégio de significação (privilegio de mando), porque tais teorias favorecem a manipulação de sentidos pelo destinador do discurso (legislador) ou aquele a quem a autoridade delega a inteligibilidade do sentido do discurso (juiz). Lopes defende que os códigos são *compartilhados* pelo destinador e pelo destinatário da mensagem e que o sentido é uma propriedade desse código. No entanto, Lopes não admite a possibilidade de um código *não ideológico* – ou seja, com “propriedade de ‘zerar’ a ideologia” – pois “todos os discursos, desde o momento em que se plasmassem como um objeto cultural do presente, devem pagar inevitavelmente um tributo aos objetos culturais do passado, já que eles o modelizaram e fizeram dele aquilo que ele é (ou parece ser) e não outra coisa. (LOPES, Edward. **Discurso, texto e significado**: uma teoria do interpretante, p. 10). Leal então, adverte que: a) Lopes “se torna prisioneiro do mito do contexto [...] já que o ‘eu’ da linguística é o eco de valores morais e éticos da coletividade (comunidade) linguística em que o indivíduo se insere, o que, em suma, traduz a convicção corrente de sociólogos, psicologistas, antropólogos e juristas positivistas, de que a trama dos sentidos forjada pela linguagem natural decorre inevitavelmente de ‘objetos culturais do passado’”; b) códigos sociais não são elegíveis como interpretantes no Estado Democrático de Direito, pois as “‘convenções sociais’ (usos, costumes e princípios gerais do direito não legislados), ao contrário de democratizar interpretações, abrem um leque de judicações em juízos de conveniência, equidade, transcendência, razoabilidade, proporcionalidade, adequabilidade, flexibilidade, que instala a mais desabrida ditadura decisória por um judiciário monopolístico do dogma de justiça e paz social”. (LEAL, Rosemiro Pereira. **Processo como teoria da lei democrática**, p. 275-277.).

os parâmetros de exclusão nela vigentes⁵⁰⁹. O Estado Democrático de Direito demanda a elaboração de uma nova racionalidade jurídica, que: a) estabeleça sentidos a partir das relações lógicas entre os elementos teóricos colhidos de sua principiologia (conexão entre o mundo 2 e o mundo 3); b) produza soluções (provisórias) compatíveis com a matriz instituinte democrática (produção do conhecimento objetivo no mundo 3); e, daí, c) aplique tais soluções com vistas a refutar “subjetividades e [...] disposições comportamentais, [...] expectativas individuais, coletivas e culturais”⁵¹⁰ próprias de modos de vida incompatíveis com a principiologia democrática (*retrocarga* do mundo 3 sobre os mundos 2 e 1).

5.4.1 Testificação da teoria neoinstitucionalista como apta a fundar a processualidade democrática

Leal submete sua teoria neoinstitucionalista à testificação, confrontando-a com outras teorias que, no nível instituinte, podem pretender disputar a aptidão para fundar uma processualidade democrática⁵¹¹.

O autor aponta a aporia das vertentes positivistas e neopositivistas quanto à concepção de *igualdade perante a lei*: esta igualdade se estabelece somente *no espaço* (isotópica). A atividade cognitiva não se circunscreve à legalidade, porque o juiz pode decidir a partir de critérios extrassistêmicos, não escritos, como os já referidos arts. 4º e 5º do Decreto-lei n. 4.657/1942. Com isso, o Estado conserva o privilégio de conferir um sentido ao discurso (lei) por acesso a um código que não se encontra igualmente disponibilizado aos cidadãos. A legitimação da decisão judicial é dada pela escolha estratégica de um texto (teoria) meramente justificacional. Desse modo, a pretensão democratizante é forjada sem uma proposta hermenêutica que ofereça *isomenia*, isto é, “simétrico exercício de igual direito de interpretação da lei para todos”⁵¹².

Diversamente, na teoria neoinstitucionalista, tem-se a isomenia como “instituto operacional do princípio da legalidade”⁵¹³. O texto (teoria) já deve estar contido no discurso

⁵⁰⁹ Nas palavras de Rosemiro Pereira Leal, “todos os que se negam atualmente ao estudo dos fundamentos de nossa linguagem compactuam-se com o pragmatismo da aceitação de uma prática social útil sem indagar os graus de crueldade da estrutura da ‘rede social’ em que estão inseridos e por que prestam adesão a essa ‘utilidade’ social sem conhecer previamente os fins a que se proponha” (LEAL, Rosemiro Pereira. **Processo como teoria da lei democrática**, p. 279)

⁵¹⁰ ALMEIDA, Andréa Alves de. **Espaço jurídico processual na discursividade metalinguística**, p. 80.

⁵¹¹ LEAL, Rosemiro Pereira. **Processo como teoria da lei democrática**, p. 271-283.

⁵¹² LEAL, Rosemiro Pereira. **Processo como teoria da lei democrática**, p. 271.

⁵¹³ LEAL, Rosemiro Pereira. **Processo como teoria da lei democrática**, p. 271.

(lei), o que lhe permite ser disponibilizado a todos. A *veredicação*⁵¹⁴ se faz por um código compartilhado, por meio do qual o discurso tem “a possibilidade de confirmar ou de infirmar, retrospectivamente, a interpretação que dele forneceu o texto”⁵¹⁵.

A isomenia é o instituto que promove o nivelamento dos componentes da comunidade jurídica. Ao assegurar a todos os cidadãos a prerrogativa de instaurar *procedimentos processualizados*, faz com que a legitimidade decisória deixe de ser um *ajuste* da lei que atende à expectativa social dominante e passe a corresponder à *fiscalidade*:

[...](fiscalização) intercorrente da produção e atuação do direito positivado como modo de auto-inclusão [sic] do legislador-político-originário (o cidadão legitimado ao devido processo legal) na dinâmica testemunhadora da validade, eficácia, criação e recriação” do ordenamento jurídico caracterizador e concretizador do tipo teórico da estatalidade constitucionalizada.⁵¹⁶

É equívoco considerar que o nivelamento proporcionado pela isomenia guarde similitude com o resultado da ação comunicativa, pois é marcante a distinção entre intersubjetividade (habermasiana) e interenunciatividade (popperiana) na criação de sentidos⁵¹⁷. Naquela, a busca dialética pela síntese coloca como *meta* a *interpretação igual*, ou seja, o consenso, inclusive pela tolerância a contradições⁵¹⁸ – sem se interrogar o grau de violência social das contradições a serem *toleradas* em nome da *harmonia*. Diversamente, a interenunciatividade é um *ponto de partida* no qual se estabelece um *direito igual de interpretação*⁵¹⁹ a ser exercido pela crítica e pela eliminação de erros.

A participação nos procedimentos processualizados não se preordena, portanto, a um resultado que se crê sempre progressivo e vitorioso em relação à *tese* e à *antítese*. É, sim, decorrência do exercício da liberdade que, na metodologia popperiana, se faz “pelo uso dos níveis descritivos e argumentativos da linguagem”⁵²⁰ e não pode ser vedado a quem quer que

⁵¹⁴ A veredicação, segundo Edward Lopes, é a correspondência entre texto e discurso. Texto e discurso devem coexistir na instância instituinte, em compatibilidade desde então com o código, dando origem a uma obra (espaço de suporte). Assim, “a veredicação é da ordem intradiscursiva, não extradiscursiva” (LOPES, Edward. **Discurso, texto e significado**: uma teoria do interpretante, p. 8).

⁵¹⁵ LOPES, Edward. **Discurso, texto e significado**: uma teoria do interpretante, p. 7.

⁵¹⁶ LEAL, Rosemiro Pereira. **Teoria processual da decisão jurídica**, p. 150.

⁵¹⁷ LEAL, Rosemiro Pereira. **Processo como teoria da lei democrática**, p. 186.

⁵¹⁸ Aspecto da dialética para o qual chama a atenção Andréa Alves de Almeida (ALMEIDA, Andréa Alves de. **Espaço jurídico processual na discursividade metalinguística**, p. 88-90)

⁵¹⁹ A distinção entre *interpretação igual* e *igual (direito) de interpretação* é recorrente advertência feita por Rosemiro Pereira Leal (LEAL, Rosemiro Pereira. **Teoria processual da decisão jurídica** (disciplina do Mestrado em Direito Processual).

⁵²⁰ LEAL, Rosemiro Pereira. **Processo como teoria da lei democrática**, p. 186.

seja. É por adesão a esse enfoque que André Del Negri fala em *des-moralização dos direitos humanos*: a *vida fundamental* do ser humano não pode ser inferida do simples pulsar de órgãos; aquela somente existe a partir da possibilidade de utilização da linguagem e da argumentação com vistas à reivindicação dos demais direitos fundamentais⁵²¹.

A teoria neoinstitucionalista rejeita a persistente diretriz do instrumentalismo processual que concebe normas processuais como contingências cambiáveis do procedimento, à disposição da conveniência do decisor. Contraditório, ampla defesa e isonomia são apresentados, então, como *princípios autocríticos* que definem o processo como instituição constitucionalizada⁵²² na qual se exercita a igualdade interpretativa pela permanente abertura crítico-argumentativa. São, portanto, princípios *institutivos*, característica que lhes confere precedência em relação ao exercício da função judicial. A lei é posta sob permanente suspeita, porque a fragmentação própria da fala (dis-curso)⁵²³ exige a arguição da linguagem natural (controle) pelos princípios autocríticos do processo⁵²⁴.

A reflexão desenvolvida por Andréia Alves de Almeida sobre o tema conduz a autora a compreender a participação democrática como *ocupação do espaço processual*, concebido este como um *espaço de refutação* (testificação por exercício da argumentação):

A regra suprema de proibição de vedação de liberdade significa que na democracia temos que reservar para o outro a ocupação dos espaços de refutação. A ocupação do espaço processual pelo outro tem por fim a intervenção no erro-problema, pois aí está a oportunidade de elaborar (enunciar) conjecturas. Por isso o seu fim não se limita a alcançar consenso e retratar a opinião pública. A liberdade na sociedade aberta consiste na possibilidade de fiscalização ampla e irrestrita das decisões do Estado por meio do método de eliminação de erro e não por meio da dialética. Isto se dá porque a liberdade demanda possibilidade de se desgarrar do dado da realidade (da condição dada), não para anular a realidade, mas para que o homem possa construir o seu próprio mundo de significados.⁵²⁵

A demarcação do processo como um espaço de refutação permanente é propiciada pela identificação, no discurso constitucional, de binômios que conectam direitos fundamentais e princípios institutivos do processo. Os pares *contraditório-vida*, *ampla defesa-dignidade* e *isonomia-igualdade*⁵²⁶ estabilizam a compreensão teórica dos direitos referidos no segundo termo: vida, dignidade e igualdade não são *direitos materiais*

⁵²¹ DEL NEGRI, André. **Teoria da constituição e do direito constitucional**. Belo Horizonte: Fórum, 2009, p. 333-338.

⁵²² LEAL, Rosemiro Pereira. **A teoria neoinstitucionalista do processo**: uma trajetória conjectural, p. 44.

⁵²³ ALMEIDA, Andréia Alves de. **Espaço jurídico processual na discursividade metalinguística**, p. 87.

⁵²⁴ ALMEIDA, Andréia Alves de. **Espaço jurídico processual na discursividade metalinguística**, p. 79.

⁵²⁵ ALMEIDA, Andréia Alves de. **Espaço jurídico processual na discursividade metalinguística**, p. 88.

⁵²⁶ LEAL, Rosemiro Pereira. **Teoria geral do processo**: primeiros estudos, p. 111.

adquiridos por uma sociedade pressuposta e transmitidos a seus herdeiros por via da Constituição, mas, sim, “direito líquido e certo de autoilustração, para todos, sobre os fundamentos da existência jurídica”⁵²⁷.

Além disso, ao consignar que “a Constituição escrita é o ponto de partida do discurso normativo”, a teoria neoinstitucionalista vai muito além da acolhida dos destinatários no procedimento ou da elevação dos direitos processuais a garantias constitucionais, porque estabelece que todo e qualquer texto (teoria) que se proponha como interpretação do discurso (lei), encontra neste um ponto de retorno obrigatório. O interpretante deixa de ser o sujeito da enunciação (agente estatal) ou o código social⁵²⁸ e se torna o devido processo inscrito na Constituição.

Ou seja, não basta ao órgão judiciário *partir* da Constituição, assegurar às partes oportunidade de dizer e contradizer e nem mesmo elaborar a decisão como resultado lógico (linguístico) da argumentação desenvolvida. Se a decisão se encaminhar por uma *abertura extrassistêmica*⁵²⁹, não terá legitimidade democrática, porque a tentativa de veredicação intradiscursiva, *efetuada pelo retorno à Constituição*, redundará na constatação da violação ao princípio da legalidade.

Desse modo, o que a *comunidade jurídica* proposta por Leal compartilha não são horizontes históricos compostos por expectativas generalizantes em relação a uma comunhão de sentidos consolidada; mas, sim, um “referente lógico-jurídico de testificação das decisões e teorias que se rotulam democráticas”⁵³⁰, que é o *devido processo*. A *metalinguagem* disponibilizada a essa comunidade jurídica dissocia-se do influxo de códigos extradiscursivos meramente *autorreprodutores da cultura*⁵³¹ e caracteriza-se como uma “linguagem argumentativa, para avaliar a correspondência entre sentenças descritivas e fatos”⁵³².

Assim, a teoria neoinstitucionalista logra configurar-se, no atual estágio da pesquisa jurídica, como a de maior teor autocrítico em relação a suas concorrentes, apresentadas nas seções precedentes.

⁵²⁷ LEAL, Rosemiro Pereira. **Teoria geral do processo**: primeiros estudos, p. 108.

⁵²⁸ ALMEIDA, Andréa Alves de. **Espaço jurídico processual na discursividade metalinguística**, p. 87.

⁵²⁹ Como exemplo: basta imaginar uma situação em que ambas as partes argumentem pela necessidade de sopesamento de princípios (ponderação alexyana), cada uma propondo a primazia daquele que lhe atende, e o juiz *arbitre* o resultado pelo *convencimento* logrado por uma das partes.

⁵³⁰ ALMEIDA, Andréa Alves de. **Espaço jurídico processual na discursividade metalinguística**, p. 78.

⁵³¹ LEAL, Rosemiro Pereira. **Processo como teoria da lei democrática**, p. 276.

⁵³² ALMEIDA, Andréa Alves de. **Espaço jurídico processual na discursividade metalinguística**, p. 83.

5.4.2 Institucionalização da participação pelo processo em compreensão neoinstitucionalista: resposta ao segundo teste suscitado no Capítulo 3

Ao final do Capítulo 3, a proposição de incremento da participação pelo acesso à função judicial viu-se apresentada a dois testes. O segundo deles indagava da possibilidade de estabelecer garantias (concretizáveis) de que a participação do cidadão nos procedimentos judiciais assumia caráter vinculativo, com vistas a institucionalizar a conexão entre participação e decisão judicial.

A resposta encontra condições de enunciação a partir da teoria neoinstitucionalista. Essa teoria possibilita o combate aos elementos ideologizantes e icônicos da concepção hegemônica de democracia *sem que se recaia em outra idealidade*. As premissas teóricas enunciadas por Rosemiro Leal não apenas refutam as teses elitistas, utilitaristas e homogeneizantes que erigem uma Cidadania *tutelada* por representantes adequados e *encaminhada* por decretos judiciais ditadores do bem comum. Mais que isso, expõem as estratégias do autoritarismo decisional para valer-se de novas roupagens morais ou éticas.

A teoria neoinstitucionalista rompe com a noção de que teorias culturais, ideologias, análises sociais ou paradigmas históricos possam fundar uma hermenêutica democrática. A linguagem natural não é passível de convolar-se em jurídica pela reiteração de uma fala imemorial, pelo uso tópico-retórico-estratégico da linguagem ou pela predição profética ou técnica do destino da humanidade. O discurso constitucional é, necessariamente, teórico-jurídico e, na matriz do Estado Democrático de Direito, é também *não dogmático*.

Dissociado de influxos pragmáticos e escopos utilitaristas, o processo se afirma na teoria neoinstitucionalista como “recinto di-alógico (crítico-discursivo) de adrede escolha teórica à produção e balizamento do sentido normativo na criação, atuação, aplicação ou extinção do direito”⁵³³. A aptidão juridificante (construtora e reconstrutora da Cidadania) do processo somente se delineia quando os níveis *constituente* (onde está a atividade parlamentar) e *constituído* (onde está a atividade judicante) da lei balizam-se pelos sentidos estabilizados no nível *instituinte*, no qual se instaura o debate em torno da teorização do Estado Democrático de Direito⁵³⁴.

Para que a participação dos interessados não se reduza a mera *presença* de

⁵³³ LEAL, Rosemiro Pereira. **A teoria neoinstitucionalista do processo**: uma trajetória conjectural, p. 43.

⁵³⁴ Conforme sintetiza Andréa Alves de Almeida, na teoria neoinstitucionalista, “a obra se vincula à teoria escolhida no plano instituinte, constituinte e instituído”. (ALMEIDA, Andréa Alves de. **Espaço jurídico processual na discursividade metalinguística**, p. 87.).

destinatários da decisão estatal nos procedimentos, devem estes ser instituídos metodológica e hermenêuticamente a partir das diretrizes da teoria neoinstitucionalista. A processualização encaminhada por esta teoria é o grau de institucionalização procedimental exigido pelo Estado Democrático de Direito, porque toma por premissa intangível da legitimidade decisória a isomenia, instituto de garantia do exercício da prerrogativa de autoinclusão.

5.5 Processo como terceira palavra-chave da concepção de democracia adotada na presente pesquisa: considerações finais do Capítulo

Sem nenhuma pretensão de esgotar os profundos desdobramentos crítico-teóricos implicados na teoria neoinstitucionalista do processo, pode-se afirmar sua autenticidade como proposta de fechamento sistêmico do Direito pela superação da falácia naturalística. Para esta resvalam quaisquer teorias que persistem em elaborar o sentido *deôntico* da normatividade a partir de um domínio *ôntico*. Afinal, pouco importa se este domínio se configura a partir de um elemento teleológico, axiológico, moral ou ético: será ele sempre fruto de uma aquisição histórico-cultural, a encomendar uma normatividade perpetuadora do próprio domínio.

O *processo* em compreensão neoinstitucionalista, tomado como *terceira palavra-chave* da concepção de democracia adotada na presente pesquisa, exige a submissão do exercício da função judicial ao espaço jurídico-processual demarcado de atuação da Cidadania, no qual as decisões que se rotulam democráticas podem ser testificadas⁵³⁵.

Finda a etapa de construção das premissas teóricas necessárias ao desenvolvimento da parte propositiva da presente pesquisa, as três palavras-chave enunciadas ao final dos Capítulos 3, 4 e 5 encaminham uma unívoca concepção de democracia: *processualização da participação jurídica dos interessados como institucionalização da ampla fiscalidade dos atos estatais e da autoinclusão nos direitos fundamentais, prerrogativas constitucionais do povo ativo*. É essa concepção que encaminhará a arguição crítica da função judicial eleitoral brasileira quanto a seu caráter democrático.

⁵³⁵ ALMEIDA, Andréa Alves de. **Espaço jurídico processual na discursividade metalinguística**, p. 78.

6 CARÁTER NÃO DEMOCRÁTICO DA FUNÇÃO JUDICIAL ELEITORAL BRASILEIRA

O presente Capítulo tem por objetivo testar a resistência da hipótese inicial da pesquisa – segundo a qual a função judicial eleitoral brasileira possui severo déficit em relação à principiologia democrática – a partir da concepção de democracia enunciada ao final do Capítulo 5. Essa aferição é promovida em duas etapas, cuja ordem se estabelece a partir dos *níveis da lei* apresentados na teoria neoinstitucionalista do processo.

A primeira etapa detém-se no *nível instituinte da lei*. A abordagem recai, especificamente, sobre a formulação da noção de *processo eleitoral* como geradora de uma principiologia especializada. Essa construção ideologizada será confrontada com as diretrizes da *processualidade democrática*.

A segunda etapa dedica-se ao exame dos *níveis instituídos da lei*: aqueles nos quais a lei é produzida (*nível constituinte*) e aplicada (*nível constituído*). Investiga-se a estruturação legal (e jurisprudencial) dos procedimentos eleitorais vigentes, que se mostra refratária à participação dos interessados, com abordagem das especificidades da *legitimação para agir*, do *interesse jurídico* e da *representação adequada* no âmbito da função judicial eleitoral. Em seguida, são perquiridas as estratégias de manutenção do protagonismo judicial, assegurada por meio de normas que municiam os órgãos judiciais eleitorais com técnicas instrumentalistas e poderes inquisitoriais.

6.1 Processo eleitoral como construção dogmática de recusa ao caráter fundante da processualidade democrática

É sem esclarecimento que a expressão *processo eleitoral* vê-se incorporada ao vocabulário político e jurídico, para referir-se ao campo de atuação dos órgãos judiciários eleitorais, no exercício de suas funções administrativa e judicial, e, ainda, para abarcar o desenrolar da campanha eleitoral no campo político⁵³⁶.

Nessa profusão de usos, fica em geral descartada a construção do sentido da expressão a partir de uma *teoria processual*. O termo *processo*, na expressão *processo eleitoral*, designa preponderantemente uma sucessão de atos bastante variados – como a realização de convenções partidárias, o embate entre os candidatos, o exercício do voto, a diplomação dos eleitos e a cassação de mandatos. A reunião desses atos se faz sob o enfoque

⁵³⁶ Sobre a diversidade de usos da expressão, conferir: PEREIRA, Rodolfo Viana. **Tutela coletiva no direito eleitoral**: controle social e fiscalização das eleições, p. 20-22.

da finalidade última de ocupação dos cargos eletivos.

Rodolfo Viana Pereira assume a tarefa de elucidar o sentido da expressão *processo eleitoral*. O autor principia por identificar duas dimensões usuais adotadas pela literatura: *formação e manifestação da vontade eleitoral* e *controle jurídico-eleitoral*. Em seguida, Pereira passa a sustentar e justificar a necessidade de descarte da expressão com referência ao controle jurídico-eleitoral.

Segundo o autor, não há entre as dimensões referidas na literatura uma relação de gênero e espécie que permita utilizar para ambas a mesma designação. Há, conforme entende, uma relação de acessoriedade, com precedência da primeira: a dimensão de formação e manifestação da vontade eleitoral é “razão fundante” do controle jurídico-eleitoral, que “surge para a prevenção ou correção de distúrbios ocasionados em torno [...] da administração concreta de determinado pleito”⁵³⁷.

Diante da abundância de usos pragmáticos, científico-políticos e jurídico-dogmáticos da expressão *processo eleitoral*, a opção de Pereira é por não utilizá-la para designar seu objeto de estudo, inserido na dimensão do controle jurídico-eleitoral. Desse modo, o autor adota a expressão *sistemas de contencioso eleitoral* para indicar “o conjunto de atos dotados de finalidade de dirimir um litígio de natureza eleitoral”⁵³⁸ e reserva a terminologia *processo eleitoral* apenas como referência “ao conjunto de atos e fases necessários à organização de uma determinada consulta eleitoral concreta”, que resta excluído de sua pesquisa⁵³⁹.

É relevante a preocupação de Pereira em promover uma demarcação terminológica em abertura a seu estudo, sobretudo porque conduzida a partir da problematização da expressão *processo eleitoral*. No entanto, a ausência de cogitação quanto ao impacto das teorias processuais sobre o exercício da função judicial eleitoral leva o autor a desvincular a própria noção de *processo* do espaço de produção das decisões judiciais. Essa opção obsta o fechamento sistêmico do recinto decisional, o que, conforme as premissas desenvolvidas na presente pesquisa, culmina por propiciar a persistência da hermenêutica dogmática⁵⁴⁰. Sem a

⁵³⁷ PEREIRA, Rodolfo Viana. **Tutela coletiva no direito eleitoral**, p. 23.

⁵³⁸ Nota-se que a nomenclatura *contencioso eleitoral* e a noção de acessoriedade deste em relação ao *processo eleitoral* guardam proximidade com a doutrina carnellutiana que atribui à jurisdição a tarefa de promover a justa composição da *lide*, uma vez surgido, no plano material, o conflito de interesses qualificado pela resistência a uma pretensão. Cf. CARNELUTTI, Francesco. **Sistema de direito processual civil**. Trad. Hilomar Martins Oliveira, 1. ed., vol. 1. São Paulo: Classic Book, 2000.

⁵³⁹ PEREIRA, Rodolfo Viana. **Tutela coletiva no direito eleitoral**, p. 23-24.

⁵⁴⁰ Extraí-se da exposição de Rodolfo Pereira a percepção de que, de fato, as operações hermenêuticas podem ser indiscerníveis pelos destinatários da decisão: “não se trata mais de abordar o difícil *modus operandi* da produção decisional, mas apenas de servir ao propósito de cotejar certas ações ou omissões com o referencial

demarcação do espaço processual, abre-se campo para a manutenção da perspectiva instrumentalista do processo e, com esta, para a atuação solipsista dos órgãos judiciais – efeitos que não parecem desejados por Pereira, dada sua contundente defesa do incremento da Cidadania pela potencialização dos procedimentos eleitorais como instância de fiscalização das eleições⁵⁴¹.

José Jairo Gomes⁵⁴² busca resolver a polissemia da expressão *processo eleitoral* desdobrando-a em um *sentido amplo* e um *sentido restrito*. Como resultado de levantamento bibliográfico que realiza, Gomes associa o primeiro sentido a um percurso temporalmente situado entre a realização das convenções partidárias, a partir de 10 de junho do ano eleitoral, e a diplomação dos candidatos eleitos:

Em sentido amplo, “processo eleitoral” significa a complexa relação que se instaura entre Justiça Eleitoral, candidatos, partidos políticos, coligações, Ministério Público e cidadãos com vistas à concretização do sacrossanto direito de sufrágio e escolha, legítima, dos ocupantes dos cargos público-eletivos em disputa. O procedimento, aqui, reflete o intrincado caminho que se percorre para a concretização das eleições, desde a efetivação das convenções pelas agremiações políticas até a diplomação dos eleitos.⁵⁴³

Prossegue o autor afirmando que, durante o lapso de tempo em que são tomadas providências de “concretização das eleições”, é também efetuado o “controle de legitimidade das eleições”, a abranger a “resolução de conflitos eleitorais”⁵⁴⁴. O *processo eleitoral em sentido restrito* se refere a esse controle: o “processo jurisdicional eleitoral (= contencioso eleitoral)”⁵⁴⁵.

Embora tome de empréstimo o termo *contencioso eleitoral*, conforme cunhado por Pereira, Gomes rejeita a relação de acessoriedade referida por aquele. Afirma que, “se assim fosse, o encerramento do processo eleitoral afetaria os processos jurisdicionais pendentes que a ele estivessem relacionados – isso é consectário do vetusto princípio segundo o qual o acessório segue a sorte do principal”⁵⁴⁶. Prefere, então, sustentar a existência de uma relação de continência, compatível com a dicotomia amplo/restrito.

A distinção de Gomes pode ser refutada mesmo por uma crítica imanente, dada sua

constitucional e, em caso de incompatibilidade, prover seu regresso à normalidade”. (PEREIRA, Rodolfo Viana. **Direito constitucional democrático**, p. 258.).

⁵⁴¹ Essa proposta será apresentada na subseção 6.2.6.1. Desde logo, propugna-se a necessidade de conectar os significativos aportes ofertados por Pereira à compreensão da processualidade democrática.

⁵⁴² GOMES, José Jairo. **Direito eleitoral**, p. 203-206.

⁵⁴³ GOMES, José Jairo. **Direito eleitoral**, p. 204.

⁵⁴⁴ GOMES, José Jairo. **Direito eleitoral**, p. 204-205.

⁵⁴⁵ GOMES, José Jairo. **Direito eleitoral**, p. 205.

⁵⁴⁶ GOMES, José Jairo. **Direito eleitoral**, p. 205.

insuficiência para lograr atender ao que se propõe.

Primeiro, não se sustenta cientificamente que o desdobramento de um termo mais genérico (*processo eleitoral*) em duas espécies se faça por dois critérios distintos, a saber, um temporal (sentido amplo: período entre 10 de junho e a diplomação) e um finalístico (sentido estrito: o objetivo de resolução de conflitos).

Segundo, falece sustentáculo à relação de continência sugerida, pois o próprio autor afirma que a resolução de conflitos pode *extrapolar* os limites temporais que demarcam o processo eleitoral em sentido amplo⁵⁴⁷.

Terceiro, o recorte temporal adotado não cumpre o intento de reunir no *processo eleitoral em sentido amplo* todas as etapas de formação e manifestação da vontade eleitoral, porque desconsidera atos fundamentais para a constituição dos colégios eleitorais e das candidaturas que ocorrem *antes* do período das convenções eleitorais⁵⁴⁸.

Quarto, o sentido de *processo eleitoral em sentido restrito* não é unívoco. A princípio, Gomes o identifica como o *contencioso eleitoral* enunciado por Pereira, ou seja, como atividade destinada a dirimir litígios. No entanto, adiante Gomes afirma que o processo eleitoral em sentido restrito pode se desenvolver tanto “em sua feição clássica, em que se divisa uma relação triangular”, quanto “na forma de relação linear”, exemplificada esta com o pedido de registro de candidatura⁵⁴⁹. A inclusão de procedimentos eleitorais não caracterizados por uma *pretensão resistida* – de que é exemplo, precisamente, o requerimento de registro de candidatura homologado sem oposição – no âmbito do *processo eleitoral em sentido restrito* torna insustentável a tentativa de caracterizá-lo a partir do objetivo judicante de *resolver conflitos*.

Para além dessa crítica imanente, são cabíveis as objeções já apresentadas, concernentes à não cogitação de uma teoria processual como necessária à demarcação do sentido de processo eleitoral. Constata-se, diante dessas objeções, que o *processo eleitoral em sentido restrito* apenas indica a realização de atividade judicial eleitoral, por recurso a uma mescla de *judicação* com *processo* que oblitera a reflexão sobre o modo de atuação dos órgãos judiciários eleitorais. Por sua vez, o *processo eleitoral em sentido amplo* deve mais apropriadamente ser designado por *período eleitoral*, expressão adequada para nominar um recorte temporal.

⁵⁴⁷ GOMES, José Jairo. **Direito eleitoral**, p. 205.

⁵⁴⁸ Por exemplo, o requerimento de alistamento e transferência eleitorais e o encaminhamento de listagem de filiados a partidos.

⁵⁴⁹ GOMES, José Jairo. **Direito eleitoral**, p. 205.

Esses apontamentos não constituem preciosismo. O uso ambíguo da expressão *processo eleitoral* e sua compreensão *a partir* de um período de tempo no qual é provocada a atuação da atividade judicial eleitoral repercutem sobre as diretrizes de estruturação dos procedimentos eleitorais. Estes passam a ser pensados primordialmente para acompanhar o curso do tempo cronológico das eleições e dos mandatos. A justificativa de remoção das intercorrências que retardam a definição da ocupação dos cargos eletivos recusa caráter fundante aos princípios institutivos da processualidade democrática (contraditório, ampla defesa e isonomia). É o que transforma o compromisso com a *celeridade* em trunfo *flexibilizatório* do devido processo legal.

Nesse sentido se desenvolve a crítica de Edilene Lôbo: “na jurisdição eleitoral [...] não existe processo jurisdicional, senão atos de autoridades judiciais, muitas vezes unilaterais, na condução das disputas eleitorais [...], mera atividade judicial aviada em procedimentos sem processo”⁵⁵⁰. A autora se distingue por promover a reflexão acerca da função judicial eleitoral a partir de um modelo constitucional de processo – ao qual busca, ainda, assimilar aportes da teoria neoinstitucionalista⁵⁵¹. Nesse viés, Lôbo considera a celeridade uma “tendência autoritária na aplicação do direito eleitoral”, fruto do mesmo utilitarismo processual que, no âmbito penal, conduz à supressão de direitos fundamentais do processo em nome da eficiência estatal⁵⁵². Em sua análise:

[...] os problemas verificados no sistema penal quanto à urgência podem muito bem ser comparados aos do processo jurisdicional eleitoral. Lá como aqui, há a preocupação exacerbada com a produção legislativa e, com ela, a pressa em se ter decisões condenatórias, para que se combatam as infrações e seja a sociedade livrada dos escândalos cotidianos. Mas tem-se aprendido, a cada nova crise e a cada novo escândalo, que a saída é a incessante busca pela implementação dos direitos fundamentais [...]. Por isso, [...] não se entende possível enquadrar a celeridade como princípio diretivo do processo jurisdicional eleitoral, na medida em que sua aplicação tem servido à redução da cognição.⁵⁵³

O autoritarismo também se apoia na persistente atribuição de um papel tutelar aos órgãos judiciais eleitorais, a ser exercitado na indemarkada dimensão do *processo eleitoral*. A noção de que a função judicial eleitoral é exercida em caráter *acessório* à organização das

⁵⁵⁰ LÔBO, Edilene. **A inclusão do cidadão no processo eleitoral**, p. 18.

⁵⁵¹ Nesse particular, deve-se registrar que, conforme exposto no Capítulo 5, a teoria neoinstitucionalista rompe radicalmente com o modelo constitucional de processo, o que torna inconciliáveis suas propostas. Ademais, a crítica desenvolvida ao procedimentalismo dialógico (habermasiano) impede que se concorde com a afirmação de que “o paradigma constitucional vigente” louva “a teoria discursiva no modelo procedimentalista, admitindo-a como base da construção do direito pelo devido processo legislativo”. (LÔBO, Edilene. **A inclusão do cidadão no processo eleitoral**, p. 19.).

⁵⁵² LÔBO, Edilene. **A inclusão do cidadão no processo eleitoral**, p. 97-98.

⁵⁵³ LÔBO, Edilene. **A inclusão do cidadão no processo eleitoral**, p. 100.

eleições ou que é *contida* no quadro mais amplo do período eleitoral favorece uma atuação sincrética dos órgãos judiciários eleitorais, justificados a se portarem como administradores judicialiformes⁵⁵⁴ mesmo quando exercem função propriamente judicial. É o que sustenta Fávila Ribeiro, ao estatuir que:

A Justiça Eleitoral convenceu e está consolidada na organização política brasileira, estando equipada com empório diversificado de atribuições, o que lhe confere muita versatilidade, em atos típicos executivos, jurisdicionais e normativos, adotando as medidas que se fizerem necessárias para o respeito à escoreita vontade do povo, comprovando a autenticidade da ordem democrática estabelecida. E o êxito da missão da Justiça Eleitoral se amplia e ganha maiores lastros históricos quanto mais se dispu[s]er a sair da inércia, tendo que entrar em campo, por seus próprios impulsos, se outros faltarem, para evitar o envilecimento da disputa eleitoral, cumprindo assumir posição preventiva e mais espontânea, não deixando conspurcar a vontade do eleitorado, pelas formas ardilosas, sofisticadas e também mais ousadas, aumentando, assim, o desafio que lhe assiste enfrentar, com o ânimo combativo e dignificante desempenho.⁵⁵⁵

A adesão a essa vertente flexibilizatória leva José Jairo Gomes a suscitar a existência de *princípios processuais eleitorais*, dentre os quais: a) a *celeridade*: “nessa seara, a demora exagerada do processo pode significar a inutilidade do provimento jurisdicional; b) o *impulso oficial*, que acarreta notório “alargamento dos poderes instrutórios do magistrado”; c) a *instrumentalidade do processo*: este deve ser manejado como meio destinado a concretizar os “fins e resultados” almejados pela lei eleitoral; d) a *persuasão racional do juiz*, a alcançar uma dimensão extraprocessual de formação do *convencimento*: nos procedimentos eleitorais, abre-se exceção à ideia de que “o juiz deve ater-se ao mundo dos autos”, porque “dadas a natureza e as peculiaridades do processo eleitoral, [...] para decidir as lides eleitorais, há mister que o magistrado esteja sintonizado com o contexto político ao seu redor, sob pena de cometer injustiças”⁵⁵⁶.

A superação das apontadas tendências autoritárias não se faz sem o abandono da própria noção de *processo eleitoral*, que é fruto de um *sincretismo proceduralista* do qual se extraem supostas exigências de envolvimento social do juiz e de sumarização dos procedimentos.

A assimilação da concepção de processo proposta pela teoria neoinstitucionalista como *instituição constitucionalizada* de fiscalidade pela veredicação entre texto e discurso conduz à impropriedade da formulação de diversos *tipos de processo* relacionados à

⁵⁵⁴ A compreensão de administrador judicialiforme foi apresentada na seção 2.2.

⁵⁵⁵ RIBEIRO, Fávila. **Pressupostos constitucionais do direito eleitoral**: no caminho da sociedade participativa, p. 133.

⁵⁵⁶ GOMES, José Jairo. **Direito eleitoral**, p. 50-52.

variabilidade das providências judiciais cometidas aos órgãos judiciários. A igualdade institucional entre Cidadania e Estado impõe a precedência instituinte de uma principiologia processual democrática una e constitucionalizada. Essa principiologia é, portanto, impassível de flexibilização conforme *ramos* – ou *microssistemas*, como propugnado pelo modelo constitucional de processo de Andolina e Vignera – estrategicamente elaborados com vistas à *otimização* (melhor instrumentalização) da judicção.

Contraditório, ampla defesa e isonomia são princípios institutivos do processo, que, como tais, determinam a estruturação dos procedimentos e vinculam a legitimidade da atividade decisória. Direitos fundamentais processuais, diretamente emanados da Constituição, não se sujeitam a dimensionados conforme sua potencialidade para ameaçar a efetividade instrumental das decisões judiciais. Descabe, portanto, perquirir *peculiaridades* capazes de exigir a especialização de uma *principiologia processual eleitoral* apta a liquidar *conflitos* surgidos em uma agigantada *esfera pública*.

Logo, não há sustentáculo teórico para a adoção da expressão *processo eleitoral*⁵⁵⁷ como indicativo de um *ramo* especializado do processo. *O que há são procedimentos eleitorais, os quais, para serem democráticos, devem ser construídos no espaço processual previamente demarcado a partir da estabilização do discurso constitucional pelos binômios contraditório-vida, ampla defesa-dignidade e isonomia-igualdade.*

6.2 Técnicas de restrição à participação nos procedimentos eleitorais

Indagar da restrição à participação nos procedimentos eleitorais é cogitar dos obstáculos legais e judiciais ao exercício da prerrogativa de autoinclusão no que concerne à pretensão de atribuição, modificação e extinção de direitos políticos e a segurança a seu exercício. A organização do argumento se inicia pela distinção entre procedimentos eleitorais individuais e coletivos, a partir da perspectiva de objetivação dos procedimentos⁵⁵⁸.

6.2.1 Distinção entre procedimentos eleitorais individuais e coletivos

Ao final do Capítulo 2, restou estabelecido que a função judicial eleitoral somente é exercida em alguns dos procedimentos judiciais de competência dos órgãos judiciários

⁵⁵⁷ Tampouco há sustentáculo para expressões como *processo civil, penal, do trabalho, tributário*.

⁵⁵⁸ Cf. subseções 4.3.3 e 4.3.4.1.

eleitorais, nos quais são determinadas as seguintes providências: a) habilitação ao exercício de direitos políticos; b) imposição de restrições a direitos políticos; c) determinação de medidas destinadas a restabelecer o equilíbrio da disputa eleitoral; d) cassação de ato de autoridade abusivo ou ilegal que assegure o exercício de direito político líquido e certo; e) rescisão de decisão irrecorrível que houver concluído pela inelegibilidade.

Os direitos políticos são direitos fundamentais que concernem à participação política em geral e, especificamente, à eleição de detentores de mandatos eletivos. Nem por isso tem-se, *a priori*, que todos os procedimentos eleitorais são coletivos. Conforme exposto na subseção 4.3.4.1, o critério determinante para definição do procedimento como individual ou coletivo é a providência judicial almejada.

Assim: a) são individuais os procedimentos em que o interessado pretenda a obtenção de providência judicial eleitoral cujo gozo e exercício lhe caberão com exclusividade⁵⁵⁹; b) são coletivos os procedimentos em que o interessado pretende uma providência judicial eleitoral que repercuta, favorável ou desfavoravelmente, sobre os membros de uma coletividade.⁵⁶⁰

Passa-se à identificação dos procedimentos eleitorais individuais e coletivos, organizados no seguinte quadro:

QUADRO 5 – PROCEDIMENTOS ELEITORAIS INDIVIDUAIS E COLETIVOS

PROCEDIMENTO	ATIVIDADE JUDICIAL ELEITORAL	PROVIDÊNCIA REQUERIDA
Individual	Determinação de medidas destinadas a restabelecer o equilíbrio da disputa eleitoral	Suspensão de veiculação da propaganda; perda de tempo de propaganda; direito de resposta; proibição de divulgação de pesquisa eleitoral.
Individual com possibilidade de coletivização	Habilitação ao exercício de direitos políticos	Deferimento de alistamento e transferência eleitorais, registro do estatuto do partido político, registro de candidatos.
	Rescisão de decisão transitada em julgado	Rescisão de decisão irrecorrível que houver concluído pela inelegibilidade.
Coletivo	Imposição de restrições a direitos políticos	Indeferimento do registro de candidatura; cassação de registro de candidatura, diploma e mandato eletivo; declaração de inelegibilidade; anulação do diploma; cancelamento de registro de partidos políticos.
Conforme o alcance da segurança	Concessão de segurança em mandado de segurança	Cassação de ato de autoridade abusivo ou ilegal que provoque lesão ou ameaça a direito político líquido e certo.

Fonte: Elaborado pela autora

⁵⁵⁹ Considerada a marcante dimensão sancionadora da função jurídica eleitoral, deve-se atentar para o fato de que a proteção aos direitos políticos visados pode se dar pela imposição de sanções à contraparte, como é o caso das providências destinadas a reparar a isonomia entre candidatos.

⁵⁶⁰ A repercussão sobre os membros da coletividade envolve a consideração de interesses convergentes ou antagônicas que, mesmo ignorados pela vigente estipulação legal de *limites da lide*, são atingidas pela decisão.

Vê-se que a técnica procedimental – o *rito* adotado – não é determinante para definição do procedimento como individual ou coletivo⁵⁶¹. Tomada a autoinclusão como possibilidade de que cada pessoa promova sua própria inserção na ordem jurídica, é a dimensão individual ou coletiva da providência judicial demandada que deve orientar a elaboração da técnica procedimental adequada⁵⁶².

6.2.1.1 Procedimentos eleitorais individuais

Os procedimentos que objetivam a suspensão de veiculação da propaganda, a perda de tempo de propaganda, a concessão de direito de resposta e a proibição de divulgação de pesquisa eleitoral. Essas providências somente conservam utilidade caso determinadas no curso das campanhas eleitorais⁵⁶³, porque incidem especificamente sobre o tempo e a veiculação da propaganda eleitoral do candidato que faz uso de modalidades vedadas.

Ressalte-se que, embora todo o eleitorado seja destinatário da propaganda eleitoral, os eleitores não encontram, *nas providências referidas*, implementação do exercício ou gozo de seus próprios direitos fundamentais⁵⁶⁴. Trata-se de medidas compensatórias em favor dos adversários do infrator, que buscam amortizar o benefício indevidamente auferido ou impedir a auferição desse benefício. Assim, na perspectiva adotada na pesquisa, são providências de alcance individual.

6.2.1.2 Procedimentos eleitorais individuais com possibilidade de coletivização

Instauram-se como procedimentos individuais aqueles destinados à habilitação ao exercício de direitos políticos e à rescisão de decisão irrecorrível que houver concluído pela

⁵⁶¹ Como, aliás, não o foi para a identificação da providência judicial como eleitoral ou não eleitoral (cf. seção 2.3).

⁵⁶² Essa reflexão será retomada no Capítulo 7.

⁵⁶³ É o que Rodolfo Viana Pereira denomina *contencioso pré-eleitoral*. (PEREIRA, Rodolfo Viana. **Tutela coletiva do direito eleitoral**, p. 25.).

⁵⁶⁴ Cite-se, por exemplo, a concessão de direito de resposta por ofensa veiculada nos meios de comunicação social, durante a programação normal destes ou no horário eleitoral gratuito (BRASIL. **Lei n. 9.504, de 30 de setembro de 1997**, art. 58). A caracterização da ofensa depende precipuamente, de que a pessoa se considere atingida por afirmações difamatórias, caluniosas ou inverídicas proferidas no contexto das eleições. A concessão da resposta atribui ao ofendido oportunidade para contestar as imputações que lhe são feitas, de modo que somente este pode exercer o direito decorrente da providência judicial. Os destinatários da propaganda, caso reivindicassem a cessão de tempo do ofensor para pronunciamento do candidato que consideram atingidos, estariam pleiteando providência que extrapola o exercício da prerrogativa de autoinclusão, visto que não poderiam, diretamente, usufruir do tempo de propaganda para sua própria manifestação.

inelegibilidade. As providências neles requeridas referem-se ao gozo dos *stati* de eleitor, candidato, partido político ou cidadão elegível. Esse gozo é exclusivo das pessoas físicas e jurídicas que os tenham reconhecidos.

Em um segundo nível, essas providências repercutem na composição do eleitorado da circunscrição, na formação do rol de candidatos disponíveis para a escolha do eleitorado, na criação de um partido ao qual se pode pretender a filiação. Mas esses efeitos somente se produzem caso, primeiramente, seja acolhida a pretensão individual em ostentar os *stati* acima referidos.

Essa constatação produz duas diretrizes de avaliação quanto à atuação, no procedimento individual para a habilitação de direitos políticos, de pessoa *diversa* da que irá ostentar o *status* requerido.

A primeira diretriz diz respeito à *formulação do requerimento de habilitação aos direitos políticos ou rescisão do julgado* pelo terceiro que se autoproclama interessado. Nesse caso, a providência requerida extrapola o exercício da prerrogativa de autoinclusão do interessado. Portanto, somente encontra chance de êxito se estiver respaldado por norma extraordinária que lhe atribua a atuação como substituto processual⁵⁶⁵. Isso não altera o caráter individual do procedimento, aqui definido a partir da providência objetivada, vez que o substituto não exercerá, ele próprio, as faculdades decorrentes do direito atribuído.

A segunda diretriz concerne à *oposição ao requerimento de habilitação aos direitos políticos ou rescisão do julgado* por parte do terceiro autoproclamado interessado. É inadequado conceber essa oposição dentro do conceito carnellutiano de *lide*⁵⁶⁶, porque a providência eleitoral, por não ser um bem jurídico de dimensão patrimonial, não constitui um objeto em disputa; uma *coisa litigiosa* que o terceiro pretende haver para si. A oposição ao deferimento da providência encaminha o exercício da cidadania do interessado: o exercício da fiscalidade da produção da decisão judicial.

É o *modo* de exercício dessa oposição, e não o sujeito que a exercita, que estabelece a pertinência da participação. Se a argumentação remeter a discussão ao segundo nível de

⁵⁶⁵ Cabe uma reflexão, para que não se enverede o raciocínio por cogitações acerca do *interesse de agir*. Se um eleitor instaura um procedimento para, por exemplo, requerer o deferimento da candidatura de determinado filiado escolhido em convenção, ao argumento de que pretende tê-lo como candidato habilitado a receber seu voto, estaria, objetivamente, buscando constituir o *status* de candidato para *terceiro*. É de se ver que o interesse manifestado – a pretensão de votar em determinado candidato – concerne à esfera psicológica do interessado e não se encontra submetida à avaliação judicial. A ausência de êxito de sua pretensão se dá porque esta, objetivamente considerada, extrapola o exercício da prerrogativa de autoinclusão do interessado, sem que, nesse caso, haja norma de substituição processual a respaldar tal atuação.

⁵⁶⁶ CARNELUTTI, Francesco. **Sistema de direito processual civil**. Trad. Hilomar Martins Oliveira, 1. ed., vol. 1. São Paulo: Classic Book, 2000.

produção de efeitos da decisão judicial – por exemplo, a legitimidade do rol de candidatos – o interessado ingressa na instância decisional, da qual não pode ser excluído. Assim, há possibilidade de que um procedimento instaurado como individual tenha seu objeto – a providência pretendida – coletivizado, aspecto que será aprofundado no Capítulo 7.

6.2.1.3 Procedimentos eleitorais coletivos

O grupo de providências que constituem imposição de restrições a direitos políticos constitui o reflexo coletivizado dos procedimentos referidos na subseção anterior⁵⁶⁷. A atuação do interessado se insere na dimensão da fiscalidade dos atos estatais reconhecida ao povo ativo, especificamente no que concerne à legitimidade das candidaturas, das eleições e de seus resultados. O exercício da cidadania pela atuação em procedimentos processualizados é permanente e deflui da Constituição, razão pela qual não pode ser contingenciado a etapas específicas. Tanto o registro de candidatura, quanto a condução da campanha e, enfim, da obtenção do mandato encontram-se submetidos à ampla fiscalização dos interessados.

O cancelamento de registro de partidos políticos, também incluído no rol de imposições de restrições a direitos políticos, possui dimensão coletiva. O interessado que suscita a ocorrência de alguma das infrações descritas no art. 28 da Lei n. 9.096/1995 instaura o debate quanto à legitimidade do exercício da atividade político-partidária. A providência de cancelamento repercute não apenas sobre a pessoa jurídica, mas sobre a coletividade de filiados do partido político, que serão inevitavelmente afetados caso cancelado o registro deste.

6.2.1.4 Peculiaridade da segurança ao exercício dos direitos políticos

A repercussão da cassação de ato de autoridade abusivo ou ilegal em mandado de segurança pode se dar limitadamente ao indivíduo ou então estender-se a uma coletividade. Nesse caso, a caracterização do procedimento como individual ou coletivo fica a depender do alcance da segurança. As hipóteses de ocorrência são incontáveis.

⁵⁶⁷ Segundo a opção legislativa vigente, o questionamento da legitimidade da candidatura e a pretensão de cancelamento do registro de partido político não se encaminham no bojo de procedimento já instaurado para requerimento da candidatura ou do registro do partido, mas por via autônoma. Existem ainda procedimentos previstos para cada específica etapa do período eleitoral, os quais serão abordados no Capítulo 7, com vistas a sua confrontação com o modelo da ação temática.

Para ilustrar a distinção, tome-se o exemplo, bastante frequente, de juiz eleitoral que, determinados a conter *abusos* da propaganda eleitoral, pratica dois atos, no exercício de seu poder de polícia, ambos fundamentados no *interesse público* de contenção da poluição visual: ordena o recolhimento de todas as placas de propaganda de determinado candidato e expede portaria proibindo a utilização de placas na propaganda em geral.

Ambos os atos são em tese ilegais, por afrontarem diretamente a estipulação do art. 41 da Lei n. 9.504/1997⁵⁶⁸, e podem, assim, ensejar a impetração de mandado de segurança. Todavia, no primeiro caso, o procedimento é individual, porque a segurança requerida somente pode beneficiar o candidato cujo material foi objeto da ordem de recolhimento. No segundo, o procedimento é coletivo, porque a dimensão da segurança a ser determinada alcança todos os candidatos, igualmente impedidos de fazer uso do meio lícito de propaganda.

6.2.1.5 Redução do foco da pesquisa por um corte arbitrário

Agrupados os procedimentos eleitorais conforme seu caráter individual ou coletivo, a pesquisa se vale de um corte arbitrário em seu objeto de investigação: trata-se do descarte dos procedimentos eleitorais individuais e do mandado de segurança, seja este individual ou coletivo.

As premissas teóricas desenvolvidas na pesquisa são a eles inteiramente aplicáveis, mas os limites deste trabalho demandam a concentração da problematização naqueles procedimentos que podem se beneficiar das propostas a serem apresentadas no Capítulo 7⁵⁶⁹. Ou seja, sem negar a necessidade de compatibilização de todos os procedimentos eleitorais com a matriz instituinte do Estado Democrático de Direito, a investigação passa a se concentrar no tratamento de questões *coletivas* e para a condução da *cognição exauriente*.

Como fechamento à abordagem dos procedimentos eleitorais individuais, dedica-se uma breve subseção à análise das normas que regulam sua instauração.

⁵⁶⁸ “A propaganda exercida nos termos da legislação eleitoral não poderá ser objeto de multa nem cerceada sob alegação do exercício do poder de polícia ou de violação de postura municipal [...]” (BRASIL. **Lei n. 9.504, de 30 de setembro de 1997**, art. 41.).

⁵⁶⁹ Essa redução do foco da pesquisa não se impunha em momento anterior. Afinal, a reflexão sobre os procedimentos ora descartados permitiu delinear o panorama da função judicial eleitoral e sustentar que as questões coletivas podem aflorar de procedimentos instaurados como individuais. Esse último aspecto será retomado na abordagem da formação participada do mérito nos procedimentos coletivos, no Capítulo 7.

6.2.2 Apontamentos sobre as normas vigentes aplicáveis à instauração dos procedimentos eleitorais individuais

Nesta etapa, apresentam-se as técnicas procedimentais adotadas pela legislação vigente para o encaminhamento daquelas providências assinaladas *supra* como caracterizadoras de procedimentos individuais (passíveis ou não de coletivização). Por esse cotejo, faz-se possível avaliar se a legislação é manejada como modo de legitimação de parâmetros excludentes ou restritivos da participação dos interessados.

QUADRO 6 – TÉCNICAS VIGENTES APLICÁVEIS À INSTAURAÇÃO DOS PROCEDIMENTOS ELEITORAIS INDIVIDUAIS

PROVIDÊNCIA	TÉCNICA VIGENTE	APONTAMENTOS SOBRE A DINÂMICA PROCEDIMENTAL
Alistamento e transferência eleitorais	Requerimento de Alistamento Eleitoral (RAE)	Proposto pela pessoa que pretende inscrever-se eleitora ou transferir sua inscrição (Lei 6.996/82, art. 5º)
Registro do estatuto de partido político	Requerimento de Registro do Estatuto	Proposto pela pessoa jurídica, já constituída, que pretende obter o registro (Lei n. 9.096/1995, art. 9º).
Registro de candidatos	Requerimento de Registro de Candidatura (RRC) e Requerimento Individual de Registro de Candidatura (RRCI)	No primeiro momento, somente o partido político pode atuar, pela propositura do RRC (Lei n. 9.504/1997, art. 11, <i>caput</i> c/c inc. II). Em caso de inércia do partido, abre-se a oportunidade para que a pessoa física apresente o RRCI (Lei n. 9.504/1997, art. 11, §4º).
Suspensão de veiculação da propaganda; perda de tempo de propaganda; proibição de divulgação de pesquisa eleitoral.	Representação Eleitoral (RP)	Faculdade de propositura atribuída legalmente aos partidos políticos e candidatos (Lei n. 9.504/1997, art. 96, <i>caput</i>). O TSE, por via de decisões em casos concretos ⁵⁷⁰ , tem afirmado a prerrogativa do Ministério Público Eleitoral para propor a representação por propaganda eleitoral irregular, em todas as suas modalidades, como inferência de sua atribuição de fiscalização das eleições ⁵⁷¹ .
Direito de resposta	Representação Eleitoral (RP)	Proposta pelo ofendido ou “seu representante” – tecnicamente, o <i>substituto processual</i> do candidato ofendido, que é o partido ou coligação pelo qual concorre (Lei n. 9.504/1997, art. 58, §1º).
Rescisão de decisão irrecorrível que houver concluído pela inelegibilidade	Ação Rescisória (prevista no Código de Processo Civil)	Faculdade de propositura atribuída ao inelegível, ao “terceiro juridicamente interessado” e ao Ministério Público Eleitoral (aplicação subsidiária do CPC, art. 487, com as adequações cabíveis).

Fonte: Elaborado pela autora

Cabe um comentário sobre a precedência conferida ao partido político para requerer o registro de candidatura. A atuação do partido configura substituição processual em relação

⁵⁷⁰ cf. Acórdãos TSE n. 39/1998, 15.805/1999, 2.744/2001, 19.890/2002 e 5.856/2005.

⁵⁷¹ “Art. 72. Compete ao Ministério Público Federal exercer, no que couber, junto à Justiça Eleitoral, as funções do Ministério Público, atuando em todas as fases e instâncias do processo eleitoral.” (BRASIL. **Lei Complementar n. 75, de 20 de maio de 1993**. Dispõe sobre a organização, as atribuições e o estatuto do Ministério Público da União. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp75.htm>. Acesso em: 14 jan. 2014, art. 72.).

à pessoa física a ser lançada como candidato. A ordenação atende à finalidade prática de permitir a apresentação conjunta de todos os requerimentos de registro. Contudo, descartada a noção de *interesse coletivo* (do partido político), evidencia-se que não ha fundamento teórico, compatível com a linha desenvolvida nesta pesquisa, para essa primazia da atuação do partido⁵⁷².

Reafirme-se que, mesmo quanto aos procedimentos individuais, não é possível declarar a *ausência de interesse* de qualquer pessoa que pretenda discutir as questões neles tratados, porque a condição de interessado é autoproclamada. Apesar disso, a aptidão para requerer providências que repercutem sobre os *stati* políticos de terceiro depende da previsão de substituição processual, pois não decorre diretamente da prerrogativa cidadã de autoinclusão.

A recusa à abordagem da atuação do terceiro sob o ângulo do *interesse de agir* ou da *legitimidade ativa* conduz, todavia, à impropriedade da expressão *carência de ação* para se referir à provocação da função judicial por parte daquele que não indicado como substituto processual. A decisão de extinção do processo sem resolução do mérito decorre da inaptidão – inépcia – da ação para lograr os efeitos pretendidos, o que nada altera na sua condição autoproclamada de interessado.

Assim, o que se colhe da análise ora efetuada é que as normas que regulamentam a instauração dos procedimentos eleitorais individuais, à exceção do temporário impedimento ao filiado escolhido em convenção para requer seu próprio registro de candidatura, não se destinam a legitimar restrições à inafastabilidade da jurisdição.

6.2.3 Normas vigentes aplicáveis à instauração dos procedimentos judiciais eleitorais coletivos

A presente subseção apresenta as técnicas procedimentais adotadas pela legislação vigente para o encaminhamento das providências assinaladas *supra* como caracterizadoras de procedimentos coletivos. É feito um introdutório cotejo desses procedimentos com a principiologia democrática, a ser aprofundado nas subseções seguintes.

⁵⁷² Os efeitos dessa restrição à atuação são minimizados porque o candidato não tem ele excluída a faculdade de requerer o próprio registro, em caso de inércia da agremiação, nem virá a suportar qualquer ônus decorrente da postergação da protocolização do requerimento.

QUADRO 7 – TÉCNICAS VIGENTES APLICÁVEIS À INSTAURAÇÃO DOS PROCEDIMENTOS ELEITORAIS COLETIVOS

PROVIDÊNCIA	TÉCNICA VIGENTE	APONTAMENTOS SOBRE A DINÂMICA PROCEDIMENTAL
Indeferimento do registro de candidatura	Ação de Impugnação ao Registro de Candidatura (AIRC)	Faculdade de agir legalmente atribuída ao candidato, partido político, coligação e Ministério Público Eleitoral (Lei Complementar n. 64/1990, art. 3º).
Cassação de registro de candidatura ou diploma	Ação de Investigação Judicial Eleitoral (AIJE)	Faculdade de agir legalmente atribuída ao candidato, partido político, coligação e Ministério Público Eleitoral (Lei Complementar n. 64/1990, art. 22).
Cassação do mandato eletivo	Ação de Impugnação do Mandato Eletivo (AIME)	Não há previsão legal expressa de legitimados à propositura (Constituição, art. 14, §10; Código Eleitoral, art. 262). O TSE, por via jurisprudencial, determina a aplicação analógica do rol de legitimados da AIJE, uma vez que “não têm legitimidade <i>ad causam</i> os apenas eleitores” ⁵⁷³ .
Anulação do diploma	Recurso Contra a Expedição de Diploma (RCED)	
Cancelamento do registro de partidos políticos	Requerimento de Cancelamento do Registro	Instauração do procedimento “à vista de denúncia de qualquer eleitor, de representante de partido, ou de representação do Procurador-Geral Eleitoral” (Lei n. 9.096/1995, art. 28, §2º)
Declaração de inelegibilidade	Arguição de Inelegibilidade	Apresentada no curso do procedimento de registro de candidatura. Não há estipulação legal ou jurisprudencial a respeito do rol de legitimados (Lei Complementar n. 64/1990, art. 2º).

Fonte: Elaborado pela autora

A abordagem da restrição à participação nos procedimentos eleitorais judiciais coletivos brasileiros parte da premissa, já fundamentada, de que a participação democrática constitucionalmente configurada exige a disponibilização desses procedimentos ao povo ativo para amplo exercício da prerrogativa de fiscalidade dos atos produzidos no exercício da função judicial eleitoral. No entanto, o exame da legislação vigente aponta para a existência de severa inobservância a essa exigência.

No que concerne à Ação de Impugnação ao Registro de Candidatura e à Ação de Investigação Judicial Eleitoral, procedimentos regulamentados após a vigência da Constituição de 1988, a atividade legislativa restringiu a faculdade de propositura a representantes adequados nominalmente indicados, legitimando a exclusão dos interessados.

Quanto à Ação de Impugnação ao Mandato Eletivo e ao Recurso Contra a Expedição de Diploma, a ausência de previsão legal de rol de legitimados ativos deveria propiciar o reconhecimento da incidência, direta e desembaraçada – porque não turvada por regras legais restritivas inconstitucionais – da ampla legitimidade para agir, decorrente da inafastabilidade da jurisdição. Não obstante, conforme indicado no quadro, o próprio TSE

⁵⁷³ BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. Recurso Especial Eleitoral n. 11835, Relator Min. Torquato Lorena Jardim. Acórdão de 09 jun. 1994. Publicado no Diário de Justiça em 29 jul 1994, p. 18429. In: **Revista de Jurisprudência do TSE**, v. 6, tomo 3, p. 132.

replicou para esses procedimentos a diretriz excludente da Ação de Impugnação ao Registro de Candidatura e da Ação de Investigação Judicial Eleitoral, o que consolida a imunização das violações judiciais à prerrogativa de autoinclusão dos interessados nos procedimentos eleitorais coletivos.

Aparentes exceções a esse modelo restritivo de propositura concernem à possibilidade de instauração do procedimento de cancelamento de registro partidário e à apresentação de “arguição de inelegibilidade” no curso do procedimento de registro de candidatura.

Todavia, em ambos os casos, a atuação dos cidadãos não recebe reconhecimento legal de ato provocativo do exercício vinculado da função judicial eleitoral. A *denúncia* de práticas ilícitas de partidos políticos pelo eleitor, ao contrário daquela apresentada pelo Procurador-Geral Eleitoral, *não* constitui uma *representação* (petição inicial), mas notícia “à vista” da qual o TSE *inicia* o procedimento de cancelamento. A arguição de inelegibilidade *não* instaura a Ação de Impugnação ao Registro de Candidatura, consistindo também em mera notícia, desprocessualizada e, mesmo, desprocedimentalizada, que fica disponível como um elemento de conhecimento do próprio juiz no julgamento do RRC.

Assim, a técnica procedimental vigente, de inspiração inquisitorial, converte essas modalidades de participação dos interessados em uma medida auxiliar à atuação discricionária da autoridade judiciária. No que concerne ao cancelamento de registro partidário, nota-se ainda a falta de menção à possibilidade de que os filiados do partido político ingressem, ao menos, como litisconsortes.

Sobressai, por conseguinte, a adoção do modelo de representação adequada nos procedimentos eleitorais coletivos, em violação permanente à matriz instituinte do Estado Democrático de Direito.

O que é bastante peculiar na indicação dos representantes adequados dos procedimentos eleitorais coletivos é a lógica destinada a desconectar o *interesse jurídico* nos procedimentos eleitorais do interesse *político* do próprio eleitorado. Essa lógica reclama desvendamento e crítica.

6.2.4 *Representação adequada nos procedimentos judiciais eleitorais coletivos: entre a idealização do interesse coletivo e a patrimonialização da disputa eleitoral*

Na conformação legal e jurisprudencial do modelo de representação adequada eleitoral, entremeiam-se as matrizes do pensamento liberal e do socialismo jurídico.

Da democracia liberal, sorve-se a ideia de condução elitizada das decisões públicas, que coloca partidos políticos, coligações e candidatos como portadores de *interesse jurídico* nas providências eleitorais coletivas, em detrimento dos cidadãos. Além disso, a noção patrimonializada do direito subjetivo conduz a *reificação* do mandato eletivo, que se converte em *coisa* a ser disputada.

De outro lado, o socialismo jurídico, marcado pela aposta na idealidade do *interesse coletivo* como resposta à chaga social representada pelo conflito, confere ao Ministério Público Eleitoral a tarefa de, em nome de toda a sociedade homogeneamente considerada, conter os excessos dos contendentes pela força de uma moralidade pública da qual é portavoz. Ainda, difunde a (contraditória) expectativa de uma atuação colaborativa dos partidos com o próprio Estado.

Nessa dinâmica, os sujeitos votantes são feitos anônimos pela persistente justificativa de contenção da interferência dos interesses privados nas questões públicas. A população, inclusive sua parcela obrigada ao voto, é colocada em posição de alheamento em relação à fiscalização judicial do procedimento político destinado à formação dos mandatos eletivos.

6.2.4.1 Procedimento eleitoral coletivo como *locus* de pacificação social

As diretrizes da socialização processual, que por operações doutrinárias imiscuem-se na interpretação do ordenamento jurídico instaurado com a Constituição de 1988, ganham forte prestígio no âmbito dos procedimentos eleitorais coletivos.

Fávila Ribeiro destaca a preponderância do Ministério Público como portador privilegiado do *interesse público* associado ao manejo das ações eleitorais coletivas. Segundo ao autor, a provocação do exercício da função judicial eleitoral volta-se “para a segurança ao viver coletivo”, o que exige “que a ordem pública disponha de legítimos propugnadores de seus interesses, enfrentando os abusos que sejam perpetrados, promovendo a responsabilidade dos infratores”⁵⁷⁴.

Se o prestígio institucional do Ministério Público pós 1988 consolida-o como legitimado ativo por excelência nos procedimentos eleitorais coletivos, o tratamento destinado pelo Estado aos partidos políticos e candidatos permeia-se de ambiguidade. Embora a lei e as decisões do STF e do TSE empenhem-se em anunciar a submissão destes a uma proposta ética direcionada ao bem comum, a replicação da matriz individualista aos

⁵⁷⁴ RIBEIRO, Fávila. **Pressupostos constitucionais do direito eleitoral**: no caminho da sociedade participativa, p. 69.

procedimentos judiciais eleitorais transforma a discussão da legitimidade dos mandatos em contenda de feições patrimoniais.

O primeiro aspecto – a *construção do discurso ético*, que é o objeto da presente subseção – sugere a existência de uma atitude colaborativa dos partidos políticos em relação ao Ministério Público, na persecução do bem comum. Apesar do inovador tratamento conferido pela Constituição de 1988 àqueles entes, como pessoas jurídicas de direito privado, ainda não se completa sua remissão à esfera da Cidadania, ante a renitente expectativa de *apoio* às diretrizes estatais:

Dessa maneira, enquanto a sociedade fornece o apoio do sistema de partido ao Estado, este, por seu turno, retribui à sociedade com o apoio promocional exercitado pelo Ministério Público, apresentando-se, assim, ambos, como baluartes para viabilizar e dar resistência aos postulados participativos que se incluem entre os objetivos fundamentais da República Brasileira.⁵⁷⁵

O retrospecto histórico da legislação brasileira permite constatar que a formulação do conceito legal de partido político abriga, desde sua origem, uma conformação ideológica. Segundo esta, os partidos são considerados, precipuamente, entes corresponsáveis pela salvaguarda do ordenamento jurídico – colaboradores do Estado, portanto, e, não, organizações voltadas para a conquista do poder político⁵⁷⁶.

Há nesse discurso a pretensão autoritária de submeter a organização política dos cidadãos aos desígnios estatais. Essa pretensão não se dissipou com o fim do regime ditatorial anterior a 1988 e se evidencia pela replicação, na Lei n. 9.096/1995 (atual Lei de Partidos Políticos), do esforço em impor uma *destinação pública* aos partidos políticos: “assegurar, no interesse do regime democrático, a autenticidade do sistema representativo” e “defender os direitos humanos fundamentais, definidos na Constituição”⁵⁷⁷.

Note-se que, no período ditatorial, os partidos políticos são pessoas jurídicas de direito público. O Estado totalitarista se apropria orgânica e juridicamente desses entes,

⁵⁷⁵ RIBEIRO, Fávila. **Pressupostos constitucionais do direito eleitoral**: no caminho da sociedade participativa, p. 68.

⁵⁷⁶ Esse argumento é desenvolvido e aprofundado em GRESTA, Roberta Maia; FERREIRA, Lara Marina; BRACARENSE, Mariana Sousa. Parâmetros de legitimidade da atuação dos partidos políticos no processo jurisdicional eleitoral. In: **Revista de doutrina e jurisprudência**, v. 1, n. 26, p. 9-40. Belo Horizonte: TREMG, 2012.

⁵⁷⁷ A primeira finalidade é prevista desde 1965, no art. 2º da primeira Lei Orgânica dos Partidos Políticos. (BRASIL. **Lei n. 4.740, de 15 de julho de 1965**. Lei Orgânica dos Partidos Políticos. Disponível em <<http://www2.camara.gov.br/legin/fed/lei/1960-1969/lei-4740-15-julho-1965-368290-publicacaooriginal-1-pl.html>>. Acesso em: 21 ago. 2011.). Posteriormente, a segunda Lei Orgânica dos Partidos Políticos, publicada em 1971 e alterada em 1979, ainda em contexto ditatorial, incorpora ao conceito legal a segunda finalidade (BRASIL. **Lei n. 5.682, de 21 de julho de 1971**. Lei Orgânica dos Partidos Políticos. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1970-1979/L5682impressao.htm>. Acesso em: 21 ago. 2011.).

como estratégia de amortização do propósito social de sua organização. O único projeto político então reputado legítimo é o do próprio Estado. A noção de que os partidos políticos são portadores de uma racionalidade autônoma voltada para o bem comum presta-se a diluir as ambições dos indivíduos que os formam.

Trata-se, mesmo então, de uma construção artificial. Os objetivos partidários estipulados pela lei, como qualquer outra estipulação legal, não têm aptidão para transmutar o *interesse* presente nos partidos políticos: a construção psicológica individual que motiva cada cidadão a se associar com outros sob a forma jurídica de partido político⁵⁷⁸.

O desígnio ético da atividade partidária torna-se mais problemático quando, já na vigência da Constituição de 1988, a Lei n. 9.096/1995 repete a inadequada conceituação diretiva das leis ditatoriais. O vigente conceito legal absorve da Constituição apenas a alteração da natureza jurídica dos partidos políticos (pessoa jurídica de direito privado), sem assimilar a instituição teórica do Estado Democrático de Direito, fundamentado na Cidadania e no pluralismo político⁵⁷⁹. A persistência na estipulação legal de *finalidades institucionais* dos partidos políticos ignora que estes constituem *locus* de exercício dos direitos fundamentais de associação e participação política dos cidadãos, *inclusive* para o questionamento do direcionamento estatal.

A persistência do tratamento do interesse individual como *irritação* ao sistema de proteção do interesse coletivo repercute na ambivalência da avaliação ética, de feição inquisitorial, a que são submetidos os candidatos – únicas pessoas físicas admitidas aos procedimentos eleitorais coletivos. Quando ajuízam ações eleitorais, os candidatos beneficiam-se da pressuposição de que agem legitimamente voltados para a consecução de um projeto ético coletivo. No entanto, seus desvios serão sempre avaliados como conduta individual – os interesses individuais a desvirtuar a *candura* deles esperada – que os coloca como *legitimados passivos* das ações que objetivam a cassação de seus registros, diplomas ou mandatos.

⁵⁷⁸ Desse modo, “[...] há limites para o que o Direito, como sistema de normas, é capaz de alterar no fenômeno social. O estabelecimento, pelo Direito, de requisitos de existência, validade e eficácia jurídica para os fatos que apanha não interfere na motivação dos indivíduos que se valem das formas institucionais previstas na lei. Grupos de pessoas continuarão a formar e integrar partidos porque almejam o poder, porque consideram suas ideias melhores ou porque decidem lutar por seus próprios interesses (ainda que estes tenham feição altruísta). Mas, dificilmente, requererão registro ao TSE movidos pelas finalidades legalmente estipuladas de assegurar a autenticidade do sistema representativo e defender direitos fundamentais. Se estes forem os objetivos de um determinado grupo, provavelmente preferirá outro caminho, como a organização não governamental ou a fundação privada”. (GRETA, Roberta Maia; FERREIRA, Lara Marina; BRACARENSE, Mariana Sousa. Parâmetros de legitimidade da atuação dos partidos políticos no processo jurisdicional eleitoral, p. 20-21).

⁵⁷⁹ BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**, art. 1º, V.

A penetração ideológica do Estado Social no Brasil mesmo após a Constituição de 1988 faz com que a associação partidária ainda seja percebida como destinada a *conter* – e, não, a *estimular* – a manifestação de interesses individuais. Esses interesses são apresentados como a raiz do *personalismo*, forma de condução da atividade partidária na qual “as decisões mais importantes [...] não são tomadas pelos filiados, mas, sim, por poucos dirigentes”⁵⁸⁰. A crise de representatividade dos partidos políticos é associada ao “exagerado culto à personalidade” que transforma muitos partidos em “pequenas oligarquias a serviço de uma ou outra personalidade”⁵⁸¹. Assim, o combate ao *individualismo* se faz por ser este reputado pernicioso ao sucesso do intento coletivizante da entidade partidária.

O que não se percebe neste raciocínio é que o personalismo, como toda forma de autoritarismo, beneficia-se da adoção de noções abstratas e homogeneizantes. A desqualificação da expressão individual consolida o domínio efetivo e oculto daqueles a quem se reconhece a tarefa de ditar o sentido do *interesse coletivo*.

O personalismo não permanece adstrito ao campo político, pois a atribuição legal para propositura das ações eleitorais permite aos dirigentes oligárquicos estendê-lo ao campo jurídico. Isso torna problemática a vinculação da atuação do representante adequado aos interesses dos representados e introduz tema da *vontade coletiva*, noção elaborada por Maciel Júnior em desdobramento à concepção de interesse como liame psicológico⁵⁸².

O caráter individual do interesse refuta a construção da racionalidade autônoma coletiva capaz de elaborar interesses autonomamente. Há sempre um interesse, humano, a determinar a condução da ação dos entes coletivos. Por isso, a identificação de quais são esses interesses e de como eles se impõem é uma questão relevante para a democracia.

Enquanto o *interesse coletivo* permite que os dirigentes partidários imponham seus próprios interesses ao grupo pelo domínio que exercem, a *vontade coletiva* situa, na base da atuação dos entes coletivos, o debate entre seus membros. A vontade coletiva *não é o interesse*, mas o direcionamento da atuação, que é “resultante do processo de discussão dos interesses”, sempre individuais, livremente manifestados sob forma jurídica⁵⁸³.

O elemento que confere legitimidade à formação da vontade coletiva, isto é, ao

⁵⁸⁰ GOMES, José Jairo, **Direito eleitoral**, p. 84.

⁵⁸¹ GOMES, José Jairo, **Direito eleitoral**, p. 84.

⁵⁸² Não há similaridade entre a noção de vontade coletiva, construção contrafática concebida por Rousseau na dimensão difusa da sociedade, e a noção exposta por Maciel Júnior, técnica de formação das decisões no âmbito interno dos entes coletivos.

⁵⁸³ MACIEL JÚNIOR, Vicente de Paula. **Teoria das ações coletivas**: as ações coletivas como ações temáticas, p. 152.

direcionamento da atuação dos partidos políticos, é a participação jurídica, sempre entendida como enunciação de sentidos em caráter vinculativo. Esse fundamento de legitimidade acolhe – e, não, repudia – o individualismo, quer por não negar que a atuação do partido político decorra da expressão de interesses individuais debatidos, quer por não pretender sufocar a dissidência. Na síntese de Maciel Júnior:

[Vontade coletiva] é a expressão do consenso obtido entre as várias manifestações de interesse, por um processo válido de legitimação e escolha do interesse prevalente. [...] os interessados dissidentes poderão continuar pensando e manifestando seus interesses individuais contrários. Só que a pessoa jurídica que os representa deverá agir segundo a vontade coletiva prevalente e nesse sentido direcionar suas ações.⁵⁸⁴

Desse modo, a crítica ao personalismo deve perpassar a revisão das relações estabelecidas entre individualismo e coletividade. O combate à dominação de oligarquias sedimentadas depende da institucionalização dos procedimentos democráticos internos dos partidos, nos quais possam os filiados expor suas pretensões e participar da construção da decisão que determine o direcionamento do ente coletivo.⁵⁸⁵

A vinculação da instauração dos procedimentos eleitorais à vontade coletiva coloca em relevo a *legitimidade* de seu direcionamento para a defesa de um projeto político específico, compartilhado pelos filiados ao partido. Essa conformação absorve a ação estratégica dos filiados como uma das facetas de atuação dos partidos políticos, impassível de eliminação pela doutrinação estatal. Como a própria Cidadania, o partido político não se preordena a uma *praxe* virtuosa, mas ao exercício de direitos fundamentais dos cidadãos.

Ao mesmo tempo, aquela vinculação assinala a *ilegitimidade* da tentativa de conformação teleológica das ações eleitorais propostas por partidos políticos. Na democracia, partidos são organizações cidadãs orientadas para a disputa institucionalizada do poder estatal, e não órgãos públicos que executam atribuições ditas pelo Estado. Por isso, não há como supor que ajuízem ações eleitorais a partir de um insondável *interesse do regime democrático* ou em prol da *autenticidade do sistema representativo*, como sugere a Lei n. 9.096/1995.

⁵⁸⁴ MACIEL JÚNIOR, Vicente de Paula. **Teoria das ações coletivas**: as ações coletivas como ações temáticas, p. 154.

⁵⁸⁵ Era essa a expectativa de Fávila Ribeiro, quando, dois anos após a promulgação da Constituição, projetava que: “[...] em se difundindo [...] formas participativas nas latitudes previstas na Constituição, logo mais estarão os partidos políticos substituindo o uso intensivo de *marketing*, incrementando convivências democráticas em seus ambientes, assegurando aos seus filiados direta participação decisória na fixação de diretrizes e nas escolhas de seus candidatos, tornando-se um auspicioso celeiro para a formação de cidadãos e líderes”. (RIBEIRO, Fávila. **Pressupostos constitucionais do direito eleitoral**: no caminho da sociedade participativa, p. 136.).

6.2.4.2 Procedimento eleitoral coletivo como mecanismo de resolução de lides patrimonializadas

A construção do discurso ético que subjaz o exercício da função judicial eleitoral repete diretrizes do Estado Social, como a hierarquização axiológica entre o interesse coletivo e o individual e a persecução do bem comum pelas mãos de agentes empenhados na pacificação do conflito. No entanto, a estruturação dos procedimentos remete à matriz liberal de resolução de *lides*.

A racionalidade autônoma do partido político é a construção dogmática⁵⁸⁶ que torna possível o transporte da matriz individualista do pensamento de Ihering – o direito subjetivo e a ação para sua defesa por um titular – para o âmbito dos procedimentos eleitorais coletivos. Como detentor de *interesses coletivos* doutrinariamente opostos aos interesses individuais, o partido político passa a dispor da ação eleitoral em defesa de seu patrimônio jurídico.

Opera-se uma projeção do modelo hegemônico de democracia sobre o âmbito da função judicial eleitoral: reduz-se a permeabilidade dos procedimentos eleitorais às manifestações concretas da população, os debates sobre questões de alcance coletivo são conduzido por elites, cresce a distância na entre representantes e representados e não se reconhece, a estes, a prerrogativa de fiscalidade por meio da participação em procedimentos judiciais.

Essa lógica desconecta o cognominado *interesse jurídico* nos procedimentos eleitorais coletivos das pretensões políticas (interesses individuais) dos cidadãos, em uma dinâmica que pode ser compreendida pela análise do critério de admissibilidade da *intervenção como assistente* nas ações eleitorais.

A assistência não possui previsão específica na legislação eleitoral e ainda não mereceu reformulação teórica que a fizesse se desprender dos contornos privatísticos da procedimentalidade civil. Seu tratamento no âmbito da função judicial eleitoral é assim remetido à previsão dos arts. 50 a 55 do Código de Processo Civil. O primeiro desses dispositivos regulamenta a assistência como modalidade de intervenção atribuída a quem, na

⁵⁸⁶ Essa construção é uma falácia: o desprestígio ao individualismo forja uma atuação ética dos partidos como ideal (dever-ser), que passa a ser identificada como sua existência coletiva (ser), que deve ser resguardada contra as investidas dos interesses individuais. Os entes coletivos consolidam-se como detentores de inatos direitos: sujeitos portadores de uma racionalidade autônoma, que encontram nas eleições seu campo privilegiado de atuação.

pendência de “uma causa entre duas ou mais pessoas, [...] tiver interesse jurídico em que a sentença seja favorável a uma delas [...]”⁵⁸⁷. Relega-se aos órgãos judiciários eleitorais aferir a presença do citado *interesse jurídico* associado a alguma das modalidades de assistência (simples e litisconsorcial).

Ocorre que o Código de Processo Civil não adota critério uniforme para distinguir a assistência simples da litisconsorcial. Sobre a modalidade simples, apenas diz que “o assistente atuará como auxiliar da parte principal, exercerá os mesmos poderes e sujeitar-se-á aos mesmos ônus processuais que o assistido”⁵⁸⁸. Já a modalidade litisconsorcial recebe configuração delimitada: “considera-se litisconsorte da parte principal o assistente, toda vez que a sentença houver de influir na relação jurídica entre ele e o adversário do assistido.”⁵⁸⁹

Isso resulta em uma aplicação casuística dos institutos pelos tribunais eleitorais, a partir de uma lógica dogmática. O não cabimento da assistência litisconsorcial é afirmado a partir da constatação de que o terceiro interveniente na ação eleitoral não possui, em qualquer caso, uma *relação jurídica* com o *adversário da parte que pretende assistir*. Resta, *por eliminação*, a possibilidade de cabimento da assistência simples, vagamente associada à presença de *interesse jurídico*. O órgão judiciário passa então a perquirir a intenção do interveniente de autuar como *auxiliar* da parte. O critério adotado é a *utilidade* da decisão: o *proveito* que o interveniente possa auferir da providência judicial, isto é, a repercussão desta sobre seu *patrimônio jurídico*.

Assim é que, em decisões proferidas em autos de Requerimento de Registro de Candidatura, o TSE: a) *negou o interesse jurídico imediato* do candidato segundo colocado para intervir na fase recursal do julgamento do registro de candidatura do eleito, ao fundamento de que aquele não poderia assumir o cargo vago ainda que restasse indeferido o registro *sub judice*⁵⁹⁰; b) *negou o interesse jurídico imediato* do candidato e da coligação vitoriosos em eleição majoritária “para ingressarem na condição de assistentes simples do Ministério Público no processo de registro do segundo colocado, considerando que o eventual indeferimento desta candidatura não trará nenhuma consequência direta aos

⁵⁸⁷ BRASIL. Código de Processo Civil (1973). **Lei n. 5.869, de 11 de janeiro de 1973**, art. 50.

⁵⁸⁸ BRASIL. Código de Processo Civil (1973). **Lei n. 5.869, de 11 de janeiro de 1973**, art. 52.

⁵⁸⁹ BRASIL. Código de Processo Civil (1973). **Lei n. 5.869, de 11 de janeiro de 1973**, art. 54.

⁵⁹⁰ Isso porque, no caso concreto, haveria necessidade de convocar eleições suplementares. “interesse jurídico imediato [...] para requerer o ingresso no processo de registro do candidato eleito, porquanto a chapa vitoriosa obteve mais de 50% dos votos validos, razão pela qual o deslinde do feito não lhe trará nenhuma consequência direta”. (BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. Agravo Regimental em Recurso Especial Eleitoral n. 292-43.2012.613.0050, Relator Min. Henrique Neves da Silva. Acórdão de 2 abr. 2013. In: **Diário de Justiça Eletrônico de 6 maio 2013**. Disponível em: <<http://www.tse.jus.br/servicos-judiciais/diario-da-justica-eletronico>>. Acesso em: 28 nov. 2013.).

requerentes”⁵⁹¹; c) *reconheceu* o interesse jurídico capaz de subsidiar “a intervenção de partido político, na condição de assistente simples, de candidato pertencente à coligação da qual a respectiva agremiação faz parte, pois evidenciado o interesse jurídico da legenda quanto à decisão favorável ao assistido”⁵⁹².

Nota-se a diretriz individual e patrimonializada do cálculo da *utilidade* das decisões. No primeiro julgado citado, a inevitável convocação das eleições suplementares⁵⁹³ repele o interesse de agir do segundo colocado. No segundo, a impugnação ao registro do segundo colocado prossegue com o Ministério Público Eleitoral defendendo o *interesse público*, mas os eleitos, detentores de uma *posição de vantagem* que não é ameaçada pelo resultado daquela impugnação, são impedidos de ingressar no procedimento. No terceiro exemplo, a diretriz patrimonial segundo a qual *o mandato pertence ao partido*⁵⁹⁴ franqueia uma atuação que é mesmo contrária à regra legal segundo a qual “o partido político coligado somente possui legitimidade para atuar de forma isolada no processo eleitoral quando questionar a validade da própria coligação”⁵⁹⁵.

Esses são, porém, apenas apontamentos superficiais. A objeção vigorosa a ser feita erige-se a partir da absoluta impertinência do instituto da assistência, concebido nos arts. 50 e seguintes do Código de Processo Civil, aos procedimentos eleitorais coletivos. Essa objeção culmina na afirmação da impropriedade de pensar a participação nos procedimentos eleitorais através da aferição do *interesse jurídico* do *terceiro interveniente*.

A condução desse argumento depende, primeiramente, da delimitação das modalidades legais de assistência a partir de um critério uniforme, extraído da própria dogmática que as institui. Assim, se quanto à assistência litisconsorcial a lei é expressa em apontar a existência de uma *relação jurídica entre o assistente e o adversário do assistido*, resta como assistência simples aquela em que há uma *relação jurídica entre o assistente e o*

⁵⁹¹ BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. Agravo Regimental em Recurso Especial Eleitoral n. 93-75.2012.620.0066, Relator Min. Henrique Neves da Silva. Acórdão de 28 fev. 2013. In: **Diário de Justiça Eletrônico de 2 abr. 2013**. Disponível em: <<http://www.tse.jus.br/servicos-judiciais/diario-da-justica-eletronico>>. Acesso em: 28 nov. 2013.

⁵⁹² BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. Embargos de Declaração em Agravo Regimental em Recurso Especial Eleitoral n. 756-58.2012.626.0033, Relatora Min. Luciana Christina Guimarães Lóssio. Acórdão de 19 mar. 2013. In: **Diário de Justiça Eletrônico de 22 abr. 2013**, Tomo 074, Página 72. Disponível em: <<http://www.tse.jus.br/servicos-judiciais/diario-da-justica-eletronico>>. Acesso em: 28 nov. 2013.

⁵⁹³ “Art. 224. Se a nulidade atingir a mais de metade dos votos do país nas eleições presidenciais, do Estado nas eleições federais e estaduais ou do município nas eleições municipais, julgar-se-ão prejudicadas as demais votações e o Tribunal marcará dia para nova eleição dentro do prazo de 20 (vinte) a 40 (quarenta) dias”. (BRASIL. Código Eleitoral (1965). **Lei n. 4.737, de 15 de julho de 1965**, art. 224).

⁵⁹⁴ A construção e consolidação dessa diretriz será abordada na subseção 6.2.5.

⁵⁹⁵ BRASIL. **Lei n. 9.504, de 30 de setembro de 1997**, art. 6º, §4º.

próprio assistido.

Trata-se de instituto técnico moldado dentro da lógica dos conflitos obrigacionais, erigidos a partir da relação de crédito, e transportado para a compreensão do processo como *relação jurídica*. A assistência civilista, simples ou litisconsorcial, absorve um cálculo pragmático de utilidade: o interesse jurídico do interveniente resulta da possibilidade de vir a ser prejudicado, pela sentença, em seu *patrimônio jurídico*, integrado por suas relações obrigacionais. Retira-se daí a necessária vinculação entre o *interesse jurídico* e a *relação jurídica*: seja qual for a modalidade, “o assistente mantém relação jurídica com uma das partes (que pretende assistir), mostrando, com isso, interesse jurídico no julgamento favorável ao assistido”⁵⁹⁶.

Não há pontos de aderência entre essa disciplina e os procedimentos eleitorais coletivos. A estes não subjaz uma relação jurídica controvertida, mas, sim, a discussão da legitimidade das candidaturas, diplomas e mandatos. A pretensão de fiscalidade da disputa e do resultado das eleições é expressão da Cidadania, que não cogita da formação de vínculo obrigacional (o réu não é *devedor* do autor) ou, sequer, real (a representatividade política não é passível de apropriação por um titular). A providência judicial eleitoral não *adjudica* uma *coisa litigiosa* a um dos contendentes, pois repercute sobre direitos fundamentais desprovidos de dimensão patrimonializada. Os legitimados ativos, ainda que exitosos na pretensão de cassação de registro de candidatura, diploma ou mandato, não obtêm, gozam ou exercem o *status* político constituído em favor do réu.

É, portanto, inadequado conceber a participação nos procedimentos eleitorais coletivos a partir da noção de *interesse jurídico*. A ausência de relação jurídica formatada em moldes civilísticos repele a estruturação do procedimento em *polos* de interesses opostos e, também, a categorização de *terceiros interessados* como “pessoas estranhas à relação processual de direito material deduzida em juízo”, mas “sujeitos de uma outra relação de direito material que se liga intimamente àquela já constituída”⁵⁹⁷.

Ainda que se laborasse uma técnica procedimental a partir da concepção de processo como relação jurídica – o que veementemente se refuta na presente pesquisa – caberia indagar, diante desse conceito de *terceiro interessado*: qual é a relação jurídica *intimamente* ligada à relação jurídica processual, capaz de demarcar a possibilidade da intervenção como assistente nas ações eleitorais? Já se mostra difícil sustentar que o ajuizamento de uma ação

⁵⁹⁶ NUNES, Dierle José Coelho et al. **Curso de direito processual civil: fundamentação e aplicação**. Belo Horizonte: Fórum, 2011, p. 180.

⁵⁹⁷ NUNES, Dierle José Coelho et al. **Curso de direito processual civil: fundamentação e aplicação**, p. 179.

eleitoral coletiva por um representante adequado possa encaminhar a discussão de uma *relação jurídica* entre o autor (ou a sociedade) e o candidato eleito. Mais frágil ainda é a construção pela qual se admite que o segundo colocado – desde que possa vir a assumir o cargo eletivo, porque o eleito recebeu menos de 50% dos votos válidos nas eleições – estabelece uma relação jurídica com o autor.

Ocorre que o esforço doutrinário em blindar seus próprios conceitos faz com que, em lugar de enfrentar a problemática em torno do *interesse jurídico*, os órgãos judiciários eleitorais persistam no empenho de extrair dessa concepção dogmática desdobramentos lógicos a serem aplicados ao exercício da função judicial eleitoral.

Para ilustrar essa asserção, examina-se a criação jurisprudencial do *procedimento de perda de mandato eletivo por infidelidade partidária*. Na justificação dessa criação, mesclam-se o raciocínio jurídico liberal que promove a *reificação dos mandatos eletivos* e o discurso social de *moralização da política*. O amálgama é promovido pela afirmação ideológica da fidelidade partidária como chave da preservação da vida política contra os interesses egoísticos⁵⁹⁸.

6.2.5 Procedimento de perda de mandato eletivo por infidelidade partidária

O procedimento de perda de mandato eletivo por infidelidade partidária é previsto na Resolução TSE n. 22.610/2007⁵⁹⁹, cuja edição é formalmente respaldada na denominada *função regulamentar* do TSE⁶⁰⁰.

⁵⁹⁸ A exposição não se presta a defender a migração partidária operada no curso dos mandatos eletivos, mas sim, a apontar a perspectiva patrimonialista pela qual se buscou resolver um *efeito* da crise de representatividade política como se desta fosse a *causa*. José Jairo Gomes, por exemplo, reconhece que “no Brasil, a democracia representativa é exercida de cima para baixo, e não de baixo para cima”, o que faz com que a indicação de candidatos seja decidida em jantares. Ou seja, o autor identifica que o personalismo já compromete *ab ovo* a representatividade de partidos e das candidaturas. No entanto, coaduna com “o caráter ordenador e moralizante da solução adotada pelo TSE [no sentido de que mandatos proporcionais e majoritários pertencem aos partidos]”, pois “a intensa mudança de legenda por parte dos eleitos falseia a representação política e desarticula o quadro partidário [...]”. (GOMES, José Jairo, **Direito eleitoral**, p. 85 e 88.).

⁵⁹⁹ BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. Resolução n. 22.610, de 25 de outubro de 2007. In: BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. **Código eleitoral anotado e legislação complementar**, 10. ed. Brasília: Tribunal Superior Eleitoral, Secretaria de Gestão da Informação, 2012. p. 663-665.

⁶⁰⁰ Essa Resolução reclama crítica incisiva – tanto no que concerne a sua edição, em colisão com a reserva de lei complementar prevista na Constituição, art. 121, e em deturpação da função regulamentar do TSE extraída do Código Eleitoral, arts. 1º, parágrafo único, e 23, IX e XVIII, quanto no que diz respeito ao próprio procedimento, que contém severas restrições à ampla defesa – mas o desenvolvimento de tal crítica extrapolaria os limites do presente trabalho. Sobre o tema, cf. ANDRADE NETO, João. **O positivismo jurídico e a legitimidade dos juízos eleitorais**: a insuficiência da resposta juspositivista à questão da judicialização da política. Dissertação (mestrado). Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais. Belo Horizonte, 2010.

O contexto em que se opera a edição da referida resolução começa a ser delineado com a resposta afirmativa à Consulta n. 1.398/2007, também pelo TSE⁶⁰¹. Nessa Consulta, o então Partido da Frente Liberal indaga se “os partidos têm o direito de preservar a vaga obtida pelo sistema eleitoral proporcional, quando houver pedido de cancelamento da filiação ou de transferência do candidato eleito por um partido para outra legenda”⁶⁰².

Na formulação da resposta, o relator Cesar Asfor Rocha, inicialmente, nega contornos privatísticos ao mandato eletivo. Nessa linha, recusa que o eleito se torne *senhor e possuidor* do mandato, porque é “incogitável que alguém possa obter para si – e exercer como coisa sua – um mandato eletivo, que se configura essencialmente como uma função política e pública, de todo avessa e inconciliável com a pretensão de cunho privado”⁶⁰³.

No entanto, essa negativa de *domínio* ao eleito encaminha a adjudicação do mandato ao partido político: “o mandato parlamentar pertence, realmente, ao Partido Político, [...] inclusive porque toda a condução ideológica, estratégica, propagandística e financeira é encargo do Partido Político [...]”⁶⁰⁴. Os votos *conquistados* são o meio de aquisição do domínio: “se os sufrágios pertencem ao Partido Político, curial e inevitável dizer que mandato eletivo proporcional, por igual, pertence ao grêmio partidário [...]”⁶⁰⁵.

A conclusão do tribunal, portanto, não refuta a configuração do mandato como um direito patrimonial; apenas, estabelece quem tem o *direito melhor*⁶⁰⁶.

A despeito de não possuir caráter vinculativo, a resposta a essa Consulta repercute, poucos meses depois, em 04/10/2007, no julgamento de três mandados de segurança impetrados junto ao TSE⁶⁰⁷. Nas decisões, o STF não apenas fixa que o partido político pode *titularizar* o mandato eletivo, mas também assinala a data de 27/03/2007 como marco

⁶⁰¹ BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. **Resolução n. 22.526**, Relator Min. Cesar Asfor Rocha. Acórdão de 27 mar. 2007. Publicado no Diário de Justiça em 8 maio 2007, fls. 143. Disponível em <<http://www.tse.jus.br/arquivos/tse-resolucao-no-22-526-consulta-no-1-398/view>>. Acesso em: 7 out. 2013. A resposta a Consultas dirigidas ao TSE é usualmente publicada como Resolução.

⁶⁰² BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. **Resolução n. 22.526**, p. 2.

⁶⁰³ BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. **Resolução n. 22.526**, p. 4.

⁶⁰⁴ BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. **Resolução n. 22.526**, p. 7.

⁶⁰⁵ BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. **Resolução n. 22.526**, p. 8.

⁶⁰⁶ A colaboração da jurisprudência para auxiliar os partidos políticos a resguardar, judicialmente, essa *posição de vantagem* é o que parece se inferir da afirmação de que há um “papel das Cortes de Justiça no desenvolvimento da tarefa de contribuir para o conhecimento dos aspectos axiológicos do Direito” com vistas à apreensão dos “sentidos finalísticos” deste. (BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. **Resolução n. 22.526**, p. 9.).

⁶⁰⁷ São eles os Mandados de Segurança ns. 26.602, 26.603 e 26.604, impetrados respectivamente pelos partidos PPS, PSDB e DEM.

temporal a partir do qual são reconhecidos tais poderes reipersecutórios⁶⁰⁸. A justificativa da modulação é que, apenas a partir dessa resposta, “o instituto da fidelidade partidária, vinculando o candidato eleito ao partido, passou a vigorar a partir da resposta do Tribunal Superior Eleitoral à Consulta n. 1.398, em 27 de março de 2007”⁶⁰⁹.

As decisões do STF também promovem a densificação do discurso ético em torno da questão. Se na Consulta respondida pelo TSE houve cuidado em assinalar a licitude da migração partidária, no julgamento dos mandados de segurança incorpora-se um sentimento de repulsa em relação à presumida tentativa do parlamentar de se locupletar às custas do esforço do partido pelo qual concorrera:

A ruptura dos vínculos de caráter partidário e de índole popular, provocada por atos de infidelidade do representante eleito (infidelidade ao partido e infidelidade ao povo), subverte o sentido das instituições, ofende o senso de responsabilidade política, traduz gesto de deslealdade para com as agremiações partidárias de origem, compromete o modelo de representação popular e fraudada, de modo acintoso e reprovável, a vontade soberana dos cidadãos eleitores, introduzindo fatores de desestabilização na prática do poder e gerando, como imediato efeito perverso, a deformação da ética de governo, com projeção vulneradora sobre a própria razão de ser e os fins visados pelo sistema eleitoral proporcional, tal como previsto e consagrado pela Constituição da República. [...] A exigência de fidelidade partidária traduz e reflete valor constitucional impregnado de elevada significação político-jurídica, cuja observância, pelos detentores de mandato legislativo, representa expressão de respeito tanto aos cidadãos que os elegeram (vínculo popular) quanto aos partidos políticos que lhes propiciaram a candidatura (vínculo partidário). O ato de infidelidade [...] constitui grave desvio ético-político [...]. A repulsa jurisdicional à infidelidade partidária, além de prestigiar um valor eminentemente constitucional (CF, art. 17, § 1º, “in fine”), (a) preserva a legitimidade do processo eleitoral, (b) faz respeitar a vontade soberana do cidadão, (c) impede a deformação do modelo de representação popular, (d) assegura a finalidade do sistema eleitoral proporcional, (e) valoriza e fortalece as organizações partidárias e (f) confere primazia à fidelidade que o Deputado eleito deve observar em relação ao corpo eleitoral e ao próprio partido sob cuja legenda disputou as eleições.⁶¹⁰

A Resolução TSE n. 22.610/2007 advém dias depois, em 25/10/2007, com o objetivo

⁶⁰⁸ “[...] tem-se reconhecido o direito de o Impetrante titularizar os mandatos por ele obtidos nas eleições de 2006, mas com modulação dos efeitos dessa decisão para que se produzam eles a partir da data da resposta do Tribunal Superior Eleitoral à Consulta n. 1.398/2007”. (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Mandado de Segurança n. 26.604**, Relatora Min. Carmen Lúcia. Acórdão de 4 out. 2007. Publicado no Diário de Justiça Eletrônico em 3 out. 2008, p. 135. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28perda+de+mandato+infidelidade+partid%E1ria%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/amorhlg>>. Acesso em: 7 out. 2013.).

⁶⁰⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Mandado de Segurança n. 26.602**, Relator Min. Eros Grau. Acórdão de 4 out. 2007. Publicado no Diário de Justiça Eletrônico em 17 out. 2008, p. 190. Disponível em <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28perda+de+mandato+infidelidade+partid%E1ria%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/amorhlg>>. Acesso em: 7 out. 2013.

⁶¹⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Mandado de Segurança n. 26.603**, Relator Min. Celso de Melo. Acórdão de 4 out. 2007. Publicado no Diário de Justiça Eletrônico em 19 dez. 2008, p. 318. Disponível em <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28perda+de+mandato+infidelidade+partid%E1ria%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/amorhlg>>. Acesso em: 12 out. 2013.

de *disciplinar* o procedimento disponibilizado aos partidos políticos para reaverem os mandatos dos parlamentares reputados *infiéis*. No entanto, a isso não se limita.

Apesar da a premissa de que os mandatos proporcionais *pertencem* ao partido político ser assentada pelo STF sem ressalvas, a Resolução contempla hipóteses em que o eleito pode conservar seu mandato: incorporação ou fusão do partido a que pertence, migração para partido recém-criado, mudança substancial ou desvio reiterado do programa partidário e grave discriminação pessoal sofrida no âmbito da agremiação. A previsão se assemelha a atribuição de um direito de retenção ao *possuidor de boa-fé*, que confere aos tribunais eleitorais a atribuição de avaliar se houve *justa causa* para a desfiliação. A disputa judicial pelo mandato se descola, por completo, do tema da representatividade política.

A atuação normativa do TSE é imunizada pelo julgamento da ADI n. 3.999, no qual o STF declara a constitucionalidade da edição da Resolução TSE n. 22.610/2007. A legitimação se perfaz sob a justificativa de que a criação jurisprudencial do procedimento ocorreu em um “contexto excepcional e transitório, tão-somente como mecanismos para salvaguardar a observância da fidelidade partidária enquanto o Poder Legislativo, órgão legitimado para resolver as tensões típicas da matéria, não se pronunciar”⁶¹¹.

A feição patrimonial do procedimento de perda de mandato por infidelidade partidária se acentua em sucessivas decisões dos tribunais eleitorais, nas quais se determina: 1) a cassação do mandato mesmo se a migração se der entre partidos políticos que concorreram coligadamente e que, portanto, compartilham os votos obtidos⁶¹²; 2) a cassação também de mandatos majoritários, apesar de a eles não se aplicar o sistema proporcional⁶¹³; 3) a admissibilidade do instituto da oposição⁶¹⁴ no caso em que, instaurado o procedimento

⁶¹¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 3.999**, Relator Min. Joaquim Barbosa. Acórdão de 12 nov. 2008. Publicado no Diário de Justiça Eletrônico em 17 abr. 2009, p. 99. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28perda+de+mandato+infidelidade+partid%E1ria%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/amorhjhj>>. Acesso em: 12 out. 2013.

⁶¹² BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. Resolução n. 22.580/07, Relator Min. Caputo Bastos. Acórdão de 30 ago. 2007. Publicado no Diário de Justiça em 24 set. 2007, fls. 141. Disponível em <<http://www.tse.jus.br/jurisprudencia/inteiro-teor>>. Acesso em: 7 out. 2013.

⁶¹³ BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. **Resolução n. 22.600**, Relator Min. Carlos Ayres Britto. Acórdão de 16 out. 2007. Publicado no Diário de Justiça em 28 dez. 2007, fls. 001. Disponível em <<http://www.tse.jus.br/jurisprudencia/inteiro-teor>>. Acesso em: 7 out. 2013.

⁶¹⁴ Trata-se de mais uma modalidade de intervenção de terceiros em procedimentos patrimonializados: “Quem pretender, no todo ou em parte, a coisa ou o direito sobre que controvertem autor e réu, poderá, até ser proferida a sentença, oferecer oposição contra ambos”. (BRASIL. Código de Processo Civil (1973). **Lei n. 5.869, de 11 de janeiro de 1973**).

pelo oitavo suplente, o primeiro suplente intervém para fazer valer seu *melhor direito*⁶¹⁵.

A hegemonização da visão patrimonializada dos mandatos se consolida com a homologação, pelos tribunais eleitorais, de *acordos* em que os partidos políticos concedem aos eleitos *autorização* para se desfiliar sem risco de reivindicação do mandato, inclusive com oponibilidade a terceiros (o suplente e o Ministério Público Eleitoral)⁶¹⁶.

O percurso culmina na concretização da reificação contra a qual parece querer advertir a abertura da fundamentação da resposta à Consulta n. 1.398/2007. O partido político se torna *senhor e possuidor* do mandato eletivo, *podendo exercer todos os poderes inerentes ao domínio, inclusive o de dele dispor*.

6.2.6 Propostas teóricas de superação da restrição à participação nos procedimentos eleitorais coletivos

É ainda incipiente a problematização da restrição à participação nos procedimentos eleitorais. O exercício doutrinário e jurisprudencial de acomodação das categorias e institutos *cíveis* aos procedimentos eleitorais coletivos turva a percepção da incompatibilidade radical entre o amálgama ideológico que orienta a vigente técnica de coletivização dos procedimentos eleitorais e a principiologia democrática.

Porém, duas substanciais propostas teóricas erigem-se contra a consolidação dogmática da interdição dos procedimentos eleitorais à Cidadania. Passa-se a examinar tais

⁶¹⁵ BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. **Recurso Ordinário n. 1734/AL**, Relator Min. Félix Fischer. Decisão Monocrática de 25 nov. 2008. Publicado no Diário da Justiça Eletrônico em 2 dez. 2008, p. 8/11. Disponível em <<http://www.tse.gov.br/internet/jurisprudencia/index.htm>>. Acesso em: 14 set. 2011. Na decisão, o Relator considerou que “o ingresso tardio de terceiro [1º suplente], com a mesma pretensão dos litigantes originários [exercer o mandato], em franca contraposição de interesses, nada mais é que a figura da oposição” e afirmou que a questão deve ser compreendida com base na doutrina processual comum, pois esta, “mutatis mutandis, aplica-se inteiramente à espécie”. Cabe informar a existência da Resolução 22.704/2008, em sentido contrário, mas que, anterior à decisão citada, não foi aplicada pelo Relator do RO n. 1734.

⁶¹⁶ Em 2009, o TSE respondeu a Consulta 1720 em sentido contrário: “CONSULTA. FIDELIDADE PARTIDÁRIA. DETENTOR DE CARGO ELETIVO. MUDANÇA DE PARTIDO. CONSEQUÊNCIAS. RESOLUÇÃO-TSE Nº 22.610/2007. Acordos ou deliberações de qualquer esfera partidária não tem o condão de afastar as consequências impostas pela Resolução-TSE nº 22.610/2007, considerando a pluralidade de interessados habilitados a ingressar com o pedido de decretação de perda de cargo eletivo por infidelidade partidária.”. (BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. **Resolução n. 23.148, de 2009**, Relator Min. Fernando Gonçalves. Acórdão de 24 set. 2009. Publicado no Diário de Justiça Eletrônico em 16 out. 2009, p. 28. Disponível em <<http://www.tse.jus.br/jurisprudencia/pesquisa-de-jurisprudencia>>. Acesso em: 7 out. 2013.). Esse entendimento, fixado diante de indagação em tese, não vem prevalecendo em julgamentos de casos concretos, como se ilustra pela seguinte decisão, proferida em procedimento instaurado pelo suplente de Vereador: “Agravos regimentais. Petição. Perda de cargo eletivo, Infidelidade partidária. [...] Consonância do partido quanto à existência de fatos que justifiquem a desfiliação partidária. O Presidente do órgão municipal é o representante e porta-voz da agremiação. Agravos regimentais não providos.” (BRASIL. Tribunal Regional Eleitoral de Minas Gerais. **Petição n. 1034-58.2011.6.13.0000**, Relator Juiz Maurício Torres Soares. Acórdão de 15 mar. 2012. Publicado no Diário de Justiça Eletrônico-TREMG em 22 mar. 2012, fls. 001. Disponível em <<http://www.tse.jus.br/jurisprudencia/pesquisa-de-jurisprudencia>>. Acesso em: 7 out. 2013.).

propostas, sem recusa ao exercício da crítica em relação a seus conteúdos – o que, longe de conduzir à refutação daquelas, perfaz sua incorporação ao referencial teórico da presente pesquisa.

6.2.6.1 Reconhecimento de legitimidade para agir às associações civis

Rodolfo Viana Pereira⁶¹⁷ traz a lume o controle dos atos de poder como “a face menos divulgada do princípio democrático, subsumida na atitude de fiscalização e de correção de [...] distintas manifestações de poder que se realizam em uma determinada comunidade política”⁶¹⁸. O controle atua diante de *situações irregulares de poder* e se destina a promover um *ajustamento constitucional*.

O autor considera que esse controle não pode ser suficientemente implementado por institutos derivados do modelo representativo de democracia ou, tampouco, por arranjos internos à estrutura estatal (competências mutuamente controladas). Em sua concepção, o instituto do controle é dotado de *autonomia constitucional-democrática* – premissa similar à prerrogativa de autoinclusão adotada nesta pesquisa⁶¹⁹. Por isso, a democratização do controle somente pode ser pensada pela ampliação da participação.

Essa ampliação perpassa a atribuição de “função controladora à gestão participativa, arejando-a e fortalecendo-a com a agregação de novos agentes ao círculo tradicional e oficial a que estava acostumada”⁶²⁰. Os institutos de controle são, assim, compreendidos como “estímulos ao fortalecimento da vivência democrática, por suscitarem maiores níveis de interesse e participação nos assuntos públicos, ao promoverem a aproximação facilitada entre esses e o conjunto global de sujeitos constitucionais”⁶²¹.

A partir dessa perspectiva de controle como emancipação da cidadania, Pereira contesta a centralidade do Estado na democracia:

[...] O Estado deve perder a posição de quase-monopólio dos mecanismos de controle e os cidadãos devem poder contar com um sistema mais eficaz e

⁶¹⁷ PEREIRA, Rodolfo Viana. **Direito constitucional democrático**, p. 243-260.

⁶¹⁸ PEREIRA, Rodolfo Viana. **Direito constitucional democrático**, p. 249.

⁶¹⁹ A *autonomia constitucional-democrática do instituto do controle*, conforme exposta por Pereira, não pode ser integralmente identificada com a prerrogativa de autoinclusão decorrente da igualdade institucional propugnada pela teoria neoinstitucionalista ao menos por uma nuclear distinção: conforme visto na seção 6.1, Viana concebe o instituto de controle em uma esfera pública não vinculada por uma teoria processual. Ademais, como se verá adiante, a *autonomia* do controle pressupõe a desconexão da participação em relação à noção de *interesse*, o que não é compatível com a premissa teórica apresentada na seção 4.3.

⁶²⁰ PEREIRA, Rodolfo Viana. **Direito constitucional democrático**, p. 247.

⁶²¹ PEREIRA, Rodolfo Viana. **Direito constitucional democrático**, p. 247.

representativo que, para além deles, franqueie ainda a participação aos demais sujeitos constitucionais. A consequência dessa interação só pode ser uma: os sistemas de controle devem se abrir a uma ampla esfera pública e participativa de agentes controladores que incorpore atores políticos tradicionais (partidos políticos, por exemplo), agentes de autoridade, órgãos de soberania, cidadãos e associações civis. Uma ampla esfera pública e participativa de agentes controladores que transforme a questão do correto desempenho do poder e da gestão de temas de relevância pública em objeto de fiscalização e ajuste por parte de todos.[...] ⁶²²

Os procedimentos eleitorais pertinentes ao momento *pós-eleitoral* – Ação de Impugnação ao Mandato Eletivo e Recurso Contra a Expedição de Diploma – são apresentados por Pereira como institutos de controle passíveis de ter ampliada sua aptidão fiscalizatória. Para tanto, a interação entre os princípios representativo e participativo deve ser intensificada no âmago da experiência democrática, pela abertura desses procedimentos eleitorais à participação das associações civis:

A [...] abertura de uma via participativa associativa no interior do processo habilitador da representação política [...] sujeita o princípio representativo a uma interpretação ampliada da noção de participação eleitoral em que esta deixa de se reportar exclusivamente ao mero ato de votar. O viés participativo passa a incluir também a implicação pessoal em procedimentos de controle, seja individualmente, seja coletivamente. ⁶²³

Na testificação de seu argumento, Pereira enfrenta as objeções usualmente apresentadas à participação das entidades associativas nos procedimentos eleitorais ⁶²⁴.

Primeiramente, rejeita a *tese do excesso*, segundo a qual a abertura do procedimento traz o risco de tumultuar a própria atividade fiscalizatória em função do aporte de petições idênticas ou irresponsáveis. Para o autor, trata-se de objeção associada à tradicional desconfiança em relação aos objetivos das organizações coletivas e que, ademais, ignora a potencialidade do sistema jurídico para incorporar mecanismos que acolham e viabilizem a participação intensificada.

Em seguida, supera a *tese da suficiência*, que propugna serem satisfatórios os atuais mecanismos e agentes legitimados para assegurar a contenção e represália de fraudes e abusos de poder. Pereira promove a desdogmatização da atuação dos tradicionais legitimados. Trata abertamente da parcialidade da atuação de partidos e candidatos, da vulnerabilidade do eleitor (nos sistemas em que é este legitimado a propor a ação eleitoral) e das limitações estruturais do Ministério Público. Conclui que toda pretensão fiscalizatória

⁶²² PEREIRA, Rodolfo Viana. **Direito constitucional democrático**, p. 256.

⁶²³ PEREIRA, Rodolfo Viana. **Tutela coletiva no processo eleitoral**, p. 137.

⁶²⁴ PEREIRA, Rodolfo Viana. **Tutela coletiva no processo eleitoral**, p. 137-160.

sofre algum tipo de condicionamento e que, reconhecidas essas *idiossincrasias*, “somente com a previsão de um amplo leque de requerentes [...] será possível atingir uma situação em que a conjugação das distintas estratégias, motivações e recursos resultará na aproximação do ideal da autossuficiência e da plena eficácia do sistema de controle [...]”⁶²⁵.

Os estudos de Pereira fornecem significativo substrato teórico em prol da democratização da função judicial eleitoral. O autor reivindica uma compreensão ampliada e autônoma da fiscalidade das eleições, confere centralidade à participação nos procedimentos eleitorais, aborda-os sob perspectiva coletivizada e problematiza a atual estruturação desses procedimentos por parâmetros autocráticos. Sua abordagem abre ensejo para a reflexão sobre uma nova conformação de participação política organizada, voltada especificamente não para a disputa do poder político, mas para a fiscalização dos atores e estratégias nesta envolvidos. Há, ainda, a apresentação de uma proposta autêntica, de inclusão de associações civis *lato sensu* no controle das eleições, o que rompe com a tradicional visão de que os partidos políticos são a única forma de organização civil relacionada ao âmbito da formação dos mandatos eletivos.

Pereira desenvolve intensa crítica à estruturação privatística dos procedimentos eleitorais e enfatiza a impropriedade da vinculação do *interesse de agir* nas ações eleitorais à noção de *direito subjetivo*. O autor chega a oferecer uma compreensão dos procedimentos eleitorais coletivos em perspectiva objetiva, definida a partir do “bem visado (o direito à verdade eleitoral, o direito à lisura do processo eleitoral, o direito à adequada formação do princípio representativo)”⁶²⁶. A partir dessa perspectiva, Pereira defende que “deve ser concedida muito menos importância à demonstração da coerência entre a motivação particular do postulante e qualquer suposto benefício individualizado que o mesmo possa vir a usufruir de uma decisão de procedência do pedido”⁶²⁷.

Há, porém um aspecto da proposta de Pereira que desafia objeção: a inferência de que as associações civis devem participar do controle das eleições porque são menos suscetíveis a desviarem-se da defesa do *interesse supraindividual* que os cidadãos^{628 629}.

⁶²⁵ PEREIRA, Rodolfo Viana. **Tutela coletiva no direito eleitoral**: controle social e fiscalização das eleições, p. 158.

⁶²⁶ PEREIRA, Rodolfo Viana. **Tutela coletiva no direito eleitoral**: controle social e fiscalização das eleições, p. 129.

⁶²⁷ PEREIRA, Rodolfo Viana. **Tutela coletiva no direito eleitoral**: controle social e fiscalização das eleições, p. 129.

⁶²⁸ A condução do argumento de Rodolfo Pereira se aproxima da lógica que encaminhou Vigoriti à conclusão pelo maior proveito da atuação de um portador adequado dos interesses dos cidadãos. Assim, Pereira questiona a “capacidade cognitiva do eleitor para a fiscalização” e sua “motivação para aceder à via jurisdicional”, vindo

Essa ideia reafirma a dicotomia entre interesse individual e coletivo e encaminha o reforço do modelo de representação adequada, ainda que com dilatação do rol de representantes para nele incluir as associações.

É importante destacar que, ao promover a defesa do acolhimento da sociedade civil organizada nos procedimentos eleitorais, Pereira labora em crítica a modelos do direito comparado que em regra já reconhecem ao cidadão a prerrogativa de fiscalização das eleições, pelo manejo de ações eleitorais. Sempre que se refere aos “tradicionais legitimados”, o autor *pressupõe* um sistema em que a Cidadania estabelece ao menos uma interface – a atuação individual – com a função judicial eleitoral. Tanto assim que afirma: “não há dúvidas de que a atribuição da legitimidade ativa ao eleitor é um requisito inafastável de todo sistema contencioso que se pretende constitucional e democraticamente adequado”⁶³⁰.

Todavia, não é este um traço do modelo vigente no Brasil, em que a atuação estatal – legislativa e judicial – tem se pautado pelo refreamento ilegítimo das pretensões fiscalizatórias da população. No caso brasileiro, impera a severa dissociação entre o exercício da Cidadania e a prerrogativa de fiscalidade das eleições e de seus resultados. Daí ser mais premente o resgate da conexão entre a autoproclamação do interesse na fiscalização das eleições e a legitimidade da participação dos cidadãos nos procedimentos judiciais em que essa fiscalização é exercida.

Ademais, as associações civis não são formadas por outro substrato que não o interesse de cidadãos em se organizarem para uma atuação compartilhada e reforçada. Por

a concluir que “ainda que se parta do princípio de que sua ação atenda mais a interesses de natureza ‘cívica’ que de natureza partidária ou pessoal [...], sua intervenção concreta no âmbito do controle de regularidade eleitoral será sempre tópica, assistemática e descontextualizada”. (PEREIRA, Rodolfo Viana. **Tutela coletiva no direito eleitoral**: controle social e fiscalização das eleições, p. 152.).

⁶²⁹ No desenvolvimento de seu argumento, Rodolfo Pereira resalta três pontos negativos da (potencial) atuação dos eleitores nos procedimentos eleitorais: a limitação do horizonte de compreensão dos eleitores, decorrente de não disporem de instrumentos para detecção de fraudes e irregularidades; sua apatia na condição de votantes, que faz desacreditar de seu desempenho como agentes de controle eficazes; e sua fragilidade como protagonista individual para suportar a responsabilidade pelo manejo da ação eleitoral, inclusive eventuais ônus de sucumbência. (PEREIRA, Rodolfo Viana. **Tutela coletiva no direito eleitoral**: controle social e fiscalização das eleições, p. 152-154.). Propõe-se a superação dessas objeções por consequências extraídas das premissas teóricas da presente pesquisa: 1) cabe ao Estado instituir mecanismos que facilitem o exercício da Cidadania, inclusive pela implementação de política tecnológica voltada para a concreção da inafastabilidade da jurisdição; 2) o discurso de apatia do cidadão, um dos pilares da hegemonização da democracia representativa, não fornece justificativa para o exercício do poder instituído sob o influxo da igualdade institucional entre Cidadania e Estado; 3) a participação ampla deve ser concebida fora da estrutura polarizada da ação de cunho patrimonialista, o que retira o protagonismo do proponente da ação, seja ele ou não o eleitor isolado. O segundo argumento foi construído no Capítulo 3 e os demais serão apresentados no Capítulo 7.

⁶³⁰ PEREIRA, Rodolfo Viana. **Tutela coletiva no direito eleitoral**: controle social e fiscalização das eleições, p. 152.

isso, a exemplo do que foi dito sobre os partidos políticos, as associações não devem ser compreendidas como uma racionalidade autônoma, preservada como idealidade. São os interesses (sempre individuais) de seus membros que subjazem à atuação das associações. Por essa razão, sustenta-se que a legitimidade das associações para agir nos procedimentos eleitorais é um desdobramento coletivizado do exercício da Cidadania por parte dos indivíduos que compõem aquelas.

A retificação que se propõe, portanto, é que a inclusão da sociedade civil organizada nos procedimentos eleitorais não precisa – ou, antes, não pode – ser feita ao custo da depreciação da participação individual. A prerrogativa de autoinclusão e a objetivação do procedimento conferem legitimidade constitucional ao cidadão para participar dos procedimentos eleitorais coletivos, ainda que por sua atuação isolada. Além disso, são esses aspectos que – exatamente como almeja Pereira – tornam irrelevante a motivação do autor da ação eleitoral e a utilidade que desta lhe resulte.

6.2.6.2 Reconhecimento de legitimidade para agir ao cidadão

A exclusão da participação dos cidadãos dos procedimentos eleitorais coletivos é objeto de crítica de Edilene Lôbo⁶³¹.

A crítica parte da reformulação da compreensão de efetividade, que é dissociada da *celeridade* e passa a ser encarada como “princípio extraído da teoria da norma, revelando o ganho de legitimidade para o sistema jurídico com a atuação de direitos fundamentais”, a envolver “a ampliação da fiscalidade popular e do controle pelo próprio cidadão na efetivação dos direitos fundamentais”⁶³².

Opondo-se às restrições legais e jurisprudenciais impostas à participação do cidadão nos procedimentos eleitorais, Lôbo é pioneira ao sugerir “tratar as lides eleitorais como ações temáticas”⁶³³ – modelo procedimental coletivo participativo elaborado por Vicente de Paula Maciel Júnior.

A autora não chega a desenvolver o aprofundamento dessa sugestão e passa à elaboração de uma proposta subsidiária: a admissão da ação popular⁶³⁴ perante os órgãos judiciários eleitorais, procedimentalizada como Ação de Investigação Judicial Eleitoral, para

⁶³¹ LÔBO, Edilene. **A inclusão do cidadão no processo eleitoral**.

⁶³² LÔBO, Edilene. **A inclusão do cidadão no processo eleitoral**, p. 85.

⁶³³ LÔBO, Edilene. **A inclusão do cidadão no processo eleitoral**, p. 131.

⁶³⁴ BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**, art. 5º, LXXIII.

viabilizar o controle judicial das eleições pelo cidadão. Argumenta Lôbo que a ação popular é concedida ao cidadão para “exercitar diretamente o poder de fiscalizar os negócios públicos e tendo em conta que os atos praticados no processo eleitoral pretendem geri-los, não há porque afastá-la de sua concepção genérica”⁶³⁵.

A proposta de uma *ação popular eleitoral* pode diminuir de imediato o problema do acesso do cidadão à função judicial eleitoral. Trata-se da oferta de um paliativo no cenário vigente de exclusão absoluta da participação popular nos procedimentos eleitorais. Desse viés pragmático a autora tem plena ciência – tanto que circunscreve a proposta a um cenário, por ela não defendido, em que “não se acolha a apreciação do assunto a partir da teoria do processo coletivo e admita-se como válida a escolha do legislador”⁶³⁶.

No entanto, a replicação da estrutura polarizada da Ação de Investigação Judicial Eleitoral na *ação popular eleitoral* obliteraria a necessária revisão teórica do parâmetro de coletivização dos procedimentos eleitorais. O cidadão que propusesse a demanda assumiria a *titularidade da ação*, sem possibilidade de controle pelos demais legitimados, a não ser o Ministério Público Eleitoral. Nessa perspectiva de ação intentada pelo cidadão, ganha consistência a advertência feita por Pereira quanto às idiossincrasias do *protagonista individual*.

Outro apontamento crítico de Pereira à atuação do cidadão nos procedimentos eleitorais coletivos, que se mostra pertinente, diz respeito ao tratamento do interesse de agir como desdobramento do alistamento e da elegibilidade. Por essa linha se envereda Lôbo ao sustentar que a legitimidade do cidadão para promover o controle judicial seria um *complemento do voto*⁶³⁷.

Lôbo acolhe a polissemia da expressão *processo eleitoral*, ao afirmar que são vários os “processos” referidos na legislação eleitoral (político, administrativo, legislativo e jurisdicional)⁶³⁸. A partir dessa premissa, a autora concebe os procedimentos judiciais eleitorais para controle dos atos administrativos e para a defesa de direitos políticos no curso do período eleitoral como *prolongamento* da prerrogativa de participação nas eleições. Logo, a legitimação para agir seria reconhecida ao *eleitor*, o cidadão que exerce direitos

⁶³⁵ LÔBO, Edilene. **A inclusão do cidadão no processo eleitoral**, p. 135.

⁶³⁶ LÔBO, Edilene. **A inclusão do cidadão no processo eleitoral**, p. 133-134.

⁶³⁷ “Tomando o processo eleitoral como coletivo, referindo-se aos interesses de todos nas comunidades em que opera, qualquer componente do povo que se submete a esse mesmo processo é apto a completar sua participação, a ponto de questionar a sinceridade do resultado de seu voto pela via jurisdicional”. (LÔBO, Edilene. **A inclusão do cidadão no processo eleitoral**, p. 120.).

⁶³⁸ LÔBO, Edilene. **A inclusão do cidadão no processo eleitoral**, p. 40-44.

políticos ativos nas eleições e que, por isso, teria reconhecido seu interesse de agir.

Essa noção se aproxima da concepção de um *direito subjetivo* a ser defendido pela ação eleitoral e é refutável, conforme as concepções apresentadas na presente pesquisa, sem que se recorra à dicotomia de relacionar o controle ao *interesse público*. A fiscalidade é prerrogativa autônoma da Cidadania, não restringível por condicionantes estatais do *interesse jurídico* ou da *legitimação para agir*. Ainda que não tenha votado ou que sequer seja alistado eleitor, o cidadão – ou seja, a pessoa natural constitucionalmente investida da igualdade institucional em relação ao Estado – detém legitimidade para participar dos procedimentos judiciais em que decididas questões relacionadas à formação dos mandatos eletivos.

6.2.6.3 Assimilação das propostas ao referencial teórico da pesquisa

Analizadas as substanciais contribuições de Pereira e Lôbo, tem-se reunido um arcabouço teórico de consistente crítica à severa e apriorística restrição à participação nos procedimentos eleitorais coletivos. A assimilação das propostas apresentadas, com as retificações sugeridas, lança a presente pesquisa a um patamar no qual se torna possível sustentar a *necessidade de remoção de quaisquer elementos que conectem a fiscalidade das eleições e de seus resultados às noções de interesse público e de tutela de direitos subjetivos*.

Compartilha-se, com os autores referidos, a diretriz de adoção de procedimentos eleitorais coletivos cujo imperativo primeiro seja a intensificação da participação, por influxo da principiologia democrática. No entanto, compreende-se que os procedimentos e institutos pré-formatados pela lógica patrimonialista não são passíveis de aproveitamento para esse objetivo. É o que motiva a elaboração, no Capítulo 7, da proposta de estruturação técnica dos procedimentos eleitorais coletivos como ações temáticas.

6.3 Legitimação do protagonismo judicial: o interesse público eleitoral como justificativa da inquisitorialidade

A *recepção constitucional* da Lei (ordinária) n. 4.737/1965 como lei complementar exigida pela Constituição para a instituição do Código Eleitoral é uma solução formal que apenas encobre a problemática premissa sobre a qual se assenta a função judicial eleitoral brasileira: os órgãos estatais incumbidos de proferir decisões concernentes à atribuição,

modificação e extinção de direitos políticos e à segurança a seu exercício, na vigência da Constituição democrática de 1988, atuam a partir da estruturação e do direcionamento fornecido por lei oriunda da última ditadura militar.

Da Constituição vigente parecem ter sido absorvidas, seletivamente, a preocupação com a *moralidade pública*⁶³⁹ e com a *celeridade*⁶⁴⁰. Tomadas sem maior reflexão sobre os reclames da construção da Cidadania própria ao Estado Democrático de Direito, essas expressões se dogmatizam e contribuem para a manutenção e o agravamento de parâmetros autoritários de decisão em defesa do *interesse público*.

No âmbito da judicção eleitoral, a própria *democracia* passa a ser assimilada a esse interesse público, uma vez que se apresenta como um *bem jurídico* a ser *tutelado* pelos órgãos judiciais. Esse objeto privilegiado de proteção justifica a *flexibilização* de garantias processuais daqueles que atentam duplamente contra a *democracia*: ao vulnerá-la por práticas ilícitas e ao postergar a realização da justiça. Além disso, diante do inexorável decurso do tempo dos mandatos, mais do que em qualquer outro âmbito “o afã de realização inegociável da celeridade gera a impressão de que, entre o ajuizamento da demanda e o provimento final, o processo surja mais como empecilho à atividade judicacional do que como espaço de atuação democrática do direito”⁶⁴¹.

A ideologia social do Código Eleitoral ganha reforços da legislação posterior a 1988 – em especial a Lei Complementar n. 64/1990 e a Lei n. 9.504/1997 –, que não procura desprender os procedimentos eleitorais da conformação autoritária sob a qual foi moldada a Justiça Eleitoral. A instrumentalidade do processo segue afirmada como um *truísmo*⁶⁴², evidenciado pela diretriz socializante do Código Eleitoral, segundo a qual “na aplicação da lei eleitoral o juiz atenderá sempre aos fins e resultados a que ela se dirige [...]”⁶⁴³.

A preocupação em acelerar a velocidade de prolação das decisões se enuncia pela alteração introduzida, em 2009, na Lei n. 9.504/1997, para quantificar em um ano a “duração razoável do processo que possa resultar em perda de mandato eletivo”⁶⁴⁴. Vetustas regras legais como a estipulação de que “os recursos eleitorais não terão efeito

⁶³⁹ BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**, art. 14, §9º.

⁶⁴⁰ BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**, art. 5º, LXXVIII.

⁶⁴¹ GRETA, Roberta Maia. Segurança jurídica: o edifício de ponta-cabeça arquitetado na exposição de motivos do projeto do novo Código Civil, p. 226.

⁶⁴² A afirmação é de José Jairo Gomes, para quem o dispositivo citado é reflexo do fato de que “nos dias que correm, tornou-se truísmo dizer que processo é meio, e não fim em si mesmo”. (GOMES, José Jairo. **Direito eleitoral**, p. 52.).

⁶⁴³ BRASIL. Código Eleitoral (1965). **Lei n. 4.737, de 15 de julho de 1965**, art. 219.

⁶⁴⁴ BRASIL. **Lei n. 9.504, de 30 de setembro de 1997**, art. 97-A.

suspensivo”⁶⁴⁵, porque simpáticas à promessa de celeridade, irrompem livremente na estruturação dos procedimentos eleitorais. O triunfo do tempo cronológico e do interesse público sobre o devido processo legal forja a legitimação de arbítrios na condução dos procedimentos.

Há previsão expressa na Lei Complementar n. 64/1990 de iniciativa probatória por parte do órgão judiciário eleitoral, pela realização de diligências e mesmo pela oitiva de “conhecedores dos fatos e circunstâncias que possam influir na decisão da causa”⁶⁴⁶.

Além disso, identifica-se na legislação eleitoral o franco prestígio ao solipsismo. Dispositivos legais *autorizam* (imunizam) o descolamento da decisão em relação ao contraditório. É o que se prescreve quanto ao julgamento da Ação de Impugnação ao Registro de Candidatura:

Art. 7º [...]

Parágrafo único. O Juiz, ou Tribunal, formará sua convicção pela livre apreciação da prova, atendendo aos fatos e às circunstâncias constantes dos autos, ainda que não alegados pelas partes, mencionando, na decisão, os que motivaram seu convencimento.⁶⁴⁷

Também quanto ao julgamento da Ação de Investigação Judicial Eleitoral:

Art. 23. O Tribunal formará sua convicção pela livre apreciação dos fatos públicos e notórios, dos indícios e presunções e prova produzida, atentando para circunstâncias ou fatos, ainda que não indicados ou alegados pelas partes, mas que preservem o interesse público de lisura eleitoral.⁶⁴⁸

A inspiração inquisitorial desses dispositivos é evidenciada pela similitude com as orientações traçadas nos Decretos Pontificiais do Papa Gregório IX para a descoberta da verdade real⁶⁴⁹. Em ambos os casos ignora-se, sobejamente, a subordinação da atuação judicial a limites objetivos previamente configurados pelo sistema, pairando a noção do *dever* de decidir como fonte do *poder* amplo de investigação, a franquear a coleta de elementos probatórios e fundamentos decisórios na dimensão extraprocessual.

Essas diretrizes são incompatíveis com a processualidade democrática, cujas premissas impõem compreender que:

[...] os *autos do procedimento* não são um mero caderno de anotações dos atos

⁶⁴⁵ BRASIL. Código Eleitoral (1965). **Lei n. 4.737, de 15 de julho de 1965**, art. 257.

⁶⁴⁶ BRASIL. **Lei Complementar n. 64, de 18 de maio de 1990**, art. 23, arts. 5º, §2º, 3º e 22, VI.

⁶⁴⁷ BRASIL. **Lei Complementar n. 64, de 18 de maio de 1990**, art. 7º.

⁶⁴⁸ BRASIL. **Lei Complementar n. 64, de 18 de maio de 1990**, art. 23.

⁶⁴⁹ Cf. subseção 5.1.2.

processuais, mas expressam os limites formais do campo provisional (probatício) preparador do provimento (sentença). Quando se diz que a decisão pode ser *ultra, extra* ou *citra* em face do *petitum* e que este deve ser certo e determinado, já se põe em inconstitucionalidade, no Estado democrático de direito, qualquer elemento estruturante do procedimento trazido, em nome de verdades reais, pela *ratio* provedora (*ex-officio*) do juízo para decidir, uma vez que nenhum aspecto argumentativo do decidir pode se valer de estruturas probantes, ainda que de relevo externo, não perpassadas em contraditório no âmbito formalizável de autorização (*autos*) legal. [...]

A decisão que não se anuncie por enquadramento probatício obtido por *meios* lícitos (isto é: meios como articulações lógico-jurídicas em espaço procedimentalizado) há de ser considerada inexistente no direito democrático, mesmo que os elementos e os instrumentos de prova trazidos *ex-officio* sejam irreprimíveis à construção de certezas ou evidências.⁶⁵⁰

A feição inquisitorial da atuação judicial na Ação de Impugnação ao Registro de Candidatura, na Ação de Investigação Judicial Eleitoral e na Ação de Impugnação ao Mandato Eletivo – três dos quatro procedimentos eleitorais coletivos previstos na legislação – é reminiscência da *investigação judicial* prevista no Código Eleitoral para reunir provas do “uso indevido do poder econômico, desvio ou abuso do poder de autoridade, em benefício de candidato ou partido político”⁶⁵¹.

Adriano Soares da Costa explica que a *investigação eleitoral*, não mais vigente, possui “natureza pré-processual de inquérito, de cunho administrativo, que servia para produzir as provas necessárias para posterior manejo de recurso contra a diplomação”⁶⁵². Ao Corregedor (Geral ou Regional) Eleitoral competia conduzir a investigação e apresentar, ao final, relatório conclusivo que, “como peça de instrução, não envolveria conteúdo decisório”, mas sim indicação de providências⁶⁵³.

Costa observa que “tão acostumados estavam os operadores do Direito Eleitoral com essa sistemática, que tardaram a perceber a inovação trazida pela Lei Complementar nº 64/90, cujos preceitos, inobstante preservando a terminologia investigação judicial, criam uma nova ação”⁶⁵⁴. Segundo Costa, essa percepção cabe primeiramente a Fávila Ribeiro, que se mostra refratário à novidade.

Ribeiro destaca a eficiência operativa do anterior “instrumento de investigação”, que, colocado “no próprio regaço institucional da Justiça Eleitoral”, conferia a esta “ampla mobilidade, afastando-se dos modelos propriamente jurisdicionais, passando a contar com

⁶⁵⁰ LEAL, Rosemiro Pereira. **Teoria processual da decisão jurídica**, p. 147-148.

⁶⁵¹ BRASIL. Código Eleitoral (1965). **Lei n. 4.737, de 15 de julho de 1965**, art. 237, §2º.

⁶⁵² COSTA, Adriano Soares da. **Instituições de direito eleitoral**, p. 343.

⁶⁵³ COSTA, Adriano Soares da. **Instituições de direito eleitoral**, p. 343.

⁶⁵⁴ COSTA, Adriano Soares da. **Instituições de direito eleitoral**, p. 343.

os seus diretos impulsos, [...] para apurar, de ofício, as investidas ilícitas, em qualquer oportunidade e onde quer que as pressentisse”⁶⁵⁵. No entendimento do autor, a adoção da Ação de Investigação Judicial Eleitoral constituiu um retrocesso, pois “as atividades de investigação se eclipsaram, desaparecendo toda a funcionalidade administrativa que lhes era inerente e com ela a capacidade de esmiuçar todos os pontos onde pudessem ser encontrados dados elucidativos dos cometimentos ilícitos e de seus responsáveis [...]”⁶⁵⁶.

Em síntese, Ribeiro reputa *precoce* o aparecimento da *atividade jurisdicional* na apuração de ilícitos eleitorais, pois a Ação de Investigação Judicial Eleitoral submete o órgão judiciário, desde o início, “já ao rigor de sua forma técnica”⁶⁵⁷. Essa avaliação exorta o pensamento, típico da ideologia do Estado Social, de que o estabelecimento de garantias processuais conduz ao engessamento da atividade judicial e, este, ao comprometimento da descoberta da verdade real.

Não obstante esse descontentamento expressado por Fávila Ribeiro, a disciplina legal da Ação de Investigação Judicial Eleitoral conserva ampla margem de discricionariedade decisória e ativismo procedimental dos órgãos judiciários. Há, de fato, uma significativa alteração, consistente na supressão da instauração de ofício da investigação, prevista no Código Eleitoral. Mas a similitude formal do regramento da Ação de Investigação Judicial Eleitoral favorece a resiliência do discurso de socialização do processo. É o que subsidia entendimentos, como o de Joel José Cândido, de que o procedimento previsto na Lei Complementar nº 64/90 não se trata de ação, mas de *investigação judicial atípica*, dada sua “carga decisória relevante”⁶⁵⁸.

No que concerne ao Recurso Contra a Expedição de Diploma, são ainda mais entranhados os óbices a uma compreensão calcada na processualidade democrática. O cabimento daquele é previsto no Título III do Código Eleitoral, dedicado aos recursos, o que contribui para reforçar a utilização da expressão *processo eleitoral* como referência ao amálgama de atos praticados durante o período eleitoral. O Recurso Contra a Expedição de Diploma surgiria como meio impugnativo interposto contra a diplomação, vista esta como “ponto culminante de todo um sucessivo complexo de atos administrativo-judiciais relativos ao procedimento eleitoral como um todo, que vai desde a escolha dos candidatos em

⁶⁵⁵ RIBEIRO, Fávila. **Direito eleitoral**. 4. ed. rev. e ampl.. Rio de Janeiro: Forense, 1996, p. 356.

⁶⁵⁶ RIBEIRO, Fávila. **Abuso de poder no direito eleitoral**. 2. ed.. Rio de Janeiro: Forense, 1993, p. 116.

⁶⁵⁷ RIBEIRO, Fávila. **Abuso de poder no direito eleitoral**, p. 116.

⁶⁵⁸ CÂNDIDO, José Joel. **Direito eleitoral brasileiro**. 7. ed. São Paulo: Edipro, 1998, p. 128.

convenção partidária até sua eleição, proclamação e diplomação”⁶⁵⁹.

Na ausência de disposições legais específicas sobre o procedimento do Recurso Contra a Expedição de Diploma, é este instruído e julgado como os recursos eleitorais: *interposição* perante juízo que realiza a diplomação; apresentação de *contrarrazões* pelo réu; remessa dos autos ao tribunal eleitoral que exerce função revisional no pleito específico (TRE nas eleições municipais e TSE nas estaduais e federais).

Adriano Soares da Costa considera equivocado esse tratamento dispensado ao Recurso Contra a Expedição de Diploma, como recurso e não como ação⁶⁶⁰. Ademais, reputa vulnerado o devido processo legal não apenas sob a perspectiva do duplo grau de jurisdição, mas, também, do juízo natural, pois “ao se impor à ação contra diplomação o rito de recurso, suprimiram-se instâncias que, se fosse utilizado o rito de uma ação, não seriam suprimidas”⁶⁶¹.

Costa encaminha sua discordância a partir da ótica do *autor* da ação, “apoucado de uma instância que de modo mais apropriado curaria em julgar a impugnação”⁶⁶². Segundo o autor, haveria, nas hipóteses de cabimento do Recurso Contra a Expedição de Diploma, um *direito subjetivo à impugnação*; uma “ação de direito material” que “nasce com a diplomação (termo *a quo*), embora somente possa ser exercitada judicialmente, através da ação processual, que possui rito idêntico aos recursos”⁶⁶³. Assim, ainda que a todos assista o “interesse em que o pleito eleitoral seja conforme o ordenamento jurídico”, falta “legitimidade *ad causam* ativa para o eleitor, que não possui direito, pretensão e ação contra a diplomação do candidato”⁶⁶⁴.

Esse raciocínio acentua a polarização da questão debatida no Recurso Contra a Expedição de Diploma. A legitimação para sua propositura é apresentada como decorrência da incorporação do *direito subjetivo à impugnação* ao *patrimônio jurídico* de determinadas pessoas – ou, mais abstratamente, da coletividade, embora só possa esta agir por meio de seus representantes. Desse modo, o questionamento promovido por Costa reforça a visão subjetivista e patrimonializada da questão debatida no Recurso Contra a Expedição de Diploma, o que, ainda que involuntariamente, desloca-a do âmbito da Cidadania.

⁶⁵⁹ COSTA, Tito. **Recursos em matéria eleitoral**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996, p. 125

⁶⁶⁰ COSTA, Adriano Soares da. **Instituições de direito eleitoral**, p. 315-318.

⁶⁶¹ COSTA, Adriano Soares da. **Instituições de direito eleitoral**, p. 321.

⁶⁶² COSTA, Adriano Soares da. **Instituições de direito eleitoral**, p. 321.

⁶⁶³ COSTA, Adriano Soares da. **Instituições de direito eleitoral**, p. 319.

⁶⁶⁴ COSTA, Adriano Soares da. **Instituições de direito eleitoral**, p. 334.

A problemática em torno da compreensão do Recurso Contra a Expedição de Diploma não diz respeito, apenas, a sua configuração como ação ou recurso, mas também a sua finalidade sistemática.

Até 10/12/2013, as hipóteses legais de ajuizamento do Recurso Contra a Expedição de Diploma se encontram previstas em incisos do art. 262 do Código Eleitoral: inelegibilidade ou incompatibilidade de candidato; errônea interpretação da lei quanto à aplicação do sistema de representação proporcional; erro de direito ou de fato na apuração final, quanto à determinação do quociente eleitoral ou partidário, contagem de votos e classificação de candidato, ou a sua contemplação sob determinada legenda; concessão ou denegação do diploma em manifesta contradição com a prova dos autos, nas hipóteses do Código Eleitoral, art. 222 e da Lei n. 9.504/1997, art. 41-A⁶⁶⁵.

Ainda na vigência dessa previsão, o TSE, em controle incidental de constitucionalidade, considera que o manejo do Recurso Contra a Expedição de Diploma na hipótese de concessão ou denegação do diploma em contrariedade à prova dos autos é inconstitucional. No entendimento do tribunal, a Constituição teria estipulado a Ação de Impugnação ao Mandato Eletivo como “único veículo pelo qual é possível impugnar o mandato já reconhecido pela Justiça”, reconhecimento este que se dá com a diplomação⁶⁶⁶.

Com o advento da Lei n. 12.891/2013, os incisos do art. 262 do Código Eleitoral são revogados. A nova redação do dispositivo legal restringe o manejo do Recurso Contra a Expedição de Diploma apenas às hipóteses de *inelegibilidade superveniente ou constitucional* e de *ausência de condição de inelegibilidade*⁶⁶⁷.

Não há se inferir ganho de sistematicidade processual dessas alterações. Tanto a

⁶⁶⁵ BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. **Código eleitoral anotado e legislação complementar**. 10. ed. Brasília: Tribunal Superior Eleitoral, Secretaria de Gestão da Informação, 2012.).

⁶⁶⁶ BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. **Recurso Contra Expedição de Diploma n. 884.2011.6.18.000**, Relator Min. Dias Toffoli. Acórdão de 12 set. 2013. Publicado no Diário de Justiça Eletrônico em 12 nov. 2013, n. 216, página 54-55. Disponível em: <<http://www.tse.jus.br/pesquisa-de-jurisprudencia>>. Acesso em: 15 nov. 2013. O acórdão é assim ementado: “RECURSO CONTRA EXPEDIÇÃO DE DIPLOMA. DEPUTADO FEDERAL. CÓDIGO ELEITORAL. ART. 262, IV. INCONSTITUCIONALIDADE. RECEBIMENTO. AÇÃO DE IMPUGNAÇÃO DE MANDATO ELETIVO. PRINCÍPIO DA SEGURANÇA JURÍDICA. FUNGIBILIDADE. TRIBUNAL REGIONAL ELEITORAL. COMPETÊNCIA DECLINADA. QUESTÃO DE ORDEM. VISTA. PROCURADORIA GERAL ELEITORAL. REJEIÇÃO. 1. A Constituição Federal de 1988 estabeleceu, no art. 14, § 10, qual é o único veículo pelo qual é possível impugnar o mandato já reconhecido pela Justiça Eleitoral. 2. Desse modo, o inciso IV do art. 262 do Código Eleitoral, no que diz respeito à redação original do dispositivo, não foi recepcionado pela Constituição brasileira e, quanto à parte final, denota incompatibilidade com a disciplina constitucional. [...] 4. Recurso contra expedição de diploma recebido como ação de impugnação de mandato eletivo em razão do princípio da segurança jurídica e remetido ao Tribunal Regional Eleitoral, órgão competente para o seu julgamento.”

⁶⁶⁷ “O recurso contra expedição de diploma caberá somente nos casos de inelegibilidade superveniente ou de natureza constitucional e de falta de condição de elegibilidade.” (BRASIL. Código Eleitoral (1965). **Lei n. 4.737, de 15 de julho de 1965**, art. 262.).

decisão do TSE quanto a inovação legislativa passam ao largo da demarcação do espaço processual, dedicando-se a solucionar aspecto operacional da judicção. Aliás, a decisão proferida pelo TSE, firme na visão instrumentalista do processo, determina, com apoio no *princípio da fungibilidade*, a *conversão* do Recurso Contra a Expedição de Diploma em Ação de Impugnação ao Mandato Eletivo e sua remessa ao TRE/PI para tramitação e julgamento.

6.4 Apontamentos finais do capítulo

Arguida a legislação eleitoral vigente quanto a sua compatibilidade com as diretrizes da processualidade democrática, ressaí a severa desconexão do exercício da função judicial eleitoral, especialmente nos procedimentos coletivos.

O *povo* não existe no procedimento eleitoral, senão pela alteridade: o representado como criação do representante. Sua impotência é sintetizada na ausência de *interesse jurídico* (a decisão não lhe pode gerar o *proveito* de obter para si o mandato) e de *legitimação para agir* (a lei não lhe reconhece aptidão para apontar o sentido do interesse público). Parâmetros excludentes e autoritários de atuação dos órgãos judiciários eleitorais são parcamente dissimulados na dogmática compreensão do *processo eleitoral* e na enunciação de princípios que lhe seriam peculiares.

A precedência institucional da principiologia processual constitucionalizada coloca, como desafio, a estipulação de procedimentos que acolham, quanto às questões relativas às eleições e seus resultados, o exercício da prerrogativa cidadã de autoinclusão na produção de decisões judiciais vincadas pela hermenêutica isomênica.

Uma vez apresentados os pressupostos teóricos e constatada o déficit democrático do exercício da função judicial eleitoral, passa-se à parte propositiva da pesquisa, em que se discorre sobre o modelo procedimental coletivo apto a encaminhar o exercício democrático da função judicial eleitoral.

Como arremate a esse estágio da pesquisa, será inaugurado o argumento quanto à viabilidade prática desse modelo.

7 AÇÃO TEMÁTICA ELEITORAL: UMA PROPOSTA DE DEMOCRATIZAÇÃO DO EXERCÍCIO DA FUNÇÃO JUDICIAL ELEITORAL BRASILEIRA

Conforme estabelecido no Capítulo 5, o espaço processual democrático é prévia e teoricamente demarcado, ainda no nível instituinte da lei. Somente há se falar em jurisdição como exercício da função judicial vincado à processualidade democrática, o que descarta a possibilidade de contingenciamento do espaço processual em prol de uma efetividade de contornos utilitaristas.

Essas asserções estimulam uma indagação de ordem prática: como viabilizar concretamente o encaminhamento de decisões judiciais eleitorais coletivas com respeito às premissas teóricas adotadas na presente pesquisa? Uma vez estabilizadas essas premissas, que configuram a processualidade democrática em sua intangibilidade, a resposta para aquela indagação somente se encaminha pela apresentação de *um modelo procedimental compatível com a teoria neoinstitucionalista do processo*.

Passa-se a abordar, portanto, a *técnica*, compreendida por Aroldo Plínio Gonçalves, com apoio em Lalande, como “conjunto de meios adequados para a consecução dos resultados desejados, [conjunto] de procedimentos idôneos para a realização de finalidades”⁶⁶⁸. Mas, em perspectiva democrática, referidos *resultados desejados* ou *finalidades* somente podem ser apreendidos no discurso constitucional de igualação pelos direitos fundamentais.

Relembre-se que, de acordo com a diretriz epistemológica adotada na presente pesquisa⁶⁶⁹, a técnica é uma base morfológica do conhecimento que não deve ser tomada como ponto de partida da produção deste. O conhecimento que parte da técnica é o mero aprimoramento da *praxis*. É dogmático, porque “a técnica, em sua plena explicitação conjectural da habilidade do fazer ou proceder, desenvolve, exclusivamente [...] teorias úteis sobre a ação humana, sem qualquer preocupação de esgotamento crítico [...] da validade proposicional dos respectivos argumentos”⁶⁷⁰.

Por conseguinte, a proposta de estruturação dos procedimentos judiciais em momento algum pode se descolar da principiologia processual já delineada, o que impõe o descarte de mecanismos excludentes da participação ou que reforcem o protagonismo judicial. A adstrição teórica da presente pesquisa ao Estado Democrático de Direito repele,

⁶⁶⁸ GONÇALVES, Aroldo Plínio. **Técnica processual e teoria do processo**, p. 16.

⁶⁶⁹ Trata-se da epistemologia quadripartite formulada por Rosemiro Pereira Leal, apresentada em linhas gerais na Introdução desta dissertação.

⁶⁷⁰ LEAL, Rosemiro Pereira. **Teoria geral do processo: primeiros estudos**, p. 44.

por ilegítima, a persistente proliferação de técnicas jurídicas destinadas a acelerar a produção de julgados ao custo da redução do espaço processual.

Insiste-se aqui em assinalar a precedência da teoria sobre a técnica como alerta contra o usual raciocínio instrumentalista pelo qual a celeridade e as dificuldades em acomodar numerosos partícipes em um mesmo procedimento justificariam a flexibilização de garantias processuais. Nesse raciocínio, o esforço de resolução de questões práticas é abandonado ante a conveniente enunciação destas como obstáculos insuperáveis, aptos a legitimar a supressão de faculdades inerentes à Cidadania.

É preciso, portanto, compreender tais obstáculos em perspectiva científica adequada: *como problemas provisórios a serem enfrentados pela oferta de técnicas cuja efetividade há de ser medida não pelo êxito estratégico do controle social, mas pela aptidão em aproximar a realidade do discurso constitucional.*

Assim, o desafio está em que a técnica deve ser elaborada *a partir* de teorias científicas, e não o contrário.

Respeitado, então, esse compromisso epistemológico, passa-se à apresentação do modelo procedimental coletivo denominado *ação temática*; em seguida, à proposta de sua aplicação ao âmbito da função judicial eleitoral e, por fim, à abordagem de algumas questões práticas decorrentes da ampliação da participação nos procedimentos eleitorais.

7.1 Aspectos centrais do modelo da ação temática

A crítica à tradicional identificação entre direito e interesse, bem como ao modelo de legitimação para agir que sobre esta se erigiu, serviu de fundamento para que Vicente de Paula Maciel Júnior propusesse um novo modelo de procedimento coletivo, denominado *ação temática*⁶⁷¹.

7.1.1 Objetivação do procedimento

Como técnica que rompe com a cooptação dos interesses individuais, a ação temática é estruturada a partir da situação objetiva em relação à qual é demandada a providência judicial. Não se cogita da necessidade de previsão legal de um rol de sujeitos previamente autorizados a propor a demanda coletiva, mesmo porque a faculdade de propositura da ação não se vincula à perspectiva patrimonializada da *titularidade* de um objeto litigioso.

⁶⁷¹ MACIEL JÚNIOR, Vicente de Paula. **Teoria das ações coletivas**: as ações coletivas como ações temáticas.

Maciel Júnior enfatiza a necessidade de tratamento do objeto do procedimento coletivo como *tema*, o que significa que o “mérito ou conteúdo da demanda [...] não será formado apenas pelo objeto do pedido constante na petição inicial”, mas também por questões formuladas por quaisquer interessados⁶⁷². O *tema* consiste, assim, em “fatos ou situações jurídicas que afetam os interessados” e seus contornos e profundidade são construídos por todos os partícipes do procedimento⁶⁷³.

A originalidade do modelo de procedimento coletivo proposto por Maciel Júnior pode ser sintetizada como a substituição do conceito de *lide* pelo de *tema*. Ao assim proceder, o autor desvencilha-se das incongruências oriundas da noção patrimonializada de *conflito caracterizado por uma pretensão resistida* e, sobretudo, da insatisfatória tentativa de replicação dessa noção no âmbito dos direitos de alcance coletivo.

7.1.2 Superação do modelo de representação adequada⁶⁷⁴

A ação temática recusa o modelo de representação adequada, ante o reconhecimento de que a inafastabilidade da jurisdição, prevista na Constituição, art. 5º, XXXV confere a quaisquer interessados legitimidade para agir, de modo amplo, na resolução de questões de alcance coletivo.

Conforme Maciel Júnior, “é o controle difuso de legalidade e o fato de poderem sofrer os efeitos do provimento que legitima a ação de todos os indivíduos para a ação coletiva”⁶⁷⁵. O autor afirma, em conclusão a sua tese, que a “legitimação ao indivíduo para o exercício da tutela coletiva na defesa de bens, direitos e situações difusas existe e não pode ser limitada”⁶⁷⁶.

7.1.3 Formação participada do mérito

O incremento da participação promovida pela ação temática não se esgota na

⁶⁷² MACIEL JÚNIOR, Vicente de Paula. **Teoria das ações coletivas**: as ações coletivas como ações temáticas, p. 180.

⁶⁷³ MACIEL JÚNIOR, Vicente de Paula. **Teoria das ações coletivas**: as ações coletivas como ações temáticas, p. 178-179.

⁶⁷⁴ Esse aspecto pode aqui ser tratado sucintamente, ante o aprofundamento da reflexão sobre seus fundamentos teóricos no Capítulo 4.

⁶⁷⁵ MACIEL JÚNIOR, Vicente de Paula. **Teoria das ações coletivas**: as ações coletivas como ações temáticas, p. 175.

⁶⁷⁶ MACIEL JÚNIOR, Vicente de Paula. **Teoria das ações coletivas**: as ações coletivas como ações temáticas, p. 177.

admissão dos interessados como aptos a atuar autonomamente em juízo como autores do procedimento coletivo. Reconhecer legitimidade ativa aos interessados, para superar o modelo da representação adequada no momento da propositura da ação, é imprescindível, mas não suficiente, para promover a ruptura com a matriz subjetivista ainda prevalente. Afinal, enquanto a amplitude do objeto da demanda coletiva for fixada com amparo exclusivo no pedido do autor, a atuação dos legitimados continuará a se estabelecer em molde concorrencial: tal como na representação adequada, supõe-se que a manifestação de um dos interessados canalize as pretensões de todos os demais⁶⁷⁷.

A modificação desse esquema exige que seja conferida a mesma intensidade e amplitude à participação de todos os interessados, independentemente de qual deles tenha provocado a instauração do procedimento coletivo. Para tanto, a linearidade da oposição petição inicial/contestação deve ser abandonada, dando lugar a um esquema *radial*: definida a centralidade do tema posto em debate, deve ser assegurada igual oportunidade de dedução de todos os argumentos que converjam para este ponto central.

Maciel Júnior parte do ponto em que Vigoriti, ainda na década de 1970, concluiu sua teoria: a potencial existência de múltiplos interessados nas decisões judiciais proferidas nos procedimentos coletivos. É a problematização dessa constatação que leva Maciel Júnior a alcançar resposta diametralmente oposta à fornecida pelo autor italiano. Semelhante observação coube a Juliana Maria Matos Ferreira, que explica:

Partindo da linha de pesquisa objetivista rejeitada por Vigoriti, Vicente de Paula Maciel Júnior, estabelece que para construção da estrutura procedimental com fundamentos na processualidade democrática, a definição dos direitos difusos deverá feita a partir do bem envolvido, sendo os legitimados para a demanda coletiva todos aqueles que direta ou indiretamente seriam afetados pela situação jurídica que atinge o determinado bem. Para o jurista italiano, a explicação do fenômeno coletivo deverá ser feita a partir do entendimento da existência de uma renúncia por parte dos legitimados naturais em face de suas vontades individuais, para que em seu lugar surja uma vontade coletiva e única que terá como

⁶⁷⁷ Veja-se que o mero comparecimento dos interessados ao processo, sem oportunidade de colaboração para a formação do mérito, não iria muito além da vigente sistemática da ação civil coletiva, destinada a promover o acerto coletivo da responsabilidade por “danos individualmente sofridos” (BRASIL. **Lei n 8.078, de 11 de setembro de 1990**. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8078.htm>. Acesso em: 2 fev. 2014, art. 91). A coletivização da demanda dos chamados “interesses individuais homogêneos”, ante a impossibilidade de eliminação da faculdade de propositura da ação individual, assumiu a preocupação de desencorajar o ajuizamento desta, o que se faz por meio da possibilidade de admissão dos “interessados” como litisconsortes na ação civil coletiva (BRASIL. **Lei n 8.078, de 11 de setembro de 1990**, art. 94). Ocorre que o ingresso na demanda coletiva vincula-se à exigência de que o litisconsorte requeira a suspensão da ação individual acaso ajuizada, sem a contrapartida da faculdade de influir na conformação do mérito da ação coletiva. Sua posição, portanto, é a de um partícipe de nível inferior, mero colaborador do representante adequado.

consequência [sic] a atribuição da legitimação para agir a um ente que irá exercer a representação de todos os interessados, vinculando a todos.⁶⁷⁸

Assim, enquanto Vigoriti recorre à ficção da renúncia ao princípio da coincidência para legitimar a condução de um procedimento coletivo sem interferência dos destinatários do provimento, Maciel Júnior propõe a abertura do procedimento a todos os interessados. Sua sugestão é que “uma vez proposta uma ação coletiva cujo fato tenha ou possa ter repercussões em um número indeterminado de interessados, a lei deveria prever que o juiz publicasse edital dando ciência do ajuizamento da demanda coletiva referente ao fato ‘X’”⁶⁷⁹.

A petição inicial da ação temática é, portanto, um ato apto a romper a inércia típica da função judicial, mas não a limitar a causa de pedir fática e jurídica. Deve aquela conter uma narrativa lógica que direcione a construção do tema. O autor pode, desde logo, indicar interessados a serem chamados ao procedimento⁶⁸⁰. Mas, não podendo quaisquer dos legitimados presuntivamente falar em nome de todos, ao autor não assiste a faculdade de delimitar o alcance subjetivo e objetivo da demanda apresentada. Sobre a situação fática ou jurídica objeto da ação pode incidir uma variedade de pretensões, as quais, entre si, podem ser antagônicas, parcialmente coincidentes ou totalmente coincidentes. Daí se delinea o desenho *radial* da ação temática.

Se nenhum dos legitimados pode restringir o acesso dos demais ao debate processual ou limitar as questões e teses que o comporão, exige-se uma técnica que permita a integração do objeto da ação pelas proposições enunciadas por todos os interessados. Assim, o edital que divulga a propositura de determinada ação temática assinala a oportunidade para que quaisquer interessados compareçam ao procedimento e contribuam para a delimitação do tema objeto da ação, relatando fatos, expondo argumentos jurídicos e

⁶⁷⁸ FERREIRA, Juliana Maria Matos. **O modelo participativo de processo coletivo**: as ações coletivas como ações temáticas. 2009. Dissertação (mestrado) – Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Programa de Pós-Graduação em Direito, Belo Horizonte. Disponível em: <http://www.biblioteca.pucminas.br/teses/Direito_FerreiraJM_1.pdf>. Acesso em: 20 set. 2011, p. 163.

⁶⁷⁹ MACIEL JÚNIOR, Vicente de Paula. **Teoria das ações coletivas**: as ações coletivas como ações temáticas, p. 180.

⁶⁸⁰ Haverá pessoas e entes cuja configuração como interessados decorrerá da própria narrativa – por exemplo, a alegação de que determinada obra municipal vem provocando abalos na estrutura de um edifício denota o interesse do Município e dos proprietários e moradores dos apartamentos afetados. Mas isso não exclui o possível interesse de terceiros, como proprietários e moradores de edifícios próximos, associações de bairro, empresas corresponsáveis pela obra pública, empregados. Por isso, não cabe a este fixar, de modo definitivo, quem são os interessados, quanto menos atribuir-lhes a posição de réu. A polaridade processual se dilui ante a impossibilidade de que o autor saiba, previamente, qual posição será assumida pelos interessados. No exemplo dado, os partícipes poderiam encaminhar discussão acerca da ameaça de dano a outros imóveis próximos, do transtorno causado à circulação local, da inobservância de normas de segurança e saúde do trabalho.

deduzindo pretensões. Essa proposta inovadora, que coloca em relevo a objetivação do procedimento, é denominada *formação participada do mérito* e constitui o cerne da ação temática. Segundo Maciel Júnior:

As ações coletivas não devem ser rígidas quanto à formação do mérito porque se o fato abrange um número indeterminado de interessados, é natural que dentre eles existam manifestações de vontade em sentidos diferentes e muitas vezes contraditórios. A ação dos diversos interessados difusos deve conduzir a uma possibilidade de “ampliação flexível do mérito do processo coletivo”. Se assim não for, corre-se o risco de se transformar a decisão judicial do processo coletivo em uma visão unilateral e representativa apenas de uma parcela dos interessados difusos na questão litigiosa.⁶⁸¹

A etapa de propositura da demanda, usualmente constituída de petição inicial e contestação, ganha complexidade na ação temática. O ato de instauração do procedimento coletivo encaminha questionamentos que serão objeto do exame judicial, mas não impede que outras manifestações tenham a mesma aptidão de provocar questões. A petição inicial não apenas aguarda um contra-ataque – traduzido na dedução, pelo réu, de fatos negativos, impeditivos, extintivos ou modificativos – como também dispara a oportunidade para que novos questionamentos sejam aditados ao mérito.

Essa dinâmica assimila a concepção de participação jurídica, adotada nesta pesquisa, por viabilizar o ingresso na instância decisional mediante ampla enunciação de sentidos em caráter vinculativo. A demanda inicial, dilatada pelo aporte de múltiplas indagações inter-relacionadas a partir de um eixo central – a situação fática ou jurídica que constitui a causa de pedir da petição inicial – converte-se em tema, em mérito construído coletivamente.

É importante observar que a adoção das expressões *ampliação flexível do mérito* e *formação participada do mérito* não confere feição instrumentalista à ação temática. Isso porque *flexibilidade*, aqui, não implica em ampla adaptabilidade do procedimento ao que o juiz reputar conveniente para o melhor desempenho de sua atividade.

Maciel Júnior não renuncia à estipulação legal da fase procedimental que comporta a oportunidade de participação na formação do mérito⁶⁸². A ampliação flexível do mérito constitui uma técnica pontual para compatibilização da fase da propositura com o caráter difuso das questões coletivas. A essa fase segue a estabilização da demanda, que vincula a atividade instrutória e decisória. Não se concede ao juiz poder de moldar

⁶⁸¹ MACIEL JÚNIOR, Vicente de Paula. **Teoria das ações coletivas**: as ações coletivas como ações temáticas, p. 180.

⁶⁸² MACIEL JÚNIOR, Vicente de Paula. **Teoria das ações coletivas**: as ações coletivas como ações temáticas, p. 183-184.

discrecionariamente o procedimento conforme lhe parecer conveniente.

Não há ensejo, portanto, para a adoção, na ação temática, de medida similar à prevista no art. 10, §2º, do Código Modelo de Processos Coletivos para Ibero-América, que possibilita a alteração do pedido e da causa de pedir a qualquer tempo, desde que não evidenciada a má-fé e o prejuízo ao contraditório⁶⁸³. Aliás, a segunda condição aí estabelecida – a inexistência de prejuízo ao contraditório – é irrealizável. A alteração do pedido e da causa de pedir após o início da fase instrutória conduz necessariamente à reabertura da fase propositiva. Especialmente considerado o desdobramento do contraditório em *garantia de não surpresa*⁶⁸⁴, tem-se evidenciada a ruptura do encadeamento lógico das etapas procedimentais, as quais compõem uma “estrutura normativa progressiva de preclusões”⁶⁸⁵.

Não há, tampouco, similitude entre a proposta de formação participada do mérito na ação temática com a noção de *contraditório coparticipado*, cunhada por Nicola Picardi. A formação participada do mérito não sugere uma atitude ética colaborativa das partes com o juiz, mas, sim, reconhece a legitimidade das pretensões manifestadas por quaisquer interessados no tema, por mais antagônicas que sejam entre si. O cerne da técnica proposta por Maciel Júnior é o abandono da oposição linear “petição inicial/contestação”, em prol da abertura do procedimento coletivo à diversidade de argumentos trazidos por todos os interessados.

7.1.4 Estruturação das decisões coletivas: uma contribuição aos estudos da ação temática

As premissas desenvolvidas na presente pesquisa abrem ensejo para a apresentação de uma contribuição para o adensamento dos estudos relacionados à ação temática, que diz respeito à estruturação da decisão coletiva. A questão remete aos argumentos desenvolvidos

⁶⁸³ “Art. 10 - Pedido e causa de pedir - Nas ações coletivas, o pedido e a causa de pedir serão interpretados extensivamente. §1º. Ouvidas as partes, o juiz permitirá a emenda da inicial para alterar ou ampliar o objeto da demanda ou a causa de pedir. §2º. O juiz permitirá a alteração do objeto do processo a qualquer tempo e em qualquer grau de jurisdição, desde que seja realizada de boa-fé, não represente prejuízo injustificado para a parte contrária e o contraditório seja preservado.” (INSTITUTO IBERO-AMERICANO DE DIREITO PROCESSUAL. **Código Modelo de Processos Coletivos para Ibero-América**. Disponível em: <http://www.pucsp.br/tutelacoletiva/download/codigomodelo_portugues_final_28_2_2005.pdf>. Acesso em: 5 jul 2013.).

⁶⁸⁴ Segundo Dierle Nunes, “o contraditório constitui um[a] verdadeira garantia de não surpresa, que impõe ao juiz o dever de provocar o debate acerca de todas as questões, inclusive as de conhecimento oficioso, impedindo que em ‘solitária onipotência’ aplique normas ou embase a decisão sobre fatos completamente estranhos à dialética defensiva de uma ou de ambas as partes” (NUNES, Dierle José Coelho. **Processo judicial democrático**, p. 229.).

⁶⁸⁵ ALMEIDA, Andréa Alves de. **Espaço jurídico processual na discursividade metalinguística**, p. 29.

na subseção 4.3.3, quando, com amparo na distinção popperiana das funções da linguagem, desenvolveu-se a reflexão sobre a pertinência lógica das manifestações encaminhadas ao procedimento.

A ação temática é um procedimento objetivo, que recusa seleção de partícipes a partir de análise subjetiva. As decisões proferidas nesse procedimento devem observar a mesma forma de racionalização. Tanto a fixação dos pontos controvertidos na decisão saneadora quanto o julgamento promovido na sentença devem se ater à aderência ao tema debatido.

A técnica de saneamento prevista no Código de Processo Civil é inaplicável à ação temática⁶⁸⁶. A decisão saneadora, por aquela disciplina, é formatada pela linearidade da estruturação petição inicial/contestação, o que resulta na formação de questões de mérito⁶⁸⁷ também lineares. O juiz observa o comportamento do réu em relação ao que deduz o autor. Constatada a oposição – resultante de negativa da situação fática narrada na petição inicial ou de alegação de fato modificativo, extintivo ou impeditivo “do direito do autor”⁶⁸⁸ –, forma-se o ponto controvertido. Sobre este deverá incidir a prova, cuja produção é também determinada pelo juiz.

Essa estrutura linear da formação dos pontos controvertidos não se amolda à ação temática, na qual a narrativa fático-jurídica da petição inicial constitui apenas o eixo central do objeto da ação. O aporte das manifestações dos interessados pode redundar em acréscimos não lineares ao tema, o que traduz incremento à complexidade da controvérsia. Por conseguinte, o simples cotejo entre a petição inicial e as respostas apresentadas não será suficiente para abarcar todo o âmbito da discussão.

⁶⁸⁶ Além da inadequação técnica ora abordada, há também a incompatibilidade com a principiologia democrática. Como ato solitário do juiz que se segue à frustração ou mesmo descarte da tentativa de conciliação, a decisão saneadora insere-se na perspectiva autoritária do processo como instrumento da jurisdição. O esgotamento da contribuição propositiva das partes na apresentação de suas peças processuais é traço marcante da subserviência do processo ao exercício da jurisdição. Esse aspecto problemático foi também detectado por Fabrício Veiga Costa: “[...] no processo civil brasileiro vigente não podemos falar em formação participada do mérito, tendo em vista que inexistente discussão ampla das questões de mérito trazidas aos autos, não é oportunizada a ampla legitimidade de todos os interessados trazerem aos autos questões de mérito além daquelas suscitadas pela parte autora e demandada e, também, pelo fato de a análise das questões de mérito alegadas ser uma prerrogativa exclusiva do juiz, que não se vincula àquilo que foi alegado pelas partes, possuindo ampla liberdade de análise de acordo com o princípio do livre convencimento motivado.” (COSTA, Fabrício Veiga. **Mérito processual**: a formação participada nas ações coletivas. Belo Horizonte: Arraes, 2012, p. 65.).

⁶⁸⁷ José Frederico Marques explica que questão é “a razão controvertida”, resultante da discordância em relação ao “conjunto de motivos em que [a pretensão] se funda”, entendida a pretensão como “declaração de vontade em que se formula, contra outro sujeito, determinada exigência” (MARQUES, José Frederico. **Manual de Direito Processual Civil**, p. 144-145.).

⁶⁸⁸ BRASIL. Código de Processo Civil (1973). **Lei n. 5.869, de 11 de janeiro de 1973**, art. 326.

Ronaldo Brêtas de Carvalho Dias, com apoio nos estudos de João Batista Lopes, enfatiza a relevância, para o Estado Democrático de Direito, do trinômio estrutural do contraditório (informação/reação/diálogo), “que se instala na dinâmica do procedimento” e, por obrigar o julgador a analisar e levar em consideração todos os atos das partes, “acarreta a conexão do princípio do contraditório com o princípio da fundamentação das decisões judiciais”⁶⁸⁹. Essa diretriz estruturante é aplicável não apenas à sentença, mas a quaisquer decisões judiciais.

Sustenta-se, com amparo nessa diretriz, que a decisão saneadora deve iniciar-se por um relatório no qual as argumentações dos interessados sejam agrupadas conforme as teses centrais debatidas. Devem também ser identificadas as pretensões nucleares que decorrem dessas teses. Teses e pretensões devem ser organizadas em relações lógicas entre si, para a configuração do tema da ação.

Três providências saneadoras incumbem ao órgão judiciário, como resultado do cotejo das manifestações que tenham se valido das funções descritiva e argumentativa da linguagem.

A *primeira* é o descarte das teses e pretensões que não guardem pertinência com o objeto da ação. Trata-se de providência, crucial para a delimitação do tema, que exige fundamentação jurídica específica: *a inaptidão de determinada tese para conectar uma específica pretensão à causa de pedir*. O descarte somente é possível com amparo em critérios objetivos que indiquem que a argumentação do interessado não se conecta ao contexto fático-jurídico debatido no processo. Parâmetros subjetivos de conveniência ou relevância não podem ser adotados como razão de decidir.

A *segunda* é a enunciação dos pontos controvertidos. Essa enunciação rejeita qualquer inovação argumentativa por parte do órgão judiciário. Cumpre-lhe perquirir as relações lógicas estabelecidas, por iniciativa dos próprios interessados, no interior do tema e, amiúde, no interior das teses. Como qualquer outra tese pode conter a proposição contrária perquirida, tem-se a total inaplicabilidade da estrutura linear dos “polos da demanda” à ação temática. A complexidade da investigação dos pontos controvertidos traduz a superação do modelo rígido de formação do mérito, no qual o único ponto de referência é a petição inicial.

A *terceira* providência saneadora é o cotejo das provas requeridas com os pontos controvertidos elencados. Novamente, o indeferimento de provas só se mostra possível por fundamento objetivo, de explicitação bastante singela: *é pertinente a prova cuja produção se*

⁶⁸⁹ BRÊTAS, Ronaldo de Carvalho Dias. **Processo constitucional e estado democrático de direito**, p. 101.

destina a elucidar qualquer ponto controvertido. A processualidade democrática exige o abandono completo da ideia de que o juiz, como destinatário da prova, possa indeferir aquela que considere impertinente ou desnecessária. Destinatária da prova, em especial no processo coletivo, é a comunidade processual, formada por todos os partícipes e pelo órgão judicial. A faculdade de produção da prova subsiste, portanto, sempre que requerida com o objetivo de subsidiar questões cujo deslinde é necessário para o julgamento.

O tema enfim enunciado na decisão saneadora congrega questões erigidas a partir de argumentos que afluíram para a situação fático-jurídica apresentada ao debate judicial pelo autor. Como consequência, a estabilização da demanda se perfaz sem vilipêndio à efetiva garantia de acesso à jurisdição, dispensando paliativos como a possibilidade de alteração do pedido a qualquer tempo e a artificial extensão dos efeitos da coisa julgada.

Os termos da decisão saneadora vinculam a instrução e a sentença. Todas as questões deverão receber enfrentamento decisório, que deve adentrar o êxito ou o insucesso das pretensões deduzidas. Como resultado lógico da argumentação e das provas produzidas, a sentença coletiva produzida nessa etapa é necessariamente de mérito, porque contém a resolução lógica dos pontos controvertidos.

7.1.5 *Produção de efeitos da decisão coletiva*

Um significativo desdobramento da técnica procedimental da ação temática é a adequada correlação entre os limites subjetivos da coisa julgada e os sujeitos efetivamente alcançados pelos efeitos da decisão.

Natália Chernicharo Guimarães⁶⁹⁰ dedica sua dissertação de mestrado à abordagem desse aspecto. A pesquisadora observa que Liebman⁶⁹¹ constata que a noção de limites subjetivos da coisa julgada é insuficiente para impedir a produção de efeitos das decisões jurídicas sobre terceiros. Buscando obter uma solução dogmática para esse impasse, Liebman distingue a coisa julgada daquilo que denomina *eficácia natural da sentença*. Para o autor, a imutabilidade própria da primeira, não se faz presente na segunda, o que assegura aos afetados pela decisão, desde que não tenham participado do procedimento judicial em

⁶⁹⁰ GUIMARÃES, Natália Chernicharo. **A extensão subjetiva do julgado no modelo participativo da ação temática**. 2010. Dissertação (mestrado) – Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Programa de Pós-Graduação em Direito, Belo Horizonte. Disponível em: <http://www.biblioteca.pucminas.br/teses/Direito_GuimaraesNC_1.pdf>. Acesso em: 20 set. 2011.

⁶⁹¹ LIEBMAN, Enrico Tullio. **Eficácia e autoridade da sentença**. Tradução de Alfredo Buzaid e Benvindo Aires. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1984.

que prolatada, a prerrogativa de provocar sua revisão. Segundo Liebman:

A sentença produz normalmente efeitos também para os terceiros, mas com intensidade menor que para as partes; porque, para estas, os efeitos se tornam imutáveis pela autoridade da coisa julgada, ao passo que para os terceiros podem ser combatidos com a demonstração da injustiça da sentença. Usando, de passagem, da terminologia do Código, poderá dizer-se que tem a sentença para as partes eficácia de presunção *iuris et de iure*; para os terceiros, pelo contrário, de presunção *iuris tantum*. Sem voltar à demonstração do fundamento em direito da tese exposta, é oportuno, todavia, ressaltar o lado prático e a equidade [sic] da solução a que ela conduz. Tem, em primeiro lugar, a vantagem de utilizar, na maior medida possível, a atividade processual exercida, em cada processo, pelo órgão jurisdicional e pelas partes, em benefício da economia do processo. Tende, além disso, a favorecer a harmonia dos resultados dos processos sobre relações conexas ou dependentes, diminuindo a possibilidade de contradição dos julgados; mas atinge esses fins sem sacrificar os direitos dos terceiros, aos quais outorga ampla faculdade de defesa nos casos em que a sentença pronunciada *inter alios* seja viciada por erro.⁶⁹²

Essa proposta de Liebman amolda-se com facilidade à noção patrimonializada de direito subjetivo a cujo titular se assegura uma ação para defendê-lo. Por essa premissa, a decisão judicial que afeta direito de terceiro sobre o bem jurídico em disputa faz nascer para aquele a possibilidade de reivindicar a tutela judicial, a qual consistirá no reconhecimento da ineficácia da decisão perante si. Como resultado, o terceiro, caso reconhecida a procedência de sua pretensão, pode usufruir do bem, a despeito de a decisão ter se tornado imutável para as partes do processo originário.

O problema, porém, é que, em se tratando de procedimentos em que são discutidas questões de alcance coletivo, a posição de *terceiro* em relação ao debate processual é uma criação artificial decorrente da replicação do modelo subjetivista de legitimação para agir. O resultado é problemático: a parte processual é o representante adequado, que pleiteia determinada providência jurídica em nome de uma coletividade, mas os membros dessa coletividade são tratados como *terceiros*.

Diversos artifícios são empregados na tentativa de deslindar impasses surgidos em decorrência do resultado do julgamento da ação coletiva e da remanescente faculdade dos membros da coletividade para proporem ações individuais. Nesse esforço, o Código de Defesa do Consumidor e a Lei da Ação Civil Pública preveem que a formação de coisa julgada nas ações coletivas possa se dar *erga omnes*, *ultra partes* ou *inter partes*; condicionadamente ao resultado do julgamento (*secundum eventum litis*) ou da instrução probatória (*secundum eventum probationis*); com possibilidade de extensão em favor de *terceiros* que beneficiar (transferência *in utilibus*). Conforme sintetiza Guimarães:

⁶⁹² LIEBMAN, Enrico Tullio. **Eficácia e autoridade da sentença**, p. 150.

[...] os limites subjetivos da coisa julgada [...] no direito coletivo brasileiro [...] [e]ncontram-se disciplinados no Código de Defesa do Consumidor, consistindo em: geralmente, nas partes, que serão diretamente afetadas pela coisa julgada; podendo ser estendidos a terceiros (oponibilidade *erga omnes*), caso o pedido seja julgado procedente ou improcedente, se demonstrado que a pretensão era infundada; e não podendo ser estendidos a terceiros, caso o pedido seja julgado improcedente por insuficiência de provas (coisa julgada *secundum eventum litis*, coisa julgada *secundum eventum probationis* e/ou extensão *in utilibus* da coisa julgada), hipótese na qual, qualquer legitimado difuso “poderá intentar outra ação, com idêntico fundamento, valendo-se de nova prova”.(parte final do inciso I do art. 103 do CDC).⁶⁹³

As técnicas adotadas na legislação vigente objetivam minimizar a visibilidade da exclusão dos cidadãos dos procedimentos coletivos. Medidas como o aproveitamento nas ações individuais da sentença coletiva favorável e o ajuizamento de nova ação em caso de insucesso probatório do representante adequado obliteram o enfrentamento da questão central: por que, a despeito da inevitabilidade da produção de efeitos da decisão coletiva sobre os membros da coletividade, não podem estes participar diretamente do procedimento judicial respectivo?

A ação temática se desvencilha da necessidade de recurso a tais construções artificiais, porque o reconhecimento da ampla legitimidade de participação nos procedimentos coletivos elimina a condição de *terceiro*. Todos os possíveis afetados pela decisão são vistos como potenciais interessados, com prerrogativa de ingressar no procedimento e atuar de forma ampla. A autoproclamação da condição de interessado na questão suscitada pelo autor franqueia o acesso à instância decisória, na oportunidade legalmente assinalada para tanto. Com isso, os interessados serão alcançados pelos efeitos da decisão como *partes*.

Nesse sentido é a conclusão de Guimarães:

Quanto aos limites subjetivos da coisa julgada nos direitos difusos, deduz-se, portanto, que, desde que observado o devido processo constitucional – e sua observância é pressuposto do modelo participativo –, há formação da coisa julgada; se parte no processo coletivo é aquela que tem a oportunidade de participar do devido processo, da construção da decisão e, por conseguinte, é aquela que sofre os efeitos da decisão, sendo que, todos os interessados difusos são legitimados para participar, em razão da própria caracterização dos direitos difusos, afirma-se que não existem terceiros na ação temática. Ou seja: em razão de o objeto da ação temática ser o fato jurídico ou a circunstância de fato que afeta um número indeterminado e indeterminável de pessoas, sendo, portanto, todos os interessados difusos legitimados para ajuizar a ação, todo e qualquer interessado difuso será parte porque tem a oportunidade de participar da construção da decisão e sofrerá seus efeitos. Portanto, tendo em vista que não há terceiros na ação

⁶⁹³ GUIMARÃES, Natália Chernicharo. **A extensão subjetiva do julgado no modelo participativo da ação temática**, p. 132.

temática, os limites subjetivos da coisa julgada (concebida como coextensão do devido processo constitucional) serão as próprias partes.⁶⁹⁴

Ao estabelecer a equivalência entre faculdade de participação e eficácia da decisão, a ação temática expõe a ilegitimidade do gargalo de acesso aos procedimentos coletivos e dispensa estratégias utilitaristas de compensação da incontornável amplitude dos efeitos da decisão judicial.

Apresentada, em linhas gerais, a técnica procedimental da ação temática, passa-se a cogitar da perspectiva de sua aplicação ao âmbito da função judicial eleitoral.

7.2 Aplicação da ação temática no âmbito da função judicial eleitoral: a ação temática eleitoral

Fundamentado o reclame de ruptura com o modelo subjetivista e patrimonializado, a técnica procedimental da ação temática abre uma perspectiva de democratização dos procedimentos eleitorais coletivos: a *ação temática eleitoral*.

Essa nova perspectiva se anuncia a partir da objetivação desses procedimentos. A providência judicial almejada, e não a atribuição subjetiva de titularidade para a propositura da ação, deve constituir o eixo estruturante que viabilize a participação jurídica dos interessados na fiscalidade das eleições e de seus resultados.

As providências eleitorais determinadas em procedimentos coletivos são necessariamente unitárias. A indivisibilidade do *objeto* processual (a providência que repercute sobre a candidatura, o diploma ou o mandato) impossibilita que decisões de conteúdo diverso sejam concomitantemente eficazes perante sujeitos distintos. Em outras palavras, um candidato não pode, por exemplo, ter seu registro cassado apenas perante alguns eleitores e válido perante os demais.

Isso impede a adoção da solução proposta por Liebman frente à denominada eficácia natural da sentença, o que torna mais problemática a colocação dos membros da coletividade na posição de *terceiros* em relação às decisões proferidas nas ações eleitorais coletivas. Afinal, esses *terceiros* não apenas suportam efeitos das decisões, mas também não dispõem da prerrogativa de pleitear a suspensão da eficácia perante si.

Por conseguinte, no âmbito da função judicial eleitoral, nem mesmo são cogitáveis os paliativos legais destinados a escamotear a exclusão dos afetados pela decisão judicial: a

⁶⁹⁴ GUIMARÃES, Natália Chernicharo. **A extensão subjetiva do julgado no modelo participativo da ação temática**, p. 146.

coisa julgada atingirá a toda a coletividade, quer seus membros sejam ou não admitidos ao processo como parte. Conforme sustenta Rodolfo Viana Pereira:

Em assuntos cuja relevância ultrapassa as fronteiras da compreensão tradicional dos domínios público e privado e que permeiam difusamente todos os possíveis polos de interesse presente na comunidade política, o zelo nunca é suficiente, porque os efeitos do seu descumprimento repercutem igualmente de modo amplo e indiscriminado.⁶⁹⁵

Por isso, as providências judiciais que incidem sobre as eleições e seus resultados circunscrevem-se à dimensão objetiva do direito difuso⁶⁹⁶. A indivisibilidade dos efeitos da decisão judicial se estende sobre uma coletividade composta por interessados a princípio indeterminados.

Por filiação à linha de raciocínio que distanciou Maciel Júnior de Vigoriti, recusa-se a solução utilitarista pela qual essa indeterminação dos interessados enseja a fictícia *renúncia ao princípio da coincidência* e que esta, por sua vez, justifica satisfatoriamente a adoção do sistema de representação adequada. A remissão dos temas eleitorais à dimensão do direito difuso impõe a adoção de técnicas que compatibilizem a produção das decisões eleitorais com a democracia, aqui enunciada sob o trinômio participação-interesse-processo. Daí a necessidade de que, por influxo da prerrogativa de autoinclusão, aquelas decisões sejam produzidas em procedimentos inseridos em um espaço institucionalizado ao qual tenham acesso todos os cidadãos que venham a se autoproclamar *interessados* no debate em torno das candidaturas, das eleições e de seus resultados.

As ações eleitorais atualmente previstas na legislação não atendem a esse objetivo. O primeiro problema é que partem da enunciação de um rol restrito de legitimados. Mas isso se solucionaria pela ampliação desse rol, com o reconhecimento da legitimidade para sua propositura a cidadãos e associações, conforme substanciais propostas de Edilene Lôbo e Rodolfo Viana Pereira. Não haveria necessidade de transporte da ação temática para o

⁶⁹⁵ PEREIRA, Rodolfo Viana. **Tutela coletiva no direito eleitoral**: controle social e fiscalização das eleições, p. 147.

⁶⁹⁶ Vale lembrar que o conceito legal vigente de direito difuso o identifica como o de “interesses difusos”, conforme disposto na Lei n. 8.078/1990: “Art. 81. A defesa dos interesses e direitos dos consumidores e das vítimas poderá ser exercida em juízo individualmente, ou a título coletivo. Parágrafo único. A defesa coletiva será exercida quando se tratar de: I - interesses ou direitos difusos, assim entendidos, para efeitos deste código, os transindividuais, de natureza indivisível, de que sejam titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato; [...]”. (BRASIL. **Lei n 8.078, de 11 de setembro de 1990**, art. 81, I.). Ao aqui se assinalar a dimensão *objetiva* do direito difuso, aproveita-se a noção legal de indivisibilidade da repercussão da decisão judicial sobre pessoas indeterminadas. Por outro lado, refuta-se a dimensão *subjetiva* do direito difuso, que, ao identificá-lo com um *interesse difuso*, induz à necessidade de identificação de um sujeito que possa, em nome dessa coletividade, enunciar esse (único) interesse e defendê-lo judicialmente, “a título coletivo”, conforme enunciado no *caput* do artigo.

âmbito dos procedimentos eleitorais coletivos.

Ocorre que, por desdobramento das diretrizes teóricas adotadas na presente pesquisa, pode-se sustentar que a coletivização dos procedimentos eleitorais sob a lógica polarizada das demandas *cíveis* é incompatível com o Estado Democrático de Direito. Os procedimentos coletivos devem propiciar a atuação *concomitante* de todos os interessados, de modo que nenhum deles, por sua ação, exclua a dos demais, tornando-se portador de um suposto interesse da coletividade. Ademais, essa atuação deve assumir o contorno de participação jurídica, isto é, possibilitar a enunciação de sentidos com caráter vinculativo.

O que se encontra no cerne da transformação da *judicação judicial eleitoral* em *jurisdição eleitoral* é a adoção, como premissa incambiável da estruturação dos procedimentos eleitorais coletivos, de que a fiscalidade das decisões nestes proferidas é uma prerrogativa ínsita à Cidadania. Essa prerrogativa não será exercitável enquanto os órgãos judiciários eleitorais forem encarados como foros para a resolução de insondáveis *lides eleitorais* entre protagonistas privilegiados ou para a tutela de arbitrários *direitos potestativos* de desconstituição de direitos políticos alheios.

A processualidade democrática exige a condução da atividade judicial eleitoral a partir da perspectiva da fundamentalidade dos direitos políticos. A legitimidade das candidaturas, a legitimidade das eleições – aí compreendidas a condução das campanhas eleitorais e a realização do pleito – e a legitimidade de seus resultados delineiam-se como *temas* para o qual afluem múltiplos interesses não apenas do eleitorado, mas da população que será governada ou representada pelos eleitos.

Essa população deve ser juridificada na concepção de *povo ativo* defendida na presente pesquisa. Isso impõe que seja reconhecida como portadora da prerrogativa constitucional de exercer sua Cidadania não apenas pelo voto e pelo engajamento político, mas também pela participação nos procedimentos judiciais cujas decisões conformam os limites jurídicos da própria vivência política⁶⁹⁷.

A aplicação da técnica da ação temática ao âmbito da função judicial eleitoral deve considerar a sucessividade das etapas do período eleitoral. Ao contrário do que ocorre em outros campos do direito difuso, os temas eleitorais têm momento próprio de configuração,

⁶⁹⁷ Note-se que o reconhecimento de que as decisões judiciais conferem limites jurídicos à vivência política, pois definem o modo e as possibilidades de exercício dos direitos políticos, mostra-se consentânea com o quanto estatuído no Capítulo 5 a respeito do déficit democrático da proceduralidade. Impossível pensar-se em plenitude de direitos fundamentais sem que seus próprios titulares possam, em um espaço previamente demarcado a partir da teoria democrática e em igualdade institucional com o Estado, construir, criticar, debater e reconstruir os conteúdos da lei que define e estabelece o modo de exercício desses direitos.

pois acompanham a preparação, a realização e o resultado das eleições⁶⁹⁸.

7.2.1 Legitimidade da candidatura como tema

O período eleitoral se inicia com a realização das convenções partidárias para celebração de coligações e escolha dos candidatos e com o requerimento aos órgãos judiciários eleitorais do registro das candidaturas. A legislação prevê a publicação de uma *lista de candidatos*, que abre ensejo para a atuação direta dos candidatos cujos registros não foram requeridos pelo partido político e, ainda, para a impugnação dos registros requeridos, por alegada ausência de algum dos requisitos legais para o deferimento da candidatura⁶⁹⁹. Pensada sob a lógica subjetivista e patrimonializada prevalente, a propositura da Ação de Impugnação ao Registro de Candidatura instala uma relação polarizada entre o autor da ação (Ministério Público Eleitoral, partido político, coligação ou candidato) e o candidato cujo requerimento de registro é impugnado.

A análise das questões referentes ao registro de candidatura desenvolve-se em sedes variadas: aferição dos requisitos da candidatura pelos próprios órgãos judiciários, ajuizamento de Ações de Impugnação ao Registro de Candidatura por legitimados distintos e, ainda, *arguição de inelegibilidade* sem estabelecimento de contraditório. Tem-se um cenário de multiplicação de procedimentos e incidentes que afluem para um mesmo tema – a legitimidade da candidatura requerida –, cuja tramitação, embora simultânea, não permite a comunicação entre os partícipes. O que há, portanto, é a proliferação de discussões de viés individualista, com segmentação do tema.

Propugna-se, com amparo na proposta de Maciel Júnior, que a publicação da lista de candidatos, já prevista na legislação, seja tomada como ponto de partida para a coletivização

⁶⁹⁸ Conforme fundamentos já expostos na seção 6.1, a sucessão temporal dos temas eleitorais não induz *acessoriedade* ou *continência* da função judicial eleitoral em relação à função administrativa eleitoral. Ademais, a processualidade democrática tem precedência em relação a ambas as atividades, as quais se desenvolvem concomitantemente e se sujeitam à *permanente* fiscalização dos cidadãos.

⁶⁹⁹ A previsão da publicação da lista de candidatos encontra-se no Código Eleitoral: “Protocolado o requerimento de registro, o presidente do Tribunal ou o juiz eleitoral, no caso de eleição municipal ou distrital, fará publicar imediatamente *edital para ciência dos interessados*.” (Código Eleitoral (1965). **Lei n. 4.737, de 15 de julho de 1965**, art. 97.). A Lei n. 9.504/1997 toma-a como referência para o requerimento do registro de candidatura pelo próprio candidato: “Na hipótese de o partido ou coligação não requerer o registro de seus candidatos, estes poderão fazê-lo perante a Justiça Eleitoral, observado o prazo máximo de quarenta e oito horas seguintes à *publicação da lista dos candidatos pela Justiça Eleitoral*.” (BRASIL. **Lei n. 9.504, de 30 de setembro de 1997**, art. 11, §4). A referência à publicação dessa lista como termo inicial para propositura da Ação de Impugnação ao Registro de Candidatura está na Lei Complementar n. 64/1990: “Caberá a qualquer candidato, a partido político, coligação ou ao Ministério Público, no prazo de 5 (cinco) dias, *contados da publicação do pedido de registro do candidato*, impugná-lo em petição fundamentada.” (BRASIL. **Lei Complementar n. 64, de 18 de maio de 1990**, art. 3º.).

do debate em torno da legitimidade da candidatura.

O requerimento do registro de candidatura pelo partido político, pela coligação ou pelo próprio candidato, apesar de voltado para uma providência de gozo individual, desdobra-se em uma questão de inelutável alcance coletivo. À pretensão de deferimento da candidatura subjaz a alegação de preenchimento de todos os requisitos legais para habilitação à disputar cargos eletivos. Eleitores exercerão o direito de voto em relação ao rol de candidatos e deste rol serão extraídos os ocupantes dos cargos nos parlamentos e nos governos.

Trata-se de debate ínsito ao âmbito objetivo do direito difuso, já que a decisão pelo deferimento ou não das candidaturas produzirá efeitos uniformes na circunscrição daquela eleição. Por conseguinte, os interessados, ainda que a princípio indeterminados, devem ter a oportunidade de se apresentarem como partícipes processuais, exercendo, à vista da publicação da lista de candidatos, a prerrogativa de fiscalizar o atendimento aos requisitos legais para a candidatura.

Na linha da presente pesquisa, não há motivos para que a participação se dê pelo ajuizamento de outra ação, incidental ao requerimento de registro, ou pela desprestigiada arguição de inelegibilidade. Todas as manifestações devem aportar no procedimento já instaurado, contribuir para a delimitação do tema pela pertinência lógica dos argumentos e vincular a decisão, que deve resolver todas as questões suscitadas. A participação deve se estender à produção ampla de provas, o que possibilita a juntada de documentos diretamente por qualquer cidadão, sem a intermediação do Ministério Público Eleitoral. Desse modo, haverá um procedimento único, em que se desenvolverá o debate ampliado, com participação de todos os interessados em contraditório, concentração dos argumentos jurídicos e intensificação da atividade probatória.

7.2.2 Legitimidade das eleições e de seu resultado como tema

Ultrapassada a etapa do registro de candidatura, toma lugar a discussão em torno da legitimidade das eleições e de seus resultados.

Em um primeiro enfoque, a fiscalidade recai sobre o *comportamento de candidatos, partidos, seus apoiadores e eleitores na disputa eleitoral*. Surgem questões concernentes à observância das normas relativas à igualdade entre os concorrentes, à higidez da campanha, ao respeito à liberdade do exercício do voto e à não superveniência de causa que torne ilegítima a permanência na disputa ou a conquista do mandato. Em um segundo enfoque, a

fiscalidade incide sobre a *função administrativa eleitoral*, no que diz respeito à apuração do resultado, à atribuição de vagas no sistema proporcional e à correta proclamação dos eleitos.

Esses temas ganham complexidade porque não mais se trata, apenas, da aferição de requisitos objetivos para a habilitação de candidatos. Esta aferição permanece possível, mas abre-se oportunidade para a apuração de práticas ilícitas⁷⁰⁰ ocorridas já no contexto da disputa eleitoral, com repercussão sobre a participação dos candidatos nas eleições e com eventual comprometimento do resultado destas.

Na sistemática atualmente vigente, três procedimentos distintos – que contemplam causas de pedir jurídicas distintas e que originam providências nominalmente distintas – comportam questões relacionadas a esses temas:

QUADRO 8 – PROCEDIMENTOS ELEITORAIS COLETIVOS CONCERNENTES À LEGITIMIDADE DAS ELEIÇÕES E DE SEUS RESULTADOS

PROCEDIMENTO	CABIMENTO	CAUSA DE PEDIR JURÍDICA	PROVIDÊNCIA JUDICIAL ELEITORAL
AIJE (Lei Complementar n. 64/1990, art. 22)	A partir da data de início do registro de candidatura. Estende-se, em alguns casos, até a as eleições e, em outros, até os quinze dias seguintes à diplomação.	Abuso de poder econômico, abuso de “poder de autoridade” e utilização indevida de veículos ou meios de comunicação social (Lei Complementar n. 64/1990, art. 22); captação ou gasto ilícito de recursos (Lei n. 9.504/1997, 30-A); captação ilícita de sufrágio (Lei n. 9.504/1997, art. 41-A); prática de conduta vedada aos agentes públicos em campanha (Lei n. 9.504/1997, art. 73).	Cassação do registro de candidatura ou do diploma, conforme o momento de prolação da decisão; em alguns casos, imposição de multa ⁷⁰¹ .
RCED (Código Eleitoral, art. 262)	Dentro dos três dias seguintes à diplomação	Aferição objetiva da existência de causa de inelegibilidade superveniente ou constitucional e a ausência de condição de elegibilidade. ⁷⁰²	Anulação do diploma
AIME (Constituição, art. 14, §10)	Dentro dos quinze dias seguintes à diplomação	Abuso de poder econômico, corrupção ou fraude na obtenção do mandato.	Cassação do mandato eletivo

Fonte: Elaborado pela autora

⁷⁰⁰ A referência aqui é aos ilícitos eleitorais, entendidos como condutas que ensejam a imposição de providências eleitorais gravosas, isto é, providências determinadas no âmbito da função judicial eleitoral. Não se trata, portanto, dos denominados *crimes eleitorais*, que são ilícitos criminais remetidos à competência dos órgãos judiciários eleitorais. Cf. seção 2.3.

⁷⁰¹ Na linha desenvolvida em trabalho anterior (GRETA, Roberta Maia *et al.* Por que a lei da ficha limpa incide sobre situações jurídicas constituídas antes de sua vigência: duas objeções superadas), não se sustenta a existência de uma “sanção de inelegibilidade” constituída por decisão dos órgãos judiciais eleitorais. A inelegibilidade – ou, mais propriamente, o impedimento à aquisição da elegibilidade – é efeito *ex lege* decorrente da configuração de uma de suas hipóteses de incidência, previstas na Constituição e na LC 64/90. O indeferimento do registro de candidatura, ante a constatação de uma dessas hipóteses de incidência, resulta de aferição objetiva de não atendimento dos requisitos legais para a habilitação na disputa eleitoral.

⁷⁰² Nesta vigente conformação, o Recurso Contra a Expedição de Diploma assemelha-se à Ação de Impugnação ao Registro de Candidatura.

Todas as questões a serem discutidas nos procedimentos vigentes concernem à legitimidade das eleições e de seu resultado. Não há porque, sob a ótica da reestruturação proposta, conferir-lhes um tratamento compartimentado⁷⁰³.

Além de serem vários os procedimentos, são também várias as possíveis configurações jurídicas de uma mesma prática. Suponha-se, por exemplo, uma “compra de votos” de diversos eleitores, perpetrada por candidato à reeleição, por meio da doação de cestas básicas adquiridas pelo Município para distribuição em um programa social. A mesma conduta pode, hipoteticamente, se amoldar à captação ilícita de sufrágio, às condutas vedadas pelos incisos I e IV do art. 73 da Lei n. 9.504/1997, ao abuso de poder político e ao abuso de poder econômico. Isso significa, na sistemática vigente, a possibilidade de uma ação para cada configuração jurídica. Como a litispendência só se verifica quando há identidade de causa de pedir, pedido e partes, cada legitimado legal poderia propor ao menos cinco demandas (quatro Ações de Investigação Judicial Eleitoral e uma Ação de Impugnação ao Mandato Eletivo).

Ademais, a variação das providências judiciais previstas – cassação do registro de candidatura, do diploma ou do mandato – é meramente circunstancial, definindo-se em função do *status* vigente em cada estágio temporal do período eleitoral. Esses *stati* – candidato, diplomado, mandatário – não se reificam em bens jurídicos dos quais se apropria o cidadão. Aquelas providências, invariavelmente, incidem sobre os direitos políticos dos candidatos ou eleitos ao fundamento de prevenir ou reparar a constituição ilegítima de governos e parlamentos, que repercutem no exercício da representatividade política.

A adoção da ação temática mostra-se apta a superar essa conturbada técnica procedimental que, *ao tempo que restringe a participação dos interessados e a ampla fiscalidade da legitimidade das eleições e de seus resultados, propicia a proliferação de ações com objetos similares ou idênticos*.

Seguida a técnica elaborada por Maciel Júnior, a propositura da ação eleitoral coletiva por qualquer interessado deve ensejar a publicação de edital que explicita a situação fática e a configuração jurídica⁷⁰⁴ que conduzem à alegação de que houve vulneração da

⁷⁰³ São esperadas objeções quanto ao tratamento coletivo das causas de pedir que embasam a Ação de Impugnação ao Mandato Eletivo, em função de ser esta prevista constitucionalmente. No entanto, é pertinente observar que a Ação de Impugnação ao Mandato Eletivo não tem procedimento legalmente estipulado e que, se a jurisprudência deliberou fixar a subsunção dessa ação constitucional ao rito da Ação de Impugnação ao Registro de Candidatura, nada impede a adoção da aqui nominada *ação temática eleitoral* para tal propósito.

⁷⁰⁴ Assinale-se que, de acordo com as premissas teóricas já traçadas, o tema deve ser enunciado a partir da narrativa fática e também da configuração jurídica dada aos fatos. Conforme visto no exemplo acima apresentado, a mesma conduta pode sugerir a prática de ilícitos diversos. Como cada um desses ilícitos exige

legitimidade das eleições ou de seus resultados. Além da obrigatória cientificação daqueles a quem o autor imputa práticas ilícitas e da necessária intervenção do Ministério Público, o procedimento se abre à participação de cidadãos, associações civis⁷⁰⁵ e partidos políticos. No prazo assinalado, todos os interessados podem acrescentar fatos e também conferir nova configuração jurídica aos fatos já aduzidos.

Com a formação participada do mérito, em uma mesma ação temática eleitoral poderão ser apuradas diversas práticas ilícitas e irregularidades da atuação administrativa dos órgãos judiciários eleitorais. O ponto de convergência das questões a serem resolvidas é a realização de um determinado pleito eleitoral. Como a estrutura da ação temática é radial e não polarizada, torna-se possível examinar integralmente o contexto de uma determinada eleição, apurando-se conjuntamente, por exemplo, supostas ilicitudes praticadas em benefício de candidaturas concorrentes aos cargos de Prefeito e Vice-Prefeito.

Como os limites do tema conformam a coisa julgada, a adoção da ação temática não significa que somente um procedimento possa ser instaurado em relação a cada eleição disputada. O mais significativo, em perspectiva democrática, é que a adoção da ação temática torna possível que um maior número de questões coletivas seja tratado conjuntamente e com participação de todos os que se autoproclamarem interessados.

Isso é relevante porque a estabilização da demanda, que ocorre com a decisão saneadora, impede a modificação do tema após a fase postulatória (entre o ajuizamento e o prazo do edital de cientificação dos interessados). Mas as irregularidades e práticas ilícitas posteriores ou conhecidas posteriormente à fase de propositura de uma ação temática eleitoral poderão embasar o ajuizamento de nova ação, sob os mesmos moldes. O objeto dessa segunda ação, também formado participadamente, não poderá incluir questões já deduzidas na primeira ação.

Ao final desta seção, cabe pontuar que a presente proposta, de cunho acadêmico, não ignora ser indispensável a regulamentação legal da ação temática eleitoral.

elementos próprios para sua configuração, o contraditório deve se estabelecer não apenas em torno dos fatos, mas também desses elementos. O adequado exercício do direito de defesa exige que a imputação da prática ilícita esteja delimitada em seus termos nucleares, fáticos e jurídicos, somente podendo haver condenação dentro desses limites. A alternativa contrária é dar prevalência ao antigo adágio “dai-me os fatos que te darei o direito”, o qual, tendo por pressuposto o protagonismo judicial, permite que seja proferida condenação por fundamento desconectado do debate processual, assim legitimando a decisão surpresa.

⁷⁰⁵ Note-se ser aqui acolhida e potencializada a proposta de Rodolfo Viana Pereira, apresentada na subseção 6.2.6.1.

7.3 Tecnologia na democracia: perspectiva organizativa do Estado a partir da processualidade democrática

Construída a proposta científica de aplicação da ação temática no âmbito da função judicial eleitoral, passa-se a abordar alguns aspectos práticos relacionados à implementação concreta da ação temática eleitoral.

Antes, cumpre alertar que o presente trabalho, de cunho teórico, não se envereda pelo campo da denominada *Administração da Justiça*⁷⁰⁶. Essa empreitada demandaria pesquisa empírica, com levantamento de dados estatísticos e exame do orçamento público. O que se pretende nesta seção é prevenir que dificuldades *práticas* sejam levantadas como objeções à proposição *teórica* que ao longo desta dissertação foi construída com amparo na elucidação do discurso constitucional.

Afinal, se já se estabeleceu, com amparo em consistente diretriz epistemológica, a precedência da enunciação das teorias em relação à configuração das técnicas, não pode a insuficiência do desenvolvimento técnico emular-se em argumento que pretenda desconstruir a teoria. Ao contrário: enquanto a proposição teórica mostrar-se resistente, deve esta comandar o direcionamento do esforço de desenvolvimento técnico.

Em outras palavras, a dificuldade prática de acomodação de potenciais multidões na ação temática eleitoral não se convola em argumento para negar ou ignorar que: a) a abertura dos procedimentos eleitorais de caráter coletivo à participação jurídica ampla dos interessados é indissociável da compreensão democrática da Cidadania; e que b) a ação

⁷⁰⁶ Cabe pontuar uma breve crítica ao modo como vem sendo conduzida a discussão em torno da *Administração da Justiça*. Sem se desvencilhar da propalada *terceira onda de acesso à justiça*, essa discussão é centrada no aproveitamento de modelos de gestão empresarial para otimização do *serviço judiciário*, sob o enfoque da velocidade de produção das decisões. É por persistência no objetivo de pacificação social que se fala em redução da *morosidade*. A “deformalização do processo” volta-se para a sumarização de procedimentos (GRINOVER, Ada Pellegrini. **Novas tendências do direito processual**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1990, p. 180-190.); a “gestão pela qualidade total” considera que o juiz deve ser visto “como autêntico administrador de empresas” que, para entregar seu “produto final”, que é a sentença, deve valer-se da “pró-atividade judicial” para promover uma “limpeza endoprocessual, eliminando do processo, tanto quanto possível, as impurezas que, como bombons envenenados, lhe são comumente oferecidas: embargos à execução destituídos de fundamento jurídico, postulação de provas desnecessárias à formação do juízo sobre a causa etc.” (DIAS, Rogério A. Correia. **Administração da justiça: a gestão pela qualidade total**. Campinas, SP: Millennium Editora, 2004, p. 81-91.); o estímulo a “técnicas extrajudiciais”, como a mediação e a arbitragem, considera legítima a “finalidade de excluir as demandas da via judicial” (BENUCCI, Renato Luís. **A tecnologia aplicada ao processo judicial**. Campinas, SP: Millennium Editora, 2006, p. 34). Assim, em conformidade com a visão prevalentemente instrumentalista do processo, a prevenção de qualquer causa de retardamento da produção de decisão pacificadora justifica a abreviação do procedimento por meio da supressão ou modulação de garantias processuais. Ronaldo Brêtas de Carvalho Dias opõe-se a essa abordagem e propõe o deslocamento do eixo de análise da morosidade dos órgãos judiciais: em lugar da prática de atos processuais, a problematização deve recair sobre a inobservância dos prazos processuais pelo Estado, pois esta gera “longos espaços temporais de completa inatividade procedimental” no curso do processo (BRÊTAS, Ronaldo de Carvalho Dias. **Processo constitucional e estado democrático de direito**, p. 153-158.).

temática é técnica procedimental compatível com essa compreensão. Se remanesce em aberto o desafio da implementação dos meios materiais necessários à viabilização da ação temática eleitoral, este se coloca como um problema a ser enfrentado pela reformulação do avanço tecnológico.

Essa reformulação é desdobramento da mudança de enfoque da noção de efetividade, que migra da promoção célere de pacificação social para o favorecimento concreto da autoinclusão no exercício de direitos fundamentais. Conforme pontua Rosemiro Pereira Leal, trata-se de submeter “as chamadas ‘revoluções científicas’” à “prévia e continuada fiscalidade jurídico-sistêmica, porque a Ciência não pode ficar numa realidade fora do Direito[,] a implantar ‘existência’ sem prévio exame da qualidade de vida humana que pretenda atuar”⁷⁰⁷.

No caso brasileiro, as diretrizes teóricas inerentes ao ordenamento constitucional exigem que qualquer planejamento estratégico dos órgãos estatais seja desenvolvido a partir da igualdade institucional entre Cidadania e Estado. A organização estatal deve se dar de tal forma que respeite a intangibilidade da esfera de exercício da Cidadania, a qual não pode ser vulnerada pelo Estado – quer por sua ação, quer por sua *inércia*. Por isso as prerrogativas instituídas em favor da Cidadania se erigem como *comandos* dirigidos ao Estado, impondo-lhe planejar-se e *agir* para superar as dificuldades práticas decorrentes do reclame de democratização das funções estatais.

Assim, o princípio da inafastabilidade da jurisdição, ao mesmo tempo em que confere ampla legitimidade para agir a quaisquer interessados, encerra um comando, dirigido ao Estado, no sentido de elaborar procedimentos judiciais que propiciem essa participação e, ainda, de criar circunstâncias concretas para a viabilização desses procedimentos. Ao direito fundamental de acesso do povo ativo ao espaço processualizado corresponde um dever do Estado de se organizar de modo a remover empecilhos ao adequado exercício desse direito.

Nesse ponto, percebe-se que o Estado vulnera a igualdade institucional quando, em lugar de buscar superar a dificuldade de se reunir em um mesmo procedimento um grande número de pessoas com prerrogativas individuais de atuação, utiliza-se dessa dificuldade como justificativa para a perpetuação de parâmetros autoritários de judicação. Por isso, o modelo de representação adequada, embora convença largamente como solução *possível* diante da realidade, é uma técnica inconstitucional que, além de legitimar a violação

⁷⁰⁷ LEAL, Rosemiro Pereira. **A teoria neoinstitucionalista do processo**: uma trajetória conjectural, p. 8.

daquelas prerrogativas, demove iniciativas voltadas para a transformação dessa realidade.

7.3.1 Estado, sociedade e direcionamento da absorção da produção tecnológica

A inércia estatal em direcionar os avanços tecnológicos para a superação do modelo restritivo de procedimento coletivo pode ser compreendida com amparo nos estudos de Manuel Castells. Segundo o autor, “a mesma cultura pode induzir trajetórias tecnológicas muito diferentes, dependendo do padrão de relacionamento entre o Estado e a sociedade”⁷⁰⁸.

No Brasil, a despeito da enunciação constitucional do Estado Democrático de Direito, a interação entre Estado e sociedade ainda observa parâmetros autocráticos. O uso da tecnologia, em compasso com esse parâmetro, volta-se para a facilitação do controle do Estado sobre o cidadão, e não o inverso.

Note-se, por exemplo, que, no curso da fase de implantação do cognominado *processo eletrônico*⁷⁰⁹ no Brasil, não se vê fomentada, nas iniciativas oficiais, a possibilidade de aproveitamento dessa nova tecnologia para a ampliação da participação. A virtualização dos autos, por possibilitar o acesso simultâneo destes por diversas pessoas, é por si só suficiente para equacionar os entraves típicos da “carga” de autos e dissipar o temor de que a marcha procedimental seja tumultuada por um grande volume de requerimentos de vista. Apesar disso, nenhuma proposta legislativa atualmente em trâmite no Congresso Nacional incorpora essa facilitação de acesso aos autos em prol do incremento da participação⁷¹⁰.

⁷⁰⁸ CASTELLS, Manuel. **A sociedade em rede**. 14ª reimpressão com novo prefácio. São Paulo: Paz e Terra, 2011. (A era da informação. Economia, sociedade e cultura ;1), p. 47.

⁷⁰⁹ Na expressão *processo eletrônico*, que se refere à virtualização de autos dos procedimentos, o termo *processo* não guarda relação com a concepção de processo adotada na presente pesquisa. A menção, aqui, faz-se apenas por referência à nomenclatura com que é difundida a inovação tecnologia em comento.

⁷¹⁰ Ao contrário. Prevalece a arraigada perspectiva utilitarista do tratamento de questões coletivas, identificada na profusão de propostas que caminham no sentido de restringir a participação em troca de um suposto ganho de *efetividade* (celeridade) e segurança jurídica. São exemplos dessa vertente o projeto da nova lei da ação civil pública (BRASIL. **Projeto de Lei da Câmara dos Deputados n. 5139, de 2009**. Disciplina a ação civil pública para a tutela de interesses difusos, coletivos ou individuais homogêneos, e dá outras providências. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=432485>>. Acesso em: 2 fev. 2014. Na data da última consulta, o projeto se encontrava “Aguardando Deliberação de Recurso na Mesa Diretora da Câmara dos Deputados.”) e o incidente de demandas repetitivas, previsto no projeto do Novo Código de Processo Civil (BRASIL. **Projeto de Lei da Câmara dos Deputados n. 8046, de 2010**. Código de Processo Civil. Revoga a Lei nº 5.869, de 1973. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=490267>>. Acesso em: 2 fev. 2014. Na data da última consulta, o projeto, apensado ao Projeto de Lei n. 6025, de 2005, se encontrava pronto para retornar à pauta do Plenário). Ambas as proposições legislativas persistem na exclusão da participação dos indivíduos diretamente afetados pelas decisões de alcance coletivo. Sobre o tema, cf. GRESTA, Roberta Maia. Processo coletivo: entre o estrangulamento da conflituosidade e a legitimidade democrática.

Esse direcionamento estatal de desenvolvimento tecnológico faz-se sentir no âmbito da função judicial eleitoral: a urna eletrônica, o Cadastro Eleitoral nacionalmente integrado, o Sistema de Filiação Partidária informatizado e, mais recentemente, o cadastramento biométrico ilustram os investimentos feitos em uma tecnologia que não é minimamente cogitada como instrumental da democratização dos procedimentos eleitorais.

Contudo, se, até certo momento, a trajetória tecnológica da sociedade foi confortavelmente compatível com o modelo excludente de procedimento coletivo⁷¹¹, essa dinâmica começa a sofrer relevante alteração. Explica-se.

7.3.1.1 Sociedade de massa e configuração do Estado tutelar

Conforme visto na subseção 4.3.4.3, o *movimento mundial pela coletivização do processo*, iniciado no final da década de 1960, significa, segundo Gregório Assagra de Almeida, a percepção da insuficiência do *acesso à justiça* individualmente assegurado aos mais necessitados para fazer frente à “intensificação da conflituosidade social”, especialmente no que concerne ao âmbito dos direitos difusos⁷¹².

Subjaz a essa avaliação a convicção, típica do Estado Social, de que a promoção do bem-estar coletivo se torna realizável a partir da desconsideração das eventuais especificidades dos membros da coletividade. A efetividade dos procedimentos coletivos é escorada em uma visão homogeneizante da sociedade: a discordância é neutralizada na figura do representante adequado, que fala por todos e, em nome de todos, recebe do Estado a solução judicial. Os destinatários da decisão apenas aguardam, passivamente, o desfecho da contenda judicial. O processo, visto como instrumento, é, em sua faceta coletiva, instrumento de controle dos conflitos de massa, o que acentua a relação tutelar entre o Estado e a sociedade.

Esse delineamento do processo coletivo encontra franca correspondência com o padrão tecnológico prevalecente no mesmo período: a mídia de massa, dominada pela

⁷¹¹ Para ilustrar essa asserção, transcreve-se trecho da obra de Bobbio datada de 1984, quando a restrição à participação se afigurava como inevitável limitação decorrente do estado de avanço tecnológico: “Quanto ao *referendum*, que é o único instituto de democracia direta de concreta aplicabilidade e de efetiva aplicação na maior parte dos estados de democracia avançada, trata-se de um expediente extraordinário para circunstâncias extraordinárias. Ninguém pode imaginar um estado capaz de ser governado através do contínuo apelo ao povo: levando-se em conta as leis promulgadas a cada ano na Itália, por exemplo, seria necessário prever em média uma convocação por dia. Salvo na hipótese, por ora de ficção científica, de que cada cidadão possa transmitir seu voto a um cérebro eletrônico sem sair de casa e apenas apertando um botão.” (BOBBIO, Norberto. **O futuro da democracia**: uma defesa das regras do jogo, p. 54.).

⁷¹² ALMEIDA, Gregório Assagra de. **Manual das ações constitucionais**, p. 6.

televisão. O aprofundado estudo de Manuel Castells acerca da “cultura dos meios de comunicação de massa” fornece características facilmente relacionáveis com a passividade esperada dos titulares dos interesses representados em juízo: o “instinto básico da plateia preguiçosa”; a recusa ao “esforço psicológico de coleta e análise das informações”; a “comunicação de mão-única”⁷¹³.

Tanto no que concerne a programas de televisão quanto às questões políticas e jurídicas, o cidadão desse período é um espectador; é o consumidor de um produto cujo “conteúdo e formato [...] eram personalizados para o denominador comum mais baixo”, uma “audiência [...] considerada em geral homogênea ou possível de ser homogeneizada”⁷¹⁴.

7.3.1.2 Sociedade segmentada e consolidação do Estado tutelar

Todavia, a partir da década de 1990, a persistência do esforço de tratamento homogeneizado das demandas sociais começa a apresentar um descompasso em relação à transformação cultural. Segundo Castells, nessa época a mídia televisiva passa a assimilar um processo de diferenciação que, mesmo incipiente, já denota a impropriedade da referência a uma *sociedade de massa*. Castells introduz a noção de *sociedade segmentada*, formulada por Youichi Ito: sociedade “resultante das novas tecnologias de comunicação que enfocam a informação especializada, diversificada, tornando a audiência cada vez mais segmentada por ideologias, valores, gostos e estilos de vida”⁷¹⁵.

Embora os canais de televisão especializados em um determinado público alvo já sinalizem a ruptura em relação ao sistema de mídia de massa padronizado, as diretrizes do processo coletivo permanecem inalteradas. No Brasil, isso ocorre a despeito da promulgação da Constituição de 1988. O advento do Estado Democrático de Direito não enseja a reformulação legal dos procedimentos coletivos para a necessária captação da heterogeneidade social. A representação adequada se firma. A profusão de espécies procedimentais criadas – em especial pela Lei da Ação Civil Pública (1985) e pelo Código de Defesa do Consumidor (1990) – aparenta que quaisquer interesses ditos *supraindividuais* estejam resguardados pela atuação de representantes adequados. Permanece velada a problemática manutenção da formação linear do mérito, que impede que teses e pretensões, distintas das encabeçadas pelo representante adequado, aportem ao debate judicial.

⁷¹³ CASTELLS, Manuel. **A sociedade em rede**, p 415-420.

⁷¹⁴ CASTELLS, Manuel. **A sociedade em rede**, p 415-420.

⁷¹⁵ CASTELLS, Manuel. **A sociedade em rede**, p. 425.

7.3.1.3 Sociedade interativa e crise do Estado tutelar

O estágio subsequente à *sociedade segmentada*, e que constitui o centro de atenção da pesquisa de Castells, é a *sociedade interativa*. Essa conformação surge a partir dos anos 2000, com a difusão do uso da internet, que propicia “novas formas de sociabilidade e novas formas de vida urbana, adaptadas ao nosso novo meio ambiente tecnológico”⁷¹⁶. A passividade característica do espectador televisivo, prevalente na década de 1960, cede lugar a uma nova forma de comunicação, que vai muito além da especialização funcional da sociedade segmentada: é também “ampla/solidária, conforme a interação nas redes amplia seu âmbito de comunicação com o passar do tempo”⁷¹⁷.

A proliferação de *laços fracos* entre os indivíduos é elemento essencial da nova forma de sociabilidade da *sociedade interativa*. A comunicação se estabelece não apenas entre pessoas que possuem aprofundado nível de convivência, mas também a partir de interesses em temas pontuais. Para Castells, é esse dado que acarreta uma significativa transformação cultural:

A Rede é especialmente apropriada para a geração de laços fracos múltiplos. Os laços fracos são úteis no fornecimento de informações e na abertura de novas oportunidades a baixo custo. A vantagem da rede é que ela permite a criação de laços fracos com desconhecidos, num modelo igualitário de interação, no qual as características sociais são menos influentes na estruturação, ou mesmo no bloqueio, da comunicação. Nesse sentido, a Internet pode contribuir para a expansão dos vínculos sociais numa sociedade que parece estar passando por uma rápida individualização e um ruptura cívica [...] Existem indícios substanciais de solidariedade recíproca na Rede, mesmo entre usuários com laços fracos entre si. De fato, a comunicação on-line incentiva discussões desinibidas, permitindo a sinceridade.⁷¹⁸

A geração de laços fracos múltiplos, igualitários, ágeis e aptos a gerar solidariedade entre os envolvidos é indissociável da noção de direito coletivo, normatização voltada para pessoas “indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato”, “ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica base” ou que sofram danos “decorrentes de origem comum”⁷¹⁹. Essas pessoas, ainda que não se liguem por laços fortes, como a amizade e o vínculo familiar, podem pretender estabelecer comunicação intensa acerca da situação fática ou jurídica que lhes é comum. Por meio da rede, são capazes de interagir entre si de forma

⁷¹⁶ CASTELLS, Manuel. **A sociedade em rede**, p. 443.

⁷¹⁷ CASTELLS, Manuel. **A sociedade em rede**, p. 444.

⁷¹⁸ CASTELLS, Manuel. **A sociedade em rede**, p. 445.

⁷¹⁹ BRASIL. **Lei n 8.078, de 11 de setembro de 1990**, art. 81, I, II e III.

direta, sem tradicionais intermediários, em uma comunicação difusa que se mostra apta a acolher a heterogeneidade das posições assumidas voluntariamente pelos interessados. A solidariedade, surgida espontaneamente em torno de pretensões comuns, dispensa a canalização pela via da representatividade adequada.

A democratização da comunicação, no entanto, não é assimilada como relevante à estruturação dos procedimentos coletivos, que continua submetida aos mesmos superados parâmetros teóricos e tecnológicos vigentes à época do movimento de coletivização do processo. Agudiza-se, nesse cenário, o anacronismo da tese de impossibilidade ou de inconveniência da ampliação da participação naqueles procedimentos. Apesar dessa dificuldade de acomodação da técnica procedimental vigente, há persistência em formular argumentos que sustentem a ideologia da necessidade de perpetuação do modelo restritivo.

A ideia de povo como população a ser conduzida, mera destinatária de benesses sociais, se reinventa, conforme examinado na subseção 4.3.4.4. Além disso, paira a desconfiança despertada pelo uso eufórico e imprevisível que os interessados frequentemente fazem do espaço virtual. A ausência de organização formal da manifestação difusa na *internet* é tomada como demonstração de que a atuação dos cidadãos é majoritariamente descontrolada e sem objetivo.

Marilena Chauí, em texto divulgado após a eclosão de protestos no Brasil em junho de 2013⁷²⁰ – cujo estopim foi a realização (ou a repressão) de passeata convocada pelo Movimento Passe Livre por meio da *internet* – demonstra preocupação com a utilização política das redes sociais. Valendo-se da epígrafe “pensamento mágico” a filósofa alerta para: a) a indiferenciação da convocação feita pela *internet*, que “poderia ser para um show da Madonna [...] e calhou ser por causa da tarifa do transporte público”; b) a adoção da “forma de um evento” que torna a convocação “pontual, sem passado, sem futuro, sem saldo organizativo”; c) a ilusão de “dimensão mágica”, que leva o usuário a crer que “basta querer para fazer acontecer”; d) a ausência de controle real sobre a ferramenta utilizada; e) a “recusa das mediações institucionais”, que indicaria “uma ação própria da sociedade de massa” dada pela aparência homogênea dada ao movimento.

A maioria dos problemas apresentados pela filósofa são oriundos de uma – talvez inconsciente – fixação no modelo de representatividade como via única de direcionamento válido da ação democrática coletiva.

⁷²⁰ CHAUI, Marilena. **As manifestações de junho de 2013 na cidade de São Paulo**. Disponível em: <<http://www.teoriaedebate.org.br/materias/nacional/manifestacoes-de-junho-de-2013-na-cidade-de-sao-paulo>>. Acesso 11 jul. 2013.

A *indiferenciação*, decorrente da possibilidade de que a internet sirva para convocar a presença a um show ou a uma manifestação política, apenas confirma a amplitude de utilização da ferramenta. Aliás, o critério redundaria em dirigir ao telefone, ou o correio, a mesma crítica. Também estes são meios de comunicação que podem ser utilizados para quaisquer fins, dos mais mezinhos aos mais impactantes.

A *pontualidade da convocação* equivale à constatação feita por Castells quanto à criação de laços fracos com desconhecidos, dentro de um modelo igualitário de interação. O laço fraco torna a identificação mútua profunda, como a existente entre pessoas pertencentes a uma mesma classe social, um elemento prescindível para o engajamento em torno de um objetivo. Pretender atribuir a essa característica um valor negativo é pressupor que a atuação de organizações formais – como sindicatos e partidos políticos – é mais legítima que a atuação individual das pessoas que compõem aquelas. Esse raciocínio reforça o modelo de representação adequada e não problematiza o fato de que a *constância* da atuação dos entes intermediários faz também com que esta seja mais previsível, mais controlável e, por vezes, mais facilmente cooptável.

Especificamente no que concerne à imputação de *ausência de saldo organizativo*, cabe contrapor a seguinte explanação sobre o *modelo dos movimentos sociais na era da internet*, formulado por Castells a partir da análise da cadeia de movimentos sociais que eclodiram no mundo desde de dezembro de 2010:

Embora os movimentos tenham em geral sua base no espaço urbano, mediante ocupações e manifestações de rua, sua existência contínua tem lugar no espaço livre da internet. Por serem uma rede de redes, eles podem dar-se ao luxo de não ter um centro identificável, mas ainda assim garantir as funções de coordenação, e também de deliberação, pelo inter-relacionamento de múltiplos núcleos. Desse modo, não precisam de uma liderança formal, de um centro de comando ou de controle, nem de uma organização vertical, para passar informações ou instruções. Essa estrutura descentralizada maximiza as chances de participação no movimento, já que ele é constituído de redes abertas, sem fronteiras definidas, sempre se reconfigurando segundo o nível de envolvimento da população em geral. Também reduz a vulnerabilidade do movimento à ameaça de repressão, já que há poucos alvos específicos a reprimir, exceto nos lugares ocupados; e a rede pode se reconstruir enquanto houver um número suficiente de participantes, frouxamente conectados por seus objetivos comuns. A conexão em rede como modo de vida do movimento protege-o tanto dos adversários quanto dos próprios perigos internos representados pela burocratização e pela manipulação.⁷²¹

A *ilusão de dimensão mágica*, embora possa apanhar destinatários desavisados, não é suficiente para descreditar as comunidades virtuais. Estas, segundo Castells, não têm

⁷²¹ CASTELLS, Manuel. **Redes de indignação e esperança: movimentos sociais na era da internet**. Trad. Carlos Alberto Medeiros. 1. ed. Rio de Janeiro: Zahar, 2013, p. 160.

pretensão de replicação dos modelos de funcionamento das comunidades físicas, pois “são redes sociais interpessoais, em sua maioria baseadas em laços fracos, diversificadíssimas e especializadíssimas, também capazes de gerar reciprocidade e apoio por intermédio da dinâmica da interação sustentada”⁷²². Por conseguinte, é impróprio pretender extrair das comunidades físicas argumento de invalidação das comunidades virtuais.

Também se rechaça a afirmação de Chauí segundo a qual a *recusa das mediações institucionais* seria indicativa de “uma ação própria da sociedade de massa”⁷²³. A manifestação difusa, heterogênea, caminha na direção contrária à homogeneização própria da sociedade de massa. A ausência de imediata canalização dos interesses por vias institucionais acentua o interesse direto de cada pessoa e sua legitimidade para se posicionar sobre os temas usualmente classificados como “interesses difusos”. Com isso, a massa de falados, que até então somente se expressava por um porta-voz, vai-se transformando em uma comunidade de falantes, por suas próprias vozes.

A comunicação pela rede não repele a organização dos interesses, mas a artificial sublimação da diversidade. É esta que começa a ruir ante a constante abertura do espaço virtual à manifestação direta de cada interessado. A novidade da interação comunicativa está em permitir que a convocação maciça pela rede, diferentemente do que ocorre com a televisão, não repercuta na massificação do movimento.

A *ausência de controle real sobre a ferramenta utilizada*, último problema levantado por Chauí, põe em relevo a importância da compreensão do processo como espaço institucionalizado do exercício da Cidadania.

7.3.2 Procedimento judicial em rede e espaço processual

A comunicação por redes sociais utilizadas em âmbito doméstico aproxima-se da virtualização da esfera pública, *locus* de concretização da procedimentalidade concebida por Habermas e outros autores. Os debates travados nessas redes, embora amparados pela liberdade de expressão, não vinculam a atuação do Estado. As atuações planejadas são resultado de consensos formados sem submissão necessária à principiologia constitucional. Ademais, as redes sociais são espaços controlados por entidades privadas, que têm acesso privilegiado às informações dos usuários.

No entanto, a tecnologia de criação e manutenção das redes sociais é passível de

⁷²² CASTELLS, Manuel. **A sociedade em rede**, p. 445-446.

⁷²³ CHAUÍ, Marilena. **As manifestações de junho de 2013 na cidade de São Paulo**.

aproveitamento para a superação dos entraves práticos à implantação da ação temática.

O que se propõe é a utilização do formato da rede social para a configuração de um *procedimento judicial em rede*, instituído no espaço processual. Isso implica reconhecer a precedência da processualidade democrática e, a partir dela, conformar o direcionamento tecnológico para o incremento da participação jurídica. Desse modo, a aplicação dos avanços tecnológicos no âmbito dos órgãos judiciários, em lugar de simplesmente promover a reprodução virtual da forma de trabalho racionalizada sobre autos físicos, passa a ser conduzida pela diretriz de democratização da função judicial.

As facilidades comunicacionais propiciadas pela rede social indicam possibilidades concretas de convocação difusa dos interessados e de condução ampla do debate sobre temas específicos. Por si só, provocam a revitalização do debate em torno da imprescindibilidade da representatividade adequada.

A implantação de uma *rede virtual judiciária*, que comporte o desenvolvimento dos procedimentos judiciais coletivos, poderá abrigar tanto a divulgação das informações sobre ações coletivas em trâmite quanto a convocação de interessados para integrá-los. Substanciais informações sobre os cidadãos já detidas pelo Estado, como dá exemplo o Cadastro Nacional de Eleitores, podem vir a ser utilizadas para credenciamento à participação ativa dos cidadãos na ação eleitoral coletiva. O *cadastro biométrico*, atualmente em formação, ganha relevo como eficiente mecanismo assecuratório da autenticidade da vontade manifestada no espaço virtual.

A integração de sistema de transmissão de vídeo à rede virtual judiciária pode propiciar a participação nas audiências, inclusive para formação participada do mérito⁷²⁴. A possibilidade de aporte de manifestações de grande número de interessados, no curso da audiência, posterga a canalização definitiva das pretensões até a prolação decisão saneadora, na qual enunciado o tema e fixados os pontos controvertidos.

Essa dinâmica é profícua às diretrizes da ação temática, porque permite o exercício de imediata e recíproca fiscalidade pelos partícipes. Isso favorece o aprofundamento do tema e minimiza o risco de utilização do procedimento coletivo para legitimar conluíus. A dificuldade de controle das manifestações difusas, a perplexidade ante a ausência de

⁷²⁴ A transmissão de vídeo para fins de publicidade de atos processuais orais já fora prevista por Renato Luís Benucci, ao tratar da assimilação da tecnologia pelos procedimentos judiciais: “[...] a videoconferência possibilita que atos processuais (como audiências e interrogatórios) sejam amplamente divulgados pela *internet*, potencializando o princípio da publicidade e permitindo que um número maior de pessoas possa acompanhar a realização de atos processuais” (BENUCCI, Renato Luís. **A tecnologia aplicada ao processo judicial**, p. 143.). No entanto, aqui se cogita da integração entre a transmissão e a rede virtual judiciária, para participação *on line* na audiência, e não somente a visualização desta na condição de espectador.

“cabeças” e o incômodo causado pela heterogeneidade de pretensões são características que, exatamente porque perturbam estratégias usuais de controle das massas, reforçam a legitimidade democrática da ação temática.

Conforme posto em abertura a esta seção, encontra-se fora dos limites da presente pesquisa aprofundar a compreensão das tecnologias referidas. A intenção da abordagem é expor que a democracia *impõe* um determinado “padrão de relacionamento entre o Estado e a sociedade” – ou seja, este padrão não pode ser *escolhido* pelos agentes estatais. Se novas ferramentas tecnológicas são apresentadas a todo instante, é dever do Estado considerar sua assimilação sempre a partir da perspectiva de remoção de obstáculos ao exercício da Cidadania. Para a superação dos parâmetros autoritários de exercício da função judicial, é a perspectiva de fiscalização que se transmuda: *do controle dos cidadãos pelo Estado para o controle do Estado pelos cidadãos.*

8 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A presente pesquisa se envereda por tema cujo delineamento é ainda tenuamente insinuado: o impacto da teorização democrática do processo sobre a atuação dos órgãos judiciários eleitorais. O praxismo prevalece no labor associado ao Direito Eleitoral, cujo ritmo vertiginoso é ditado pela profusão de Resoluções judiciais com (pretensa) força normativa e por reviravoltas jurisprudenciais justificadas pela contenção de estratégias eleitoreiras. Por outro lado, o meio acadêmico jurídico pouco volta sua reflexão para o que se passa nessa seara de atos estatais quase indiscerníveis quanto a sua caracterização administrativa, judicial e, quiçá, política.

Nesse cenário, a assunção de riscos foi a inevitável consequência do compromisso científico da pesquisa com a compreensão da atividade judicial eleitoral a partir de premissas teóricas circunscritas ao Estado Democrático de Direito. Dentre os riscos assumidos, devem ser destacadas as propostas classificatórias reunidas nos quadros didáticos, com reconhecimento sincero de que o trabalho não se pretende um ponto de parada dogmática das questões enfrentadas.

Assim, os resultados obtidos nessa etapa do percurso teórico-problematizante não almejam definitividade. Ofertam-se à crítica, por conseguinte, as conclusões provisórias alcançadas e as proposições construídas, quais sejam:

1. A compreensão da especialidade da *função judicial eleitoral* a partir do conteúdo das providências que resultam da atuação dos órgãos judiciários eleitorais: atribuição, modificação e extinção de direitos políticos e proteção a seu exercício;
2. A enunciação do *povo ativo* a partir do reconhecimento, à população total, da prerrogativa de enunciação de sentidos, nas instâncias de decisão pública, em caráter vinculativo (participação jurídica);
3. A compreensão da legitimidade democrática dos atos estatais (legislativos, administrativos e judiciais) como sua adstrição ao âmbito em que foi instituído, o que implica o reconhecimento da precedência da Constituição como matriz instituinte da igualdade institucional entre Cidadania e Estado;
4. A compreensão da *legitimação* como um ciclo de imunização de atos estatais ilegítimos por recurso a estratégias dogmáticas, destinadas a forjar uma aparência de legitimidade;
5. A resistência teórica da compreensão do *interesse como liame psicológico*

sempre individual, proposta por Vicente de Paula Maciel Júnior, que repele a manutenção de categorias operacionais dogmáticas erigidas a partir de *tipos de interesse*, como o *interesse público*, o *interesse jurídico* e o *interesse de agir*;

6. O reconhecimento do princípio constitucional da inafastabilidade da jurisdição como fonte normativa da *legitimidade para agir*, suficiente para respaldar a atuação judicial de qualquer *autoproclamado interessado*, o que repele o empenho estatal de *legitimação* da restrição à participação jurídica nos procedimentos judiciais;
7. A ilegitimidade da manutenção da *representação adequada*, modelo de coletivização dos procedimentos próprio do Estado Social, na vigência do Estado Democrático de Direito;
8. A resistência da *teoria neoinstitucionalista do processo*, proposta por Rosemiro Pereira Leal, em sua pretensão de fundar a *processualidade democrática* pelo reclame de estabilização teórica dos princípios institutivos do processo (*contraditório-vida*, *ampla defesa-dignidade* e *isonomia-igualdade*) na demarcação de um espaço de refutação permanente e institucionalizado, no qual exercitável a Cidadania pela *autoinclusão* nos direitos fundamentais;
9. A ilegitimidade dos parâmetros de exercício da função judicial desconectados da processualidade democrática, tais como o protagonismo judicial e o instrumentalismo processual, e das propostas ideológicas de compreensão do processo a partir de compromissos éticos assumidos pelo Estado ou pela sociedade;
10. A exposição do déficit democrático do exercício da função judicial eleitoral brasileira, em função: da elaboração dogmática do *processo eleitoral* em recusa ao caráter fundante da processualidade democrática; da adoção de procedimentos refratários à participação dos interessados; da replicação do modelo subjetivista e da lógica patrimonializada para encaminhamento das decisões, especialmente nos procedimentos eleitorais coletivos; da legitimação do protagonismo judicial;
11. O êxito teórico da *ação temática* como técnica adequada à estruturação dos procedimentos eleitorais coletivos a partir da processualidade democrática;
12. A inocuidade das dificuldades de implementação prática da *ação temática eleitoral* para refutar a construção teórica dos parâmetros de democratização da função judicial eleitoral;

13. A cogência do princípio da inafastabilidade da jurisdição em sua face de comando dirigido ao Estado para a implementação de espaços de exercício da Cidadania, o que implica em adotar técnicas procedimentais que propiciem a participação jurídica e, ainda, em direcionar seus avanços tecnológicos para criar circunstâncias concretas para a viabilização desses procedimentos.

A expectativa é que o aproveitamento desses conteúdos se faça tanto pelos eventuais pontos de adensamento trazidos ao campo de conhecimento quanto por suas inevitáveis aporias que reclamam superação.

REFERÊNCIAS

ABBAGNANO, Nicola. **Dicionário de filosofia**. Ed. rev. e ampl.. Tradução coordenada por Alfredo Bosi. Rev. Ivone Castilho Beneddeti. São Paulo: Martins Fontes, 2007

ADAMOVICH, Eduardo Henrique Raymundo von. Os belos copos de vinho da vovó? elementos de história do processo coletivo para a solução de alguns problemas supostamente intrincados. In: RIBEIRO JÚNIOR, José Hortêncio *et al* (Org.). **Ação coletiva na visão de juízes e procuradores do trabalho**. São Paulo: LTr, 2006. P. 23-44.

ANDOLINA; Italo; VIGNERA, Giuseppe. **I fondamenti costituzionali dela giustizia civile**: il modelo costituzionale del processo civile italiano. 2 ed. ampl. Torino: Giappichele Editore, 1979.

ANDRADE NETO, João. A concretização do princípio da eficiência: um desafio para o Direito Eleitoral? In: Tribunal Superior Eleitoral. **1º concurso de monografias do Tribunal Superior Eleitoral**: direito eleitoral e os desafios de sua concretização. Brasília: Tribunal Superior Eleitoral, 2012, p. 239-287.

ANDRADE NETO, João. **O positivismo jurídico e a legitimidade dos juízos eleitorais**: a insuficiência da resposta juspositivista à questão da judicialização da política. Dissertação (mestrado). Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais. Belo Horizonte, 2010.

ALMEIDA, Andréa Alves de. **Espaço jurídico processual na discursividade metalinguística**. Curitiba: CRV, 2012.

ALMEIDA, Gregório Assagra de. **Manual das ações constitucionais**. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

ARON, Raymond. **Estudos políticos**. 2a ed. Brasília: Ed. Universidade de Brasília, 1985. (Pensamento político).

BARACHO, José Alfredo de Oliveira. **Processo constitucional**: aspectos contemporâneos. Belo Horizonte: Fórum, 2006.

BARACHO, José Alfredo de Oliveira. Teoria geral do processo constitucional. In: **Revista da Faculdade Mineira de Direito**, v. 2, ns. 3 e 4, p. 89-154. Belo Horizonte, 1. e 2. sem. 1999.

BARROS, Flaviane de Magalhães. O modelo de processo e o processo penal: a necessidade de uma interpretação das reformas do processo penal a partir da Constituição. In: MACHADO, Felipe Daniel Amorim; CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade; (Coord.). **Constituição e processo**: a contribuição do processo ao constitucionalismo democrático brasileiro, p. 331-345. Belo Horizonte: Del Rey, 2009.

BARROSO, Luís Roberto. **Intepretação e aplicação da Constituição**. 7. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2009.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Efetividade do processo e técnica processual**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

BENUCCI, Renato Luís. **A tecnologia aplicada ao processo judicial**. Campinas, SP: Millennium Editora, 2006.

BENVENISTE, Émile. **Problems in general linguistics**. Disponível em: <<http://pt.scribd.com/doc/80024188/Benveniste-Problems-in-General-Linguistics>>. Acesso em: 28 set. 2012

BOBBIO, Norberto. Democracia. In: BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. **Dicionário de política**. 11. ed. Brasília: Ed. UnB, 1998. 2v.

BOBBIO, Norberto. **O futuro da democracia**: uma defesa das regras do jogo. 6. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1997. (Pensamento crítico).

BOBBIO, Norberto. **Teoria da norma jurídica**. 5. ed. rev. Bauru, SP: Edipro, 2012.

BOURDIEU, Pierre. **A economia das trocas simbólicas**. São Paulo: Perspectiva, 2009.

BOURDIEU, Pierre. **O poder simbólico**. Tradução Fernando Tomaz. Lisboa: Difel, 1989.

BRACARENSE, Mariana Sousa; GRESTA, Roberta Maia. **Os partidos políticos na reforma política brasileira**: crise de representatividade e poder simbólico. Trabalho apresentado no 6. Congreso Latinoamericano del Ciencia Política: la investigación política en América Latina, promovido pela Asociación Latinoamericana de Ciencia Política – ALACIP, realizado de 12 a 14 de junho de 2012, em Quito/Equador.

BRASIL. Código de Processo Civil (1973). **Lei n. 5.869, de 11 de janeiro de 1973**. Institui o código de processo civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5869compilada.htm>. Acesso em 27 jun. 2013.

BRASIL. Código de Processo Penal. **Decreto-lei n. 3.689, de 3 de outubro de 1941**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm>. Acesso em: 15 jan. 2014.

BRASIL. Código eleitoral (1932). **Decreto n. 21.076, de 24 de Fevereiro de 1932**. Decreta o Código Eleitoral. Disponível em: <<http://www2.camara.gov.br/legin/fed/decret/1930-1939/decreto-21076-24-fevereiro-1932-507583-publicacaooriginal-1-pe.html>>. Acesso em: 11 ago. 2013

BRASIL. Código Eleitoral (1965). **Lei n. 4.737, de 15 de julho de 1965**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L4737compilado.htm>. Acesso em: 17 jan. 2014.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: em 20 jun. 2013.

BRASIL. **Decreto-lei n. 4.657, de 4 de setembro de 1942**. Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del4657compilado.htm>. Acesso em: 14 out. 2013.

BRASIL. **Lei n. 4.740, de 15 de julho de 1965**. Lei Orgânica dos Partidos Políticos. Disponível em <<http://www2.camara.gov.br/legin/fed/lei/1960-1969/lei-4740-15-julho>>.

1965-368290-publicacaooriginal-1-pl.html>. Acesso em: 21 ago. 2011.

BRASIL. **Lei n. 5.682, de 21 de julho de 1971.** Lei Orgânica dos Partidos Políticos. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1970-1979/L5682impressao.htm>. Acesso em: 21 ago. 2011.

BRASIL. **Lei n 8.078, de 11 de setembro de 1990.** Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8078.htm>. Acesso em: 2 fev. 2014.

BRASIL. **Lei n. 9.096, de 19 de setembro de 1995.** Dispõe sobre partidos políticos, regulamenta os arts. 17 e 14, § 3º, inciso V, da Constituição Federal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9096.htm>. Acesso em 15 jan. 2014.

BRASIL. **Lei n. 9.504, de 30 de setembro de 1997.** Estabelece normas para as eleições. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9504.htm>. Acesso em 15 jan. 2014.

BRASIL. **Lei Complementar n. 64, de 18 de maio de 1990.** Estabelece, de acordo com o art. 14, § 9º da Constituição Federal, casos de inelegibilidade, prazos de cessação, e determina outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp64.htm>. Acesso em: 21 jan. 2014,

BRASIL. **Lei Complementar n. 75, de 20 de maio de 1993.** Dispõe sobre a organização, as atribuições e o estatuto do Ministério Público da União. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp75.htm>. Acesso em: 14 jan. 2014.

BRASIL. **Projeto de Lei da Câmara dos Deputados n. 5139, de 2009.** Disciplina a ação civil pública para a tutela de interesses difusos, coletivos ou individuais homogêneos, e dá outras providências. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=432485>>. Acesso em: 2 fev. 2014.

BRASIL. **Projeto de Lei da Câmara dos Deputados n. 8046, de 2010.** Código de Processo Civil. Revoga a Lei nº 5.869, de 1973. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=490267>>. Acesso em: 2 fev. 2014.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 3.999,** Relator Min. Joaquim Barbosa. Acórdão de 12 nov. 2008. Publicado no Diário de Justiça Eletrônico em 17 abr. 2009, p. 99. Disponível em <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28perda+de+mandato+infidelidade+partid%E1ria%29&base=baseAcordados&url=http://tinyurl.com/amorhjpg>>. Acesso em: 12 out. 2013.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Mandado de Segurança n. 26.602,** Relator Min. Eros Grau. Acórdão de 4 out. 2007. Publicado no Diário de Justiça Eletrônico em 17 out. 2008, p. 190. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28perda+de+mandato+infidelidade+partid%E1ria%29&base=baseAcordados&url=http://tinyurl.com/amorhjpg>>. Acesso em: 7 out. 2013.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Mandado de Segurança n. 26.603**, Relator Min. Celso de Melo. Acórdão de 4 out. 2007. Publicado no Diário de Justiça Eletrônico em 19 dez. 2008, p. 318. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28perda+de+mandato+infidelidade+partid%E1ria%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/amorhjhjg>. Acesso em: 12 out. 2013.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Mandado de Segurança n. 26.604**, Relatora Min. Carmen Lúcia. Acórdão de 4 out. 2007. Publicado no Diário de Justiça Eletrônico em 3 out. 2008, p. 135. Disponível em <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28perda+de+mandato+infidelidade+partid%E1ria%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/amorhjhjg>. Acesso em: 7 out. 2013.

BRASIL. Tribunal Regional Eleitoral de Minas Gerais. **Petição n. 1034-58.2011.6.13.0000**, Relator Juiz Maurício Torres Soares. Acórdão de 15 mar. 2012. Publicado no Diário de Justiça Eletrônico-TREMG em 22 mar. 2012, fls. 001. Disponível em <http://www.tse.jus.br/jurisprudencia/pesquisa-de-jurisprudencia>. Acesso em: 7 out. 2013.

BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. **Agravo Regimental em Agravo de Instrumento n. 1369-40.2011.600.0000**, Relator: Min. Marcelo Henriques Ribeiro de Oliveira, Brasília, 22 nov. 2011. Disponível em: <http://www.tse.jus.br/sadJudSjur/pesquisa/actionBRSSearch.do?toc=true&docIndex=0&httpSessionName=brsstateSJUT6032189§ionServer=TSE>. Acesso em: 02 abr. 2013.

BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. **Agravo Regimental em Recurso Especial Eleitoral n. 33.378**. Acórdão de 04 dez. 2008. Disponível em: www.tse.jus.br/jurisprudencia. Acesso em: 17 mar. 2013.

BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. Agravo Regimental em Recurso Especial Eleitoral n. 93-75.2012.620.0066, Relator Min. Henrique Neves da Silva. Acórdão de 28 fev. 2013. In: **Diário de Justiça Eletrônico de 02 abr. 2013**. Disponível em: <http://www.tse.jus.br/servicos-judiciais/diario-da-justica-eletronico>. Acesso em: 28 nov. 2013.

BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. Agravo Regimental em Recurso Especial Eleitoral n. 292-43.2012.613.0050, Relator Min. Henrique Neves da Silva. Acórdão de 02 abr. 2013. In: **Diário de Justiça Eletrônico de 06 maio 2013**. Disponível em: <http://www.tse.jus.br/servicos-judiciais/diario-da-justica-eletronico>. Acesso em: 28 nov. 2013.

BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. **Agravo Regimental em Recurso Especial Eleitoral n. 1922-93**. Acórdão de 09 set. 2012. Disponível em: www.tse.jus.br/jurisprudencia. Acesso em: 17 mar. 2013.

BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. **Código eleitoral anotado e legislação complementar**. 10. ed. Brasília: Tribunal Superior Eleitoral, Secretaria de Gestão da Informação, 2012.

BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. Embargos de Declaração em Agravo Regimental em Recurso Especial Eleitoral n. 756-58.2012.626.0033, Relatora Min. Luciana Christina

Guimarães Lóssio. Acórdão de 19 mar. 2013. In: **Diário de Justiça Eletrônico de 22 abr. 2013**, Tomo 074, Página 72. Disponível em: <<http://www.tse.jus.br/servicos-judiciais/diario-da-justica-eletronico>>. Acesso em: 28 nov. 2013.

BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. **Recurso Contra a Expedição de Diploma n. 884.2011.6.18.000**, Relator Min. Dias Toffoli. Acórdão de 12 set. 2013. Publicado no Diário de Justiça Eletrônico em 12 nov. 2013, n. 216, página 54-55. Disponível em <<http://www.tse.jus.br/pesquisa-de-jurisprudencia>>. Acesso em: 15 nov. 2013.

BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. Recurso Especial Eleitoral n. 11835, Relator Min. Torquato Lorena Jardim. Acórdão de 09 jun. 1994. Publicado no Diário de Justiça em 29 jul 1994, p. 18429. In: **Revista de Jurisprudência do TSE**, v. 6, tomo 3, p. 132.

BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. **Recurso Especial Eleitoral n. 1445-66.2010.620.0057**, Relatora: Min. Cármen Lúcia Antunes Rocha, Brasília, 08 set. 2011. Disponível em: <<http://www.tse.jus.br/sadJudSjur/pesquisa/actionBRSSearch.do?toc=true&docIndex=0&httpSessionName=brsstateSJUT6032189§ionServer=TSE>>. Acesso em 02 abr. 2013.

BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. **Recurso Ordinário n. 1734/AL**, Relator Min. Félix Fischer. Decisão Monocrática de 25 nov. 2008. Publicado no Diário da Justiça Eletrônico em 2 dez. 2008, p. 8/11. Disponível em <<http://www.tse.gov.br/internet/jurisprudencia/index.htm>>. Acesso em: 14 set. 2011.

BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. **Resolução n. 22.526**, Relator Min. Cesar Asfor Rocha. Acórdão de 27 mar. 2007. Publicado no Diário de Justiça em 8 maio 2007, fls. 143. Disponível em <<http://www.tse.jus.br/arquivos/tse-resolucao-no-22-526-consulta-no-1-398/view>>. Acesso em: 7 out. 2013.

BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. **Resolução n. 22.580, de 2007**, Relator Min. Caputo Bastos. Acórdão de 30 ago. 2007. Publicado no Diário de Justiça em 24 set. 2007, fls. 141. Disponível em <<http://www.tse.jus.br/jurisprudencia/inteiro-teor>>. Acesso em: 7 out. 2013.

BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. **Resolução n. 22.600**, Relator Min. Carlos Ayres Britto. Acórdão de 16 out. 2007. Publicado no Diário de Justiça em 28 dez. 2007, fls. 001. Disponível em <<http://www.tse.jus.br/jurisprudencia/inteiro-teor>>. Acesso em: 7 out. 2013.

BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. Resolução n. 22.610, de 25 de outubro de 2007. In: BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. **Código eleitoral anotado e legislação complementar**, 10. ed. Brasília: Tribunal Superior Eleitoral, Secretaria de Gestão da Informação, 2012. p. 663-665.

BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. **Resolução n. 22.866, de 2008**. Disponível em: <<http://www.tse.jus.br/legislacao/codigo-eleitoral/normas-editadas-pelo-tse/resolucao-nb0-22.610-de-25-de-outubro-de-2007-brasil-2013-df>>. Acesso em: 11 ago. 2013.

BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. **Resolução n. 23.148, de 2009**, Relator Min. Fernando Gonçalves. Acórdão de 24 set. 2009. Publicado no Diário de Justiça Eletrônico em 16 out. 2009, p. 28. Disponível em <<http://www.tse.jus.br/jurisprudencia/pesquisa-de-jurisprudencia>>. Acesso em: 7 out. 2013.

BRÊTAS, Ronaldo de Carvalho Dias. **Processo constitucional e estado democrático de direito**. 1 ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2010.

BUENO, Cássio Scarpinella. **Curso sistematizado de direito processual civil**: volume 1: teoria geral do direito processual civil. 5. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2011.

CALAMANDREI, Piero. **Estudos de direito processual na Itália**. Tradução Ricardo Rodrigues Gama. Campinas: LZN Editora, 2003.

CANARIS, Claus-Wilhelm. **Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito**. 3. ed. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 2002.

CÂNDIDO, José Joel. **Direito eleitoral brasileiro**. 7. ed. São Paulo: Edipro, 1998.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional**. 6. ed. rev.. Coimbra: Almedina, 1993.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à justiça**. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1988.

CARNELUTTI, Francesco. **Sistema de direito processual civil**. Trad. Hilomar Martins Oliveira, 1. ed., vol. 1. São Paulo: Classic Book, 2000.

CARRÍO, Genaro. **Sobre los límites del lenguaje normativo**. 1. reimpr. Buenos Aires: Astrea, 2001.

CASTELLS, Manuel. **A sociedade em rede**. 14ª reimpressão com novo prefácio. São Paulo: Paz e Terra, 2011. (A era da informação. Economia, sociedade e cultura ;1)

CASTELLS, Manuel. **Redes de indignação e esperança**: movimentos sociais na era da internet. Trad. Carlos Alberto Medeiros. 1. ed. Rio de Janeiro: Zahar, 2013.

CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. O processo constitucional como o instrumento da jurisdição constitucional. **Revista da Faculdade Mineira de Direito**, v. 3, n. 5 e 6, p. 161-169. Belo Horizonte, 1º e 2º sem., 2000.

CHAUÍ, Marilena. **As manifestações de junho de 2013 na cidade de São Paulo**. Disponível em <<http://www.teoriaedebate.org.br/materias/nacional/manifestacoes-de-junho-de-2013-na-cidade-de-sao-paulo>>, acesso 11 jul. 2013.

CHAUÍ, Marilena. **Manifestações ideológicas do autoritarismo brasileiro**. Organizador André Rocha. Belo Horizonte: Autêntica; São Paulo: Editora Fundação Perseu Abramo, 2013. (Escritos de Marilena Chauí, 2).

CHIOVENDA, Giuseppe. **Instituições de direito processual civil**. 2. ed. Campinas (SP): Bookseller, 2000. 3v.

CITTADINO, Gisele. **Pluralismo, direito e justiça distributiva**: elementos da filosofia constitucional contemporânea. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013.

COMTE, Augusto. **Discurso preliminar sobre o espírito positivo**. Tradução Renato Barboza Rodrigues Pereira. Edição eletrônica [S. l.]: Ridendo Castigar Mores, [s. a.].

Disponível em: <www.ebooksbrasil.org>. Acesso em: 04 ago. 2013.

CONSTANT, Benjamin. **Da liberdade dos antigos comparada à dos modernos**. Discurso proferido no Ateneu Real de Paris em 1819. Texto publicado na Revista filosófica política n. 2, 1985. Disponível em <<http://caosmose.net/candido/unisinos/textos/benjamin.pdf>>. Acesso em: 01 ago. 2013.

COSTA, Adriano Soares da. **Instituições de direito eleitoral**. 8. ed. rev. ampl. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

COSTA, Elcias Ferreira da. **Direito eleitoral**. Rio de Janeiro: Forense, 1992.

COSTA, Fabrício Veiga. **Mérito processual**: a formação participada nas ações coletivas. Belo Horizonte: Arraes, 2012.

COSTA, Tito. **Recursos em matéria eleitoral**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996.

DAHL, Robert. **Sobre a democracia**. Trad. Beatriz Sidou. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2001.

DAMASKA, Mirjan R. **Las Caras de la justicia y el poder del Estado**: análisis comparado del proceso legal. Tradução para o espanhol de Andrea Morales Vidal. Santiago: Editora Jurídica de Chile, 2000.

DEL NEGRI, André. **Teoria da constituição e do direito constitucional**. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

DERRIDA, Jacques. **Força de lei**: o fundamento místico da autoridade. 2. ed.. São Paulo: Livraria Martins Fontes, 2010.

DIAS, Rogério A. Correia. **Administração da justiça**: a gestão pela qualidade total. Campinas, SP: Millennium Editora, 2004.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de direito processual civil**, v. 1, 5. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2005.

DWORKIN, Ronald. **O direito da liberdade**: a leitura moral da Constituição norte-americana. Tradução Marcelo Brandão Cipolla; revisão técnica Alberto Alonso Muñoz. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

FARIA, Gustavo de Castro. **Jurisprudencialização do direito**: reflexões no contexto da processualidade democrática. Belo Horizonte: Arraes, 2012.

FAZZALARI, Elio. **Instituições de direito processual**. 8. ed. Tradução Eliane Nassif. Campinas: Bookseller, 2006.

FERNANDES, Bernardo Gonçalves. **Curso de direito constitucional**. 3. ed. rev., ampl. e atual. até a EC n. 67/2010 e em consonância com a jurisprudência do STF. 2 tiragem. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

FERNANDES, Bernardo Gonçalves (Org.) **Interpretação Constitucional**: reflexões sobre

(a nova) hermenêutica. Salvador: Jus Podvim, 2010.

FERNANDES, Bernardo Gonçalves; PEDRON, Flavio Barbosa Quinaud. **O poder judiciário e(m) crise:** reflexões de Teoria da Constituição e Teoria Geral do Processo sobre o acesso à justiça e as recentes reformas do poder judiciário à luz de Ronald Dworkin, Klaus Günther e Jürgen Habermas. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

FERRAZ JÚNIOR, Tercio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito:** técnica, decisão, dominação. 4ª edição rev. e ampl. São Paulo: Atlas, 2003.

FERREIRA, Juliana Maria Matos. **O modelo participativo de processo coletivo:** as ações coletivas como ações temáticas. 2009. Dissertação (mestrado) – Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Programa de Pós-Graduação em Direito, Belo Horizonte. Disponível em: <http://www.biblioteca.pucminas.br/teses/Direito_FerreiraJM_1.pdf>. Acesso em: 20 set. 2011.

FERREIRA, Juliana Maria Matos; GUIMARAES, Natalia Chernicharo; MACIEL JUNIOR, Vicente De Paula. Cidadania, legitimação para agir e efetividade no processo coletivo. In: ENCONTRO PREPARATÓRIO PARA O CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI, XVII, 19 a 21 de junho de 2008, Salvador. **Cidadania e efetividade do direito:** Anais do XVII Encontro Preparatório para o Congresso Nacional do CONPEDI. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2008, p. 2965-2982.

FIX-ZAMUDIO, Héctor. **La protección jurídica y procesal de los derechos humanos ante las jurisdicciones procesales.** Madrid: Civitas, 1982.

GARGARELLA, Roberto. **As teorias da justiça depois de Rawls:** um breve manual de filosofia política. São Paulo: Martins Fontes, 2008.

GOMES, José Jairo. **Direito eleitoral.** 6. ed. rev. atual. e a ampl.. São Paulo: Atlas. 2011.

GONÇALVES, Aroldo Plínio. **Técnica processual e teoria do processo.** 2 ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2012.

GOYARD-FABRE, Simone. **O que é democracia?** A genealogia filosófica de uma grande aventura humana. Tradução de Claudia Berliner. São Paulo: Martins Fontes, 2003. (Justiça e direito).

GOYARD-FABRE, Simone. **Os princípios filosóficos do direito político moderno.** Tradução Irene A. Paternot. São Paulo: Martins Fontes, 1999. (Ensino superior).

GREGÓRIO, Papa. **Decretalium d. Gregorii Papae IX:** compilatio liber quintus. Disponível em: <<http://www.thelatinlibrary.com/gregdecretals5.html>>. Acesso em: 12 out. 2013.

GRESTA, Roberta Maia. Processo coletivo: entre o estrangulamento da conflituosidade e a legitimidade democrática. In: XX Congresso Nacional do CONPEDI, 2011, Vitória - ES. **Anais do XX Congresso Nacional do CONPEDI.** Florianópolis: Fundação Boiteux, 2011, p. 6337-6365.

GRESTA, Roberta Maia. Segurança jurídica: o edifício de ponta-cabeça arquitetado na

exposição de motivos do projeto do novo Código Civil. In: MACEDO, Elaine Harzheim; STAFFEN, Márcio Ricardo (org.). **Jurisdição e processo**: tributo ao constitucionalismo. Belo Horizonte: Arraes, 2012. p. 225-237.

GRESTA, Roberta Maia *et al.* Por que a lei da ficha limpa incide sobre situações jurídicas constituídas antes de sua vigência: duas objeções superadas. In: SOARES, Igor Alves Norberto *et al* (org.). **Coletânea de artigos jurídicos NAP 2011**, 1. ed., Curitiba, PR: CRV, 2012, p. 195-220.

GRESTA, Roberta Maia; FERREIRA, Lara Marina; BRACARENSE, Mariana Sousa. Parâmetros de legitimidade da atuação dos partidos políticos no processo jurisdicional eleitoral. In: **Revista de doutrina e jurisprudência**, v. 1, n. 26, p. 9-40. Belo Horizonte: TREMG, 2012.

GRINOVER, Ada Pellegrini. **Novas tendências do direito processual**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1990.

GUIMARÃES, Natália Chernicharo. **A extensão subjetiva do julgado no modelo participativo da ação temática**. 2010. Dissertação (mestrado) – Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Programa de Pós-Graduação em Direito, Belo Horizonte. Disponível em: <http://www.biblioteca.pucminas.br/teses/Direito_GuimaraesNC_1.pdf>. Acesso em: 20 set. 2011.

HABERMAS, Jürgen. **Consciência moral e agir comunicativo**. Tradução Guido A. de Almeida. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1989. (Biblioteca tempo universitário. Estudos alemães; 84).

HABERMAS, Jürgen. **Pensamento pós-metafísico**: estudos filosóficos. Trad. Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1990. (Biblioteca tempo universitário. Estudos alemães; 90).

HABERMAS, Jürgen. Três modelos normativos de democracia. **Cadernos da escola do legislativo**, Belo Horizonte: Assembleia Legislativa do Estado de Minas Gerais, n.3, p. 107-121, jan./jul. 1995.

HOBSBAWM, E. J. **A era das revoluções**: 1789-1848. 25. ed. rev. São Paulo: Paz e Terra, 2010.

HÖFFE, Otfried. **Justiça política**: fundamentação de uma filosofia crítica do direito e do estado. Tradução de Emildo Stein. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

HOLLANDA, Cristina Buarque de. **Modos da representação política**: o experimento da Primeira República brasileira. Belo Horizonte: Editora UFMG; Rio de Janeiro: IUPERJ, 2009.

IHERING, Rudolf von. **A luta pelo direito**. 21. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

IHERING, Rudolf von. **La dogmática jurídica**. Buenos Aires: Losada, 1946.

INSTITUTO IBERO-AMERICANO DE DIREITO PROCESSUAL. **Código Modelo de Processos Coletivos para Ibero-América**. Disponível em:

<http://www.pucsp.br/tutelacoletiva/download/codigomodelo_portugues_final_28_2_2005.pdf>. Acesso em 5 jul 2013.

KAUFMANN, Matthias. Discurso e despotismo. In: MERLE, Jean-Christophe; MOREIRA, Luiz (org.). **Direito e legitimidade**: escritos em homenagem ao Prof. Dr. Joaquim Carlos Salgado, por ocasião de seu decanato como professor titular de teoria geral e filosofia do direito da Faculdade de Direito da UFMG. Tradução Claudio Molz, Tito Lívio Cruz Romão. Revisão técnica da tradução Luiz Moreira, Cláudia Toledo. São Paulo: Landy, 2003.

KELSEN, Hans. **A democracia**. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. Tradução João Baptista Machado. 5. ed.. São Paulo: Martins Fontes, 1996. (Ensino Superior).

LEAL, André Cordeiro. **Instrumentalidade do processo em crise**. Belo Horizonte: Mandamentos, FUMEC/FCH, 2008.

LEAL, Rosemiro Pereira. **A teoria neoinstitucionalista do processo**: uma trajetória conjectural. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2013. (Coleção Professor Álvaro Ricardo de Souza, 7).

LEAL, Rosemiro Pereira. Direitos fundamentais do processo na desnaturalização dos direitos humanos. In: **Revista da Faculdade Mineira de Direito**, PUC-MG, v. 9, p. 89-100, 2006.

LEAL, Rosemiro Pereira. Modelos processuais e constituição democrática. In: CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade; MACHADO, Felipe Daniel Amorim (Coord.). **Constituição e processo**: a contribuição do processo ao constitucionalismo democrático brasileiro. Belo Horizonte: Del Rey, 2009, p. 283-292.

LEAL, Rosemiro Pereira. O paradigma processual ante as sequelas míticas do poder constituinte originário. **Phrónesis**: direito e sociedade, Piumhi, v.1, n.2, p.195-208, jul. 2009.

LEAL, Rosemiro Pereira. Processo civil e sociedade civil. **Virtuajus**, ano 4, n. 2, dez. 2005. Disponível em: <http://www.fmd.pucminas.br/Virtuajus/2_2005/Docentes/PDF/processo%20civil%20e%20sociedade%20civil.pdf> . Acesso: em 09 fev. 2013.

LEAL, Rosemiro Pereira. **Processo como teoria da lei democrática**. Belo Horizonte: Forum, 2010.

LEAL, Rosemiro Pereira. **Teoria geral do processo**: primeiros estudos. 9. ed. rev. e aum. São Paulo: Forense, 2009.

LEAL, Rosemiro Pereira. **Teoria processual da decisão jurídica**. São Paulo: Landy, 2002.

LEAL, Rosemiro Pereira. Teoria processual da decisão jurídica (disciplina do Mestrado em Direito Processual). Belo Horizonte: Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, 2. semestre de 2012 (Notas de aula).

LEONEL, Ricardo de Barros. **Manual do processo coletivo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. Originalmente apresentado como dissertação do autor (Mestrado -

Universidade de São Paulo) sob o título: **Processo coletivo: evolução e perspectivas.**

LIEBMAN, Enrico Tullio. **Eficácia e autoridade da sentença.** Tradução de Alfredo Buzaid e Benvindo Aires. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1984.

LIJPHART, Arend. **Patterns of democracy: government forms and performance in thirty-six countries.** Connecticut: Yale University Press, 1999.

LÔBO, Edilene. **A inclusão do cidadão no processo eleitoral.** Belo Horizonte: Del Rey, 2010.

LOPES, Edward. **Discurso, texto e significado: uma teoria do interpretante.** São Paulo: Cultrix, 1979.

LUHMANN, Niklas. **Legitimação pelo procedimento.** Tradução de Maria da Conceição. Brasília. UNB, 1980.

MACIEL JÚNIOR, Vicente de Paula. Estrutura e interpretação do direito processual civil brasileiro a partir da Constituição Federal de 1988. In: MACHADO, Felipe Daniel Amorim; CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade (Coord.). **Constituição e processo: a contribuição do processo ao constitucionalismo democrático brasileiro**, p. 293-312. Belo Horizonte: Del Rey, 2009.

MACIEL JÚNIOR, Vicente de Paula. **Teoria das ações coletivas: as ações coletivas como ações temáticas.** São Paulo: LTr, 2006.

MAQUIAVEL, Nicolau. **Discorsi sopra la prima deca di Tito Livio.** Revisão de Claudio Paganelli. Obra de domínio público, 1 ed. eletrônica. Disponível em: <<http://www.dominiopublico.gov.br/download/texto/lb000892.pdf>>. Acesso em: 01 ago. 2013.

MAUSS, Ingeborg. Judiciário como superego da sociedade: o papel da atividade jurisprudencial na “sociedade órfã”. Trad. do alemão: Martonio Lima e Paulo Albuquerque. **Revista Novos Estudos CEBRAP**, São Paulo, n. 58, p. 183-202, novembro de 2000.

MICHELS, Robert. **Sociologia dos Partidos Políticos.** Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1982.

MILL, John Stuart. **O governo representativo.** 2.ed. São Paulo: Ibrasa, 1983.

MILLER, David (org.). **Textos escolhidos: Popper.** Tradução Vera Ribeiro. Rio de Janeiro: Contraponto: Ed. PUC-Rio, 2010.

MONTESQUIEU. **O Espírito das Leis.** São Paulo: Abril Cultural, 1973. (Os Pensadores).

MORANGE, Jean. **Direitos humanos e liberdades públicas.** 5 ed. revista e ampliada. Tradução Eveline Bouteiller. Barueri: Manole, 2004.

MÜLLER, Friedrich. **Quem é o povo? a questão fundamental de democracia.** 3. ed. São Paulo: Max Limonad, 2003.

NALINI, José Renato. **A rebelião da toga.** Campinas: Millenium, 2006.

NAVES, Márcio Brilharianho. **Marxismo e direito**. São Paulo: Boitempo, 2000.

NEVES, Marcelo. **Entre Têmis e Leviatã**: uma relação difícil: o Estado Democrático de Direito a partir e além de Luhmann e Habermas. Tradução do autor. 2 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2008.

NICOLAU, Jairo Marconi. **Sistemas eleitorais**: uma introdução. 4. ed. Rio de Janeiro: FGV, Instituto Brasileiro de Economia, 2002.

NUNES, Dierle José Coelho. **Processo jurisdicional democrático**. Curitiba: Juruá, 2008.

NUNES, Dierle José Coelho *et al.* **Curso de direito processual civil**: fundamentação e aplicação. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

PEREIRA, Rodolfo Viana. **Tutela coletiva no direito eleitoral**: controle social e fiscalização das eleições. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

PICARDI, Nicola. **Jurisdição e processo**. Organizador e revisor técnico da tradução: Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

PICARDI, Nicola. **Manuale del processo civile**. 2. ed.. Milano: Giuffrè Editore, 2010.

PIMENTA, André Patrus Ayres *et al.* Processo, ação e jurisdição em Chiovenda. In: LEAL, Rosemiro Pereira. **Estudos continuados de teoria do processo**: volume 5: a pesquisa jurídica no curso de mestrado em direito processual: processo, ação e jurisdição em Chiovenda, Carnelutti, Liebman e Fazzalari. São Paulo: IOB Thomson, 2004.

POPPER, Karl Raimund Sir,. **Conhecimento objetivo**: uma abordagem evolucionária. Belo Horizonte: Itatiaia, 1999. (Coleção Espírito do nosso tempo; 13).

POPPER, Karl. **O mito do contexto**. Lisboa: Edições 70, 1996.

RAWLS, John. Reply to Habermas, **The journal of philosophy**, v. 92, n. 3, p. 132-180, mar., 1995, p. 140.

RAWLS, John. **Uma teoria da justiça**. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2008.

RIBEIRO, Fávila. **Abuso de poder no direito eleitoral**. 2. ed.. Rio de Janeiro: Forense, 1993, p. 116.

RIBEIRO, Fávila. **Direito eleitoral**. 4. ed. rev. e ampl.. Rio de Janeiro: Forense, 1996.

RIBEIRO, Fávila. **Pressupostos constitucionais do direito eleitoral**: no caminho da sociedade participativa. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1990.

RICOUER, Paul. **A memória, a história o esquecimento**. Tradução Alain François [et al.]. 3. reimp.. Campinas: Editora UNICAMP, 2010.

ROSS, Alf. **Tû-Tû**. Trad. de Edson L. M. Bini. São Paulo: Quartier Latin, 2004.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. **Do contrato social**. Tradução Rolando Roque da Silva. Edição eletrônica: Ridendo Castig Mores, [s. a.].

SANTOS, Boaventura de Sousa (Org.). Prefácio. **Democratizar a democracia: os caminhos da democracia participativa**. 3. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2005. 678 p. (Reinventar a emancipação social para novos manifestos; 1)

SANTOS, Boaventura de Sousa; AVRITZER, Leonardo. Introdução: Para ampliar o cânone democrático. In: SANTOS, Boaventura de Sousa (Org.). **Democratizar a democracia: os caminhos da democracia participativa**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2002. (Col. Reinventar a emancipação social para novos manifestos; 1)

SANTOS, Washington dos. Cível. In: **Dicionário jurídico brasileiro**, Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

SCHUMPETER, Joseph A. **Capitalismo, socialismo e democracia**. Trad. Ruy Jungmann. Rio de Janeiro: Editora Fundo de Cultura, 1961.

SHETH, D. L. Micromovimentos na Índia: para uma nova política de democracia participativa. In: SOUZA SANTOS, SANTOS, Boaventura de Sousa (Org.). **Democratizar a democracia: os caminhos da democracia participativa**. (Col. Reinventar a emancipação social para novos manifestos) Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2002, p. 85-131.

SPINOZA, Benedict de. **A Theologico-Political Treatise**, 1670. Translated by R. H. M. Elwes, July, 1997. Domínio público. Disponível em: <<http://www.dominiopublico.gov.br>>. Acesso em: 15 ago. 2013.

STOPPINO, Mario. Autoridade. In: BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. **Dicionário de política**. 11. ed. Brasília: Ed. UnB, 1998, p. 88-94.

STRECK, Lenio Luiz. O que é isto – “Decidir conforme a consciência”? Protogênese do protagonismo judicial. In: MACHADO, Felipe Daniel Amorim; CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade (Coord.). **Constituição e processo: entre o direito e a política**, p. 215-250. Belo Horizonte: Del Rey, 2011.

TOCQUEVILLE, Alexis de. **Democracia na América: livro 1 – Leis e Costumes**. Tradução Eduardo Brandão; prefácio, bibliografia e cronologia François Furet, 2ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

URBINATI, Nadia. O que torna a representação democrática? In: **Revista de cultura política: o futuro da representação**. São Paulo: Lua Nova, 2006. Vol. 67, p. 191-228.

VIDAL, Isabel Lifante. **La interpretación jurídica en la teoría del Derecho contemporánea**. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1999.

VIEHWEG, Theodor. **Tópica e jurisprudência: uma contribuição à investigação dos fundamentos jurídico-científicos**. 5. ed. alemã, revista e ampliada. Tradução da Kelly Susane Alflen da Silva. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2008.

VIGORITI, Vincenzo. **Interessi collettivi e processo: la legittimazione ad agire**. Milano: Giuffrè, 1979.

WALZER, Michael. **Thick and Thin: the moral argument at home and abroad**. Indiana: University of Notre Dame Press, 1995.

WEBER, Max. Os três tipos puros de dominação legítima. In: COHN, Gabriel (org.). **Max Weber: sociologia**. 7. ed., 6. reimpr.. São Paulo: Ática, 2004, p. 128-141.

WINTER, Lorena Bachmaier. Acusatorio versus inquisitivo: reflexiones acerca del proceso penal. In: WINTER, Lorena Bachmaier. **Proceso penal y sistemas acusatorios**. Marcial Pons: Madrid, 2008

ZANETI JÚNIOR, Hermes. **Processo constitucional**: o modelo constitucional do processo civil brasileiro. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.