

A AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE N. 4.650 E A “DEMOCRACIA GUARDIANA” DE ROBERT DAHL

Luis Carlos Martins Alves Jr.¹, Thiago Aguiar de Pádua², Fábio Luiz Bragança Ferreira³

RESUMO

O presente artigo analisa o julgamento do Supremo Tribunal Federal (STF) nos autos da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) n. 4.650, que acolheu a tese de que as pessoas jurídicas não devem participar do financiamento das campanhas eleitorais brasileiras, proibindo-se o financiamento empresarial em favor de partidos políticos ou de candidatos. Com base no conceito de “Guardiania”, desenvolvido por Robert Dahl, observamos que a tese vencedora não favorece a Democracia, antes, a enfraquece. Os argumentos de que pessoa jurídica não é cidadã e por esse motivo não pode participar das eleições é frágil e equivocado. Também entendemos inconsistente o argumento de que a participação das empresas, por si só, favorece à corrupção. São meros pretextos para uma decisão autocrática preme de “guardiania” da Democracia. Conclui-se que, a partir dessa decisão do STF, seria mais adequado que se logo reconhecesse que um grupo de “Onze iluminados” acha melhor um tipo de modelo de democracia e despreza qualquer outro tipo de democracia contrário ao seu modelo escolhido.

PALAVRAS-CHAVE: Direito Constitucional. STF. ADI 4.650. Financiamento eleitoral. Democracia. Guardiania. Robert Dahl.

¹ Bacharel em Direito, Universidade Federal do Piauí; Doutor em Direito Constitucional, Universidade Federal de Minas Gerais; Professor de Direito Constitucional, Centro Universitário de Brasília; Procurador da Fazenda Nacional; Membro do Centro Brasileiro de Estudos Constitucionais – CBEC. Assessor Jurídico da Subchefia para Assuntos Jurídicos da Casa Civil da Presidência da República. Advogado.

² Doutorando, Mestre e Bacharel em Direito. Ex-assessor de ministro do Supremo Tribunal Federal. Professor das Disciplinas Direito Constitucional III (Defesa da Constituição), Direito Civil I (Pessoas e Bens). Membro do Centro Brasileiro de Estudos Constitucionais – CBEC. Pesquisador dos Grupos de Pesquisa “ISO-Justiça Processual e Desigualdade” e “Cortes Constitucionais, Democracia e Isomorfismo”. Integrou Grupo de Pesquisa na Presidência do STJ - Superior Tribunal de Justiça sobre a pesquisa e análise do Precedente. Advogado.

³ Doutorando, Mestre e Bacharel em Direito. Especialista em Direito Constitucional pelo Instituto Brasiliense de Direito Público - IDP e Bacharel em Direito pelo UniCEUB. Professor de Processo Civil do Centro Universitário do Distrito Federal (UDF). Foi Assessor (CJ-1) da Presidência do Superior Tribunal de Justiça (STJ). É Advogado atuante no Distrito Federal, inscrito na OAB/DF.

1. CONSIDERAÇÕES INICIAIS

O Supremo Tribunal Federal, em 17 de setembro de 2015, encerrou o julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 4.650⁴, sob a relatoria do ministro Luiz Fux, e proclamou a seguinte decisão:

O Tribunal, por maioria e nos termos do voto do Ministro Relator, julgou procedente em parte o pedido formulado na ação direta para declarar a inconstitucionalidade dos dispositivos legais que autorizavam as contribuições de pessoas jurídicas às campanhas eleitorais, vencidos, em menor extensão, os Ministros Teori Zavascki, Celso de Mello e Gilmar Mendes, que davam interpretação conforme, nos termos do voto ora reajustado do Ministro Teori Zavascki. O Tribunal rejeitou a modulação dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade por não ter alcançado o número de votos exigido pelo art. 27 da Lei 9.868/99, e, conseqüentemente, a decisão aplica-se às eleições de 2016 e seguintes, a partir da Sessão de Julgamento, independentemente da publicação do acórdão. Com relação às pessoas físicas, as contribuições ficam reguladas pela lei em vigor.

O acórdão desse julgamento restou publicado em 24 de fevereiro de 2016 e sua analítica ementa está vazada no seguinte teor:

DIREITO CONSTITUCIONAL E ELEITORAL. MODELO NORMATIVO VIGENTE DE FINANCIAMENTO DE CAMPANHAS ELEITORAIS. LEI DAS ELEIÇÕES, ARTS. 23, §1º, INCISOS I e II, 24 e 81, CAPUT e § 1º. LEI ORGÂNICA DOS PARTIDOS POLÍTICOS, ARTS. 31, 38, INCISO III, e 39, CAPUT e §5º. CRITÉRIOS DE DOAÇÕES PARA PESSOAS JURÍDICAS E NATURAIS E PARA O USO DE RECURSOS PRÓPRIOS PELOS CANDIDATOS. PRELIMINARES. IMPOSSIBILIDADE JURÍDICA DO PEDIDO. REJEIÇÃO. PEDIDOS DE DECLARAÇÃO PARCIAL DE INCONSTITUCIONALIDADE SEM REDUÇÃO DE TEXTO (ITENS E.1.e E.2). SENTENÇA DE PERFIL ADITIVO (ITEM E.5). TÉCNICA DE DECISÃO AMPLAMENTE UTILIZADA POR CORTES CONSTITUCIONAIS. ATUAÇÃO NORMATIVA SUBSIDIÁRIA E EXCEPCIONAL DO TRIBUNAL SUPERIOR ELEITORAL, SOMENTE SE LEGITIMANDO EM CASO DE INERTIA DELIBERANDI DO CONGRESSO NACIONAL PARA REGULAR A MATÉRIA APÓS O TRANSCURSO DE PRAZO RAZOÁVEL (IN CASU, DE DEZOITO MESES). INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. IMPROCEDÊNCIA. PRETENSÕES QUE VEICULAM ULTRAJE À LEI FUNDAMENTAL POR AÇÃO, E NÃO POR OMISSÃO. MÉRITO. OFENSA AOS PRINCÍPIOS FUNDAMENTAIS DEMOCRÁTICO E DA IGUALDADE POLÍTICA. CUMULAÇÃO DE PEDIDOS DE ADI E DE ADI POR OMISSÃO EM UMA ÚNICA DEMANDA DE CONTROLE CONCENTRADO DE CONSTITUCIONALIDADE. VIABILIDADE PROCESSUAL. PREMISSAS TEÓRICAS. POSTURA PARTICULARISTA E

4 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação direta de inconstitucionalidade n. 4.650. Plenário. Relator ministro Luiz Fux. Julgamento em 17.9.2015. Acórdão publicado em 24.2.2016. Brasília: 2016.

EXPANSIVA DA SUPREMA CORTE NA SALVAGUARDA DOS PRESSUPOSTOS DEMOCRÁTICOS. SENSIBILIDADE DA MATÉRIA, AFETA QUE É AO PROCESSO POLÍTICO-ELEITORAL. AUTOINTERESSE DOS AGENTES POLÍTICOS. AUSÊNCIA DE MODELO CONSTITUCIONAL CERRADO DE FINANCIAMENTO DE CAMPANHAS. CONSTITUIÇÃO-MOLDURA. NORMAS FUNDAMENTAIS LIMITADORAS DA DISCRICIONARIEDADE LEGISLATIVA. PRONUNCIAMENTO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL QUE NÃO ENCERRA O DEBATE CONSTITUCIONAL EM SENTIDO AMPLO. DIÁLOGOS INSTITUCIONAIS. ÚLTIMA PALAVRA PROVISÓRIA. MÉRITO. DOAÇÃO POR PESSOAS JURÍDICAS. INCONSTITUCIONALIDADE DOS LIMITES PREVISITOS NA LEGISLAÇÃO (2% DO FATURAMENTO BRUTO DO ANO ANTERIOR À ELEIÇÃO). VIOLAÇÃO AOS PRINCÍPIOS DEMOCRÁTICO E DA IGUALDADE POLÍTICA. CAPTURA DO PROCESSO POLÍTICO PELO PODER ECONÔMICO. “PLUTOCRATIZAÇÃO” DO PRÉLIO ELEITORAL. LIMITES DE DOAÇÃO POR NATURAIS E USO DE RECURSOS PRÓPRIOS PELOS CANDIDATOS. COMPATIBILIDADE MATERIAL COM OS CÂNONES DEMOCRÁTICO, REPUBLICANO E DA IGUALDADE POLÍTICA. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE JULGADA PARCIALMENTE PROCEDENTE. 1. A postura particularista do Supremo Tribunal Federal, no exercício da judicial review, é medida que se impõe nas hipóteses de salvaguarda das condições de funcionamento das instituições democráticas, de sorte (i) a corrigir as patologias que desvirtuem o sistema representativo, máxime quando obstruam as vias de expressão e os canais de participação política, e (ii) a proteger os interesses e direitos dos grupos políticos minoritários, cujas demandas dificilmente encontram eco nas deliberações majoritárias. 2. O funcionamento do processo político-eleitoral, conquanto matéria deveras sensível, impõe uma postura mais expansiva e particularista por parte do Supremo Tribunal Federal, em detrimento de opções mais deferentes e formalistas, sobre as escolhas políticas exercidas pelas maiorias no seio do Parlamento, instância, por excelência, vocacionada à tomada de decisão de primeira ordem sobre a matéria. 3. A Constituição da República, a despeito de não ter estabelecido um modelo normativo pré-pronto e cerrado de financiamento de campanhas, forneceu uma moldura que traça limites à discricionariedade legislativa, com a positivação de normas fundamentais (e.g., princípio democrático, o pluralismo político ou a isonomia política), que norteiam o processo político, e que, desse modo, reduzem, em alguma extensão, o espaço de liberdade do legislador ordinário na elaboração de critérios para as doações e contribuições a candidatos e partidos políticos. 4. O hodierno marco teórico dos diálogos constitucionais repudia a adoção de concepções juriscênticas no campo da hermenêutica constitucional, na medida em que preconiza, descritiva e normativamente, a inexistência de instituição detentora do monopólio do sentido e do alcance das disposições magnas, além de atrair a gramática constitucional para outros fóruns de discussão, que não as Cortes. 5. O desenho institucional erigido pelo constituinte de 1988, mercê de outorgar à Suprema Corte a tarefa da guarda precípua da Lei Fundamental, não erigiu um sistema de supremacia judicial em sentido material (ou definitiva), de maneira que seus pronunciamentos judiciais devem ser compreendidos como última palavra provisória, vinculando

formalmente as partes do processo e finalizando uma rodada deliberativa acerca da temática, sem, em consequência, fossilizar o conteúdo constitucional. 6. A formulação de um modelo constitucionalmente adequado de financiamento de campanhas impõe um pronunciamento da Corte destinado a abrir os canais de diálogo com os demais atores políticos (Poder Legislativo, Executivo e entidades da sociedade civil). 7. Os limites previstos pela legislação de regência para a doação de pessoas jurídicas para as campanhas eleitorais se afigura assaz insuficiente a coibir, ou, ao menos, amainar, a captura do político pelo poder econômico, de maneira a criar indesejada “plutocratização” do processo político. 8. O princípio da liberdade de expressão assume, no aspecto político, uma dimensão instrumental ou acessória, no sentido de estimular a ampliação do debate público, de sorte a permitir que os indivíduos tomem contato com diferentes plataformas e projetos políticos. 9. A doação por pessoas jurídicas a campanhas eleitorais, antes de refletir eventuais preferências políticas, denota um agir estratégico destes grandes doadores, no afã de estreitar suas relações com o poder público, em pactos, muitas vezes, desprovidos de espírito republicano. 10. O telos subjacente ao art. 24, da Lei das Eleições, que elenca um rol de entidades da sociedade civil que estão proibidas de financiarem campanhas eleitorais, destina-se a bloquear a formação de relações e alianças promíscuas e não republicanas entre aludidas instituições e o Poder Público, de maneira que a não extensão desses mesmos critérios às demais pessoas jurídicas evidencia desequiparação desprovida de qualquer fundamento constitucional idôneo. 11. Os critérios normativos vigentes relativos à doação a campanhas eleitorais feitas por pessoas naturais, bem como o uso próprio de recursos pelos próprios candidatos, não vulneram os princípios fundamentais democrático, republicano e da igualdade política. 12. O Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil ostenta legitimidade ad causam universal para deflagrar o processo de controle concentrado de constitucionalidade, ex vi do art. 103, VII, da Constituição da República, prescindindo, assim, da demonstração de pertinência temática para com o conteúdo material do ato normativo impugnado. 13. As disposições normativas adversadas constantes das Leis nº 9.096/95 e nº 9.504/97 revelam-se aptas a figurar como objeto no controle concentrado de constitucionalidade, porquanto primárias, gerais, autônomas e abstratas. 14. A “possibilidade jurídica do pedido”, a despeito das dificuldades teóricas de pertinência técnica (i.e., a natureza de exame que ela envolve se confunde, na maior parte das vezes, com o próprio mérito da pretensão) requer apenas que a pretensão deduzida pelo autor não seja expressamente vedada pela ordem jurídica. Consectariamente, um pedido juridicamente impossível é uma postulação categoricamente vedada pela ordem jurídica. (ARAGÃO, Egas Dirceu Moniz de. Comentários ao Código de Processo Civil. 10ª ed. Rio de Janeiro: Forense, p. 394). 15. In casu, a) Os pedidos constantes dos itens “e.1” e “e.2”, primeira parte, objetivam apenas e tão somente que o Tribunal se limite a retirar do âmbito de incidência das normas impugnadas a aplicação reputada como inconstitucional, sem, com isso, proceder à alteração de seu programa normativo. b) Trata-se, a toda evidência, de pedido de

declaração de inconstitucionalidade parcial sem redução de texto, cuja existência e possibilidade são reconhecidas pela dogmática constitucional brasileira, pela própria legislação de regência das ações diretas (art. 28, § único, Lei nº 9.868/99) e, ainda, pela práxis deste Supremo Tribunal Federal (ver, por todos, ADI nº 491/AM, Rel. Min. Moreira Alves, Tribunal Pleno, DJ 25.10.1991). c) Destarte, os pedidos constantes dos itens “e.1” e “e.2” são comuns e naturais em qualquer processo de controle abstrato de constitucionalidade, razão por que a exordial não veicula qualquer pretensão expressamente vedada pela ordem jurídica. d) O pedido aduzido no item “e.5” não revela qualquer impossibilidade que nos autorize a, de plano, reconhecer sua inviabilidade, máxime porque o Requerente simplesmente postula que a Corte profira uma “sentença aditiva de princípio” ou “sentença-delegação”, técnica de decisão comumente empregada em Cortes Constitucionais algures, notadamente a italiana, de ordem a instar o legislador a disciplinar a matéria, bem assim a delinear, concomitantemente, diretrizes que devem ser por ele observadas quando da elaboração da norma, exurgindo como método decisório necessário em casos em que o debate é travado nos limites do direito posto e do direito a ser criado. 16. Ademais, a atuação normativa do Tribunal Superior Eleitoral seria apenas subsidiária e excepcional, somente se legitimando em caso de inertia deliberandi do Congresso Nacional para regular a matéria após o transcurso de prazo razoável (in casu, de dezoito meses), incapaz, bem por isso, de afastar a prerrogativa de o Parlamento, quando e se quisesse, instituir uma nova disciplina de financiamento de campanhas, em razão de a temática encerrar uma preferência de lei. 17. A preliminar de inadequação da via eleita não merece acolhida, visto que todas as impugnações veiculadas pelo Requerente (i.e., autorização por doações por pessoas jurídicas ou fixação de limites às doações por pessoas naturais) evidenciam que o ultraje à Lei Fundamental é comissivo, e não omissivo. 18. A cumulação simples de pedidos típicos de ADI e de ADI por omissão é processualmente cabível em uma única demanda de controle concentrado de constitucionalidade, desde que satisfeitos os requisitos previstos na legislação processual civil (CPC, art. 292). 19. Ação direta de inconstitucionalidade julgada parcialmente procedente para assentar apenas e tão somente a inconstitucionalidade parcial sem redução de texto do art. 31 da Lei nº 9.096/95, na parte em que autoriza, a contrario sensu, a realização de doações por pessoas jurídicas a partidos políticos, e pela declaração de inconstitucionalidade das expressões “ou pessoa jurídica”, constante no art. 38, inciso III, e “e jurídicas”, inserta no art. 39, caput e § 5º, todos os preceitos da Lei nº 9.096/95.

Cuidar de interpretar a Constituição não constitui tarefa exclusiva dos “Onze Velhinhos do Supremo Tribunal”, conforme a espirituosa provocação de Aliomar Baleeiro (BALEIRO, 1998, p. 91-104). Não se sabe se hoje ele teria a mesma coragem de flexionar o gênero, sob a vigilância do politicamente conveniente (uma vez que consiste em algo tão incorreto), com o risco de enfrentar o “patrulhamento” social contra

quaisquer expressões ou manifestações que não estejam autorizadas no “Index” dos “Inquisidores” desta quadra, onde o reina o medo em se expressar ou pensar fora “da caixinha”. Mas temos como certo que a atualização da metáfora utilizada indicaria que, tal qual “entre o bêbado e o equilibrista”, há uma distância tênue entre a Corte exercer os papéis de “UPP da Constituição” e/ou “Black Block do Ordenamento Jurídico”.⁵

Recordemos a grave advertência de Octaciano Nogueira:

É preciso ir buscar a razão por que a nossa não é uma boa democracia. Não é só porque nela faltem democratas, como escrevi no prefácio do livro *A Democracia sem democratas*. É por algo pior. A nossa é, e tem sido, quase sempre, não a democracia dos democratas, mas a dos autocratas. Pois é dessa democracia que não gostamos e pela qual não temos apreço. (NOGUEIRA, 2005, P. XIII-XIV).

O presente artigo constitui ensaio que buscará realizar análise sobre o referido julgamento da ADI 4.650, com base no conceito de “Guardiana” (Guardianship) de Robert Dahl, desenvolvido em “A Democracia e Seus Críticos” (DAHL, 1989). Não se trata de retomar o diálogo entre Hans Kelsen (*Wer soll der Hüter der Verfassung sein*) e Carl Schmitt (*Der Hüter der Verfassung*) sobre quem deveria ser o guardião da Constituição, o Föder ou o Tribunal Constitucional (KELSEN, 2007. p. 239-298; SCHMITT, 2007).

Antes, discute-se a questão da “antidemocracia” representativa da tutela guardiã, conforme delineada por Robert Dahl, embora, em algum momento, aqueles dois autores devam ser retomados pelos juristas para o debate temático deste diálogo. Seja quem for o “guardião” da Constituição, e a Constituição de 1988, em tempos de normalidade institucional, já fez sua escolha em termos de custódia (art. 102) com a utilização da expressão “precipualemente”⁶, ou seja, principalmente (mas não utilizou a palavra “exclusivamente”), e essa guarda refere-se ao resguardo do texto, em termos de “preservação das regras do jogo” (MORCHON, 1985, p. 113-128; MORCHON, 2011), e não ao exercício pelos Tribunais dos direitos políticos dos cidadãos, por suposta apostasia ou inércia do poder legislativo, em relação aos representantes eleitos, e nem se refere também à implementação de mudanças das regras democráticas por parte dos Tribunais em razão da descrença nos detentores do poder: o povo.

⁵ A metáfora reside na observação de que existe um caminho estreito para a função política do Tribunal Supremo/Corte Constitucional (que jamais pode ser partidária). Conforme referido pelo mesmo Aliomar Baleeiro, com base na observação da obra de Otto Kirchheimer (*Political Justice*), para além de eliminar o inimigo político do regime, certa função político-partidária da Justiça Política estaria no trocadilho inglês, de substituir o “ballot” pela “bullet”, ou seja, o voto pela violência. E retirar a discussão sobre a ideia e o exercício da democracia da arena política, transportando-a para uma arena que se pretende não política, cujos resultados são inegavelmente políticos, também pode ser uma violência: à força!

⁶ Nos termos do art. 102 da Constituição, “Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipualemente, a guarda da Constituição [...]”.

Mencionada ADI 4.650 foi ajuizada perante o Supremo Tribunal Federal pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, com vistas a obter a interdição da participação de pessoas jurídicas nas eleições, com proibição de influência econômica e de doações para partidos políticos e candidatos, sob o fundamento, entre outros, de que isso favoreceria a corrupção, e seria inconstitucional, além da alegação de que pessoas jurídicas não são cidadãs. Alegou-se ainda que a doação das empresas desequilibraria a disputa eleitoral, e que a essência da democracia brasileira seria a igualdade, que acabaria nivelada pela proibição pretendida.

Algumas questões precisam ser refletidas, e pretendemos aprofundar de maneira densa, em razão da limitação deste ensaio, apenas a última contida na lista abaixo, embora a referência às demais seja uma semente, semeada para colheita futura:

1) se as pessoas jurídicas não podem influir economicamente nas eleições, pois supostamente desequilibrariam o pleito, não seria então o caso de se declarar a inconstitucionalidade por arrastamento, com base na causa de pedir aberta, da Emenda Constitucional n. 16, de 4 de junho de 1997, que permitiu a reeleição para os cargos de chefe do poder executivo, uma vez que os ocupantes do cargo, postulando a reeleição, utilizando-se das estruturas da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, também se aproveitam de desequilíbrio no pleito?⁷

2) Se o dinheiro das empresas, em doações eleitorais, traz desequilíbrio ao pleito, uma vez que a suposta “essência da democracia brasileira seria a igualdade”, não seria então o caso de se proibir, também por arrastamento, e com base na causa de pedir aberta, que candidatos famosos, e.g. por sua atuação no meio artístico e esportivo, com exposição sistemática e notória no rádio, na internet e na televisão, sejam impedidos de participar das disputas, das quais as eleições de 2014 também são exemplo claro, uma vez que a disputa supostamente também seria desigual?⁸ E, de certa maneira, todos os candidatos já exercentes de cargos políticos também deveriam ser proibidos de concorrer, pois estariam em vantagem competitiva em relação aos não ocupantes de cargos políticos.

⁷ Quem mais se aproximou desta reflexão foi o Ministro Gilmar Mendes, no aparte que fez quando o Ministro Dias Toffoli estava a proferir seu voto na ADI 4650, no sentido de que a “propaganda institucional” realizada por aquele político que está poder causa desequilíbrio no pleito, e que qualquer discussão sobre financiamento de campanhas não pode estar dissociada de uma análise completa do sistema.

⁸ Não se concorda com isso, pois a democracia brasileira também é representativa, mas é uma reflexão. Podemos observar, apenas no pleito de 2014, alguns exemplos, como as eleições de Celso Russomano (com o enriquecimento simbólico dos programas “Aqui Agora” e “Patrulha do Consumidor”), Tiririca (com o enriquecimento simbólico de extensivas participações em programas de humor nas maiores redes de TV aberta), Romário (com o enriquecimento simbólico de ter sido protagonista de vitórias expressivas no esporte que é paixão nacional, tanto no clube de maior torcida, quanto na seleção do país), Sérgio Reis (com o enriquecimento simbólico de sua grande exposição na mídia como cantor sertanejo e ator), Leci Brandão (com o enriquecimento simbólico de sua exposição enquanto cantora), Andres Sanches (com o enriquecimento simbólico de sua exposição enquanto ex-presidente de um dos 5 maiores clubes de São Paulo),

3) Se há a presunção de que a doação de pessoas jurídicas conflui para a corrupção, então a própria OAB necessita realizar uma autocrítica, pois essa instituição tem sofrido severas censuras pelos gastos estratosféricos que os postulantes as presidências das seccionais realizam nas respectivas campanhas, e pelo fato de que os advogados inscritos na Ordem não põem eleger diretamente o Presidente do seu próprio Conselho Federal?⁹

4) Se as pessoas jurídicas não são cidadãos, e não podem participar das eleições, é de se reconhecer que elas não possuem alguma liberdade de expressão¹⁰, segundo

Jean Wyllys (reeleito, após uma primeira eleição com o enriquecimento simbólico de sua exposição enquanto participante do programa Big Brother Brasil), Bebeto (com o enriquecimento simbólico de ter sido protagonista de vitórias expressivas no esporte que é paixão nacional, tanto no clube de maior torcida, quanto na seleção do país), Lasier Martins (com o enriquecimento simbólico de sua exposição como jornalista e exposição em redes sociais), Jardel (com o enriquecimento simbólico de ter sido protagonista de vitórias expressivas no esporte que é paixão nacional), João Derly (esportista que lutando judô obteve o enriquecimento simbólico de ter participado de campeonatos mundiais, pan-americanos e olimpíadas transmitidos ostensivamente para todo Brasil) e Danrlei (com o enriquecimento simbólico de ter sido protagonista de vitórias expressivas no esporte que é paixão nacional).

⁹ Em novembro de 2014, noticiou-se que a OAB, por meio de seu Conselho Federal, teria aprovado “mudanças no sistema eleitoral da entidade”, com vistas a deixar suas eleições “mais transparentes”, entre outras medidas, com estabelecimento de limitação de gastos de campanha, limitação de doações individuais e “vedação de doações de empresas e sociedades de advogados”, mas não valerão para as eleições de 2015, segundo informação do site da entidade, pois “o sistema de controle, capacitado para analisar as contas das chapas que concorrem às quase mil seccionais e subseções, será implantado por decisão posterior do plenário, sendo efetivado para o pleito de 2018”. Tais mudanças, alega-se, constarão de uma “nova Resolução da OAB Nacional alterando o Regulamento Geral, além da substituição do Provimento nº 146”. As alterações, referentes ao financiamento das campanhas, constam do artigo 8º-A do Provimento nº 146/2011, inserido pelo Provimento nº 161/2014, com a seguinte redação: “Desde o pedido de registro da chapa, poderá ser efetuada doação para campanha por advogados, inclusive candidatos, sendo vedada a doação por pessoas físicas que não sejam advogados e por qualquer empresa ou pessoa jurídica, sob pena de indeferimento de registro ou cassação do mandato”. Não é difícil imaginar que os Escritórios ou Pessoas Jurídicas doarão para advogados (pessoas físicas), que por sua vez doarão nas eleições. A bem da verdade, não há proibição para doação por parte de escritórios de advocacia, mormente se considerarmos que não há proibição para pessoas físicas que sejam advogadas. Também não se proíbe o empréstimo (mútuo), e não há ainda a estipulação dos tais limites para doações por parte de pessoas físicas que sejam advogados. CONSELHO Pleno aprova mudanças no sistema eleitoral da OAB. Disponível em: <www.oab.org.br/noticia/27781/conselho-pleno-aprova-mudancas-no-sistema-eleitoral-da-oab>. Acesso em 08 jan. 2015.

¹⁰ Seria um enorme contrassenso, afirmar-se que as pessoas jurídicas não possuem liberdade de expressão. Como referido no item nº 6, abaixo, as ideias de Reforma Política contidas na ADI 4650 remontam a estudos de Luis Roberto Barroso, em 2006, financiados por uma pessoa jurídica: O Instituto Ideias, o que não é necessariamente uma coisa ruim, pois como dizem, “o dinheiro nunca dorme” (Money Never Sleeps), e ele não é “essencialmente ruim”. Logo, uma pessoa jurídica financiou uma atividade que poderá influir nas eleições. Quase como um financiamento de partido, ou candidato. Ademais, a questão de as pessoas jurídicas eventualmente financiarem candidatos opostos, não significa incoerência no exercício da liberdade de expressão, uma vez que há a substituição da velha regra de “um homem, um voto, um representante, por uma pessoa, muitos interesses, muitas vozes, votos múltiplos, representantes múltiplos”, que é “o novo princípio da democracia monitória”. Em: KEANE, 2010. p. 621.

a qual poderiam influir no pleito com base em legítimos interesses constitucionais, e dos quais as empresas de jornalismo seriam as destinatárias mais óbvias, que teriam interesse em financiar candidatos comprometidos com a liberdade de imprensa, em detrimento de candidatos que busquem propor limitações nesse mesmo campo?

5) E, por fim, o argumento central deste ensaio: se esses temas (de 1 a 4) possuem uma densidade e complexidade reconhecidos, seria a “guardiania” (guardianship) a maneira constitucionalmente adequada de regulação, e o locus para regulamentação de tais questões seria o Supremo Tribunal Federal, por meio de 11 magistrados não eleitos, e que pretendem influir na maneira como a democracia é exercida por meio de algumas poucas laudas de seus votos, num país com mais de 200 milhões de habitantes, que adota constitucionalmente um modelo de liberalismo político de democracia representativa e em alguns casos a democracia direta? Mais especificamente: o provimento da ADI 4650, enfraquece ou fortalece a democracia brasileira?

Analisaremos os principais argumentos esgrimidos pelos “participantes processuais” do feito, bem como as manifestações dos ministros do STF. Mas a nossa premissa consiste no fato de que cabe à população (eleitorado), via regulamentação dos seus legítimos representantes, que estão no Congresso Nacional, normatizar o que lhes parecer melhor. Interessa-nos a análise crítica, sobre a constitucionalidade/inconstitucionalidade, sob o crivo crítico da guardiania.

2. O FINANCIAMENTO DAS CAMPANHAS POLÍTICO-ELEITORAIS

O tema da doação eleitoral, por parte das pessoas jurídicas, está em voga tanto na América Latina quanto nos Estados Unidos e na Europa. Observa-se que, no Chile, para citar apenas um país latino-americano, sua Câmara dos Deputados aprovou, entre outras reformas, a proibição de “aportes de empresas a campañas”, embora tenha permitido doações anônimas realizadas por pessoas físicas, limitadas a 240 mil pesos. A proposta seguiu para o senado, em setembro de 2014, e ainda não foi finalizada.¹¹

Nos Estados Unidos da América, pode-se citar o caso julgado pela Suprema Corte em 2010, “Citizens United v. Federal Election Commission, 558 U.S. 310 (2010)”, no qual esse mesmo tema foi objeto de apreciação judicial, no qual se pleiteava a limitação de doações eleitorais por parte de pessoas jurídicas, e que foi decidido com

¹¹ Informação constante do Jornal LATERCERA, no caderno “Política”, de 29 de agosto de 2014, em reportagem de Ferraro y Wilson. FERRARO, L.; WILSON, J. M. Puzzle de la reforma electoral se traslada al senado. Latercera, Jan. 26 ago. 2004. Disponível em: <papeldigital.info/lt/2014/08/29/01/paginas/012.pdf>. Acesso em: 09 jan. 2015.

base na liberdade de expressão em favor das pessoas jurídicas (free speech), com importantes argumentos constantes do voto vencedor, representativo da opinião da Corte (Anthony Kennedy), bem como dos votos concorrentes (justice John Roberts, Samuel Alito, Antonin Scalia e Clarence Thomas) e vencidos (John Paul Stevens, Ruth Ginsburg, Stephen Breyer e Sonia Sotomayor).

Em termos de “discussão” no Brasil sobre o financiamento das campanhas eleitorais, além da ADI 4.650, no STF, há em tramitação no Congresso Nacional de várias proposições legislativas.¹² A tramitação legislativa mais recente, no Senado, refere-se à aprovação do substitutivo oferecido ao PLS 60/2012, pela CCJ – Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania do Senado, alterando o artigo 24 da Lei Federal 9.504/1997, para que o inciso VII traga a previsão de que partidos políticos e candidatos fiquem proibidos de receber, direta ou indiretamente, doação em dinheiro ou estimável em dinheiro de pessoa jurídica de qualquer natureza ou finalidade. Aprovada em 2014, aguarda inclusão na ordem do dia para deliberação do plenário. Já na Câmara dos Deputados, a PEC 352/2013 (a PEC da Reforma Eleitoral)¹³ já recebeu parecer na CCJ, tendente a permitir o financiamento privado das campanhas.

Necessário ressaltar que, segundo o regramento ora vigente, as pessoas jurídicas não possuem liberdade total e ilimitada para doar. Há o limite de 2% do faturamento bruto do ano anterior à eleição (artigo 81, da Lei Federal 9.504/1997). Não obstante, embora já exista limitação, não se consegue minimamente fiscalizar e nem punir todas as empresas que eventualmente violem o limite; além disso, as empresas punidas recebem reprimendas que geralmente são abrandadas nas instâncias Superiores da Justiça Eleitoral.

Como num passe de mágica, postula-se, agora, a proibição total, que, na prática, representa a revogação de possibilidade de doação de 2% do faturamento bruto do ano anterior à eleição, ou seja, um esforço de 2% em sentido negativo. Se as autoridades

¹² PEC 352/2013, o PL 6316/2013 e o PL 1538/2007, o PLS 264/2013, o PLS 60/2012, o PLS 140/2012, o PLS 146/2011, o PLS 268/2011, o PLS 659/2011, o PLS 45/2010, o PLS 199/2010, o PLS 153/2009, o PLS 57/2006, o PLS 74/2005, o PLS 275/2005, o PLS 278/2005, o PLS 284/2005 e o PLS 353/1999.

¹³ Conforme consta dos documentos constantes do site da Câmara dos Deputados, a PEC 352/2013 trata, entre outros, dos seguintes assuntos, e tem as seguintes pretensões: a) tornar o voto facultativo, b) alterar prazos de filiação partidária, c) proibir a reeleição para o período imediatamente posterior, no executivo, d) condicionar as coligações partidárias com estabelecimento de vinculação parlamentar até o fim da legislatura, e) alterar as regras para criação de partidos, f) estabelecimento de critérios para acesso ao fundo partidário, vinculado ao número de votos obtidos nas eleições para a Câmara, g) instituição de cláusula de barreira de pelo menos 5% dos votos em cada uma das casas legislativas, h) estabelecimento de financiamento das campanhas, de recursos privados, públicos ou da combinação deles, a ser estabelecido pelo “órgão partidário competente”, i) fixação de diretrizes para doações de pessoas jurídicas para as campanhas etc. BRASIL. Câmara dos Deputados. Proposta de Emenda à Constituição 352, de 2013. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=600023>>. Acesso em: 10 ago. 2015.

não conseguem fazer valer esse texto normativo, é intrigante que alimentem a ilusão de fazer valer uma segunda limitação referente ao mesmo tema. Mais intrigante ainda são os fundamentos utilizados pelo STF para sustentar uma suposta “inconstitucionalidade” das doações.

Conforme observado por um dos autores deste artigo, alimenta-se uma crença na “força mágica ou mística das normas jurídicas”, vale dizer, antes de atacar as raízes sociais, culturais, econômicas e científicas dos problemas, são criados estatutos normativos (ALVES JR, 2014, p. 28-43). Em certo ponto, trata-se também de “legislação simbólica” do tipo “legislação-álibi”, cuja finalidade seria incentivar a confiança nos sistemas jurídico e político, sem que haja condições de efetivação das referidas normas, e segundo as quais o legislador busca livrar-se de pressões políticas, servindo ainda como “mecanismo de exposição simbólica das instituições” (NEVES, 2007, p. 36).

O fato de o Congresso Nacional buscar, mais uma vez, na arena política e legitimada para tanto, a proibição (constitucionalmente discutível) das doações por parte de pessoas jurídicas, consiste em uma realidade simbólica (de legislação simbólica). A novidade passa a ser, a toda vista, que o STF busque cada vez mais identificação com o mesmo mito mágico da simbologia, numa verdadeira “decisão-álibi”, com pretensão de mágica normativa, ou como disse o ministro Teori Zavaski, de “messianismo judicial”, embora um dos representantes da ADI 4.650, Daniel Sarmento, não concorde, mas o faça de maneira contraditória, equivocada e incoerente.¹⁴

¹⁴ A referência de Daniel Sarmento, contra a expressão “Messianismo Judicial”, utilizada pelo Ministro Teori Zavaski em seu solitário voto vencido na ADI 4650, baseia-se na alegação de que a decisão da Corte não seria contramajoritária, antes, o contrário, pois estaria em consonância, supostamente, com os anseios da população, num quadro em que aqueles que deveriam se pautar pelos anseios do povo, o Parlamento, vivenciaria quadro de disfunção, tudo, de resto, com base em fragmento teórico oriundo da jurista norte-americana Corinna Barrett Lain, em seu artigo “upside-down judicial review”. Alega ainda que a decisão de se proibir as doações eleitorais por pessoas jurídicas não seria “messianismo judicial”, pois estariam em jogo a utilização de “princípios constitucionais para proteger a igualdade, a democracia e a moralidade pública”, muito embora na sequência mencione concordar que “uma decisão judicial que vede doações por empresas, por si só, não será panaceia para os males da nossa política representativa. A eficácia social da decisão dependerá, em boa parte, da atuação de instituições como o Ministério Público e Justiça Eleitoral, para que haja fiscalização e punição dos que burlarem a vedação, valendo-se do caixa dois. [...]”. Ou seja, olvida-se que já existem limitações (as doações somente podem se dar no montante de 2% do faturamento bruto do ano anterior à eleição). Olvida-se ainda de que não existem pesquisas empíricas que comprovem, com a extensão pretendida, a ampla rejeição popular sobre as doações, e mais importante, olvida-se que numa democracia que deve primar pelo pluralismo, a população votante não pode ser “homogeneizada”, “estandardizada”, em termos de tudo ou nada. Ademais, não se aplica a referida teoria do “Upside-Down Judicial Review” ao Brasil, primeiro porque o processo de escolha e confirmação dos Justices da Suprema Corte Americana e dos Ministros da Suprema Corte Brasileira são em tudo diferentes, e esse é um dos fundamentos pelos quais se constrói a teoria do “Upside-Down Judicial Review”. Em segundo plano, a mesma autora afirma que seriam três os motivos para a Suprema Corte estar com a opinião pública como à luz e o guia de seus passos, vale dizer, 1) assegurar que as decisões sejam implementadas, 2) proteger a si mesma contra retaliações que limitem a Corte, e, 3) preservação de sua legitimidade institucio-

Mas a questão de maior relevo, para além do que se mencionou, constitui a arena em que essa discussão (e essa “reforma” simbólica) está (ão) sendo disputada(s): o Supremo Tribunal Federal, e não perante as duas Casas do Congresso: a “Câmara Alta” e a “Câmara Baixa”. Num sentido provocativo, cuja finalidade é exclusivamente reflexiva, poderíamos afirmar que se trata de uma “Câmara do Serpentário”, em alusão a respeitosa deferência que se fez recentemente às grandes disputas e polêmicas intelectuais do Brasil nos anos de 1850 a 1950 (BUENO, ERMANOKOFF, 2005).

Os maiores erros da história são cometidos, via de regra, não por pessoas maldosas, inescrupulosas ou estúpidas. Na verdade, como podemos observar, muitas das piores decisões da história foram tomadas por pessoas bem intencionadas, algumas até brilhantes e mesmo inteligentes, que simplesmente tomaram decisões equivocadas, impelidas por juízos equivocados e por erros de avaliação. Não obstante, independentemente disso, os resultados foram tenebrosos e avassaladores (WEIR, 2014).¹⁵ Observa-se que o resultado da ADI 4.650 pode vir a ser um desses casos, e figurar entre “As Piores Decisões da História”.

Quis o destino, auxiliado pelos “obstinados” autores da petição inicial, que coubesse a presente composição do Supremo Tribunal Federal a tarefa de julgar a ação que poderá mudar (apenas textualmente) a forma como se pratica a democracia no Brasil, embora não da maneira como se pensa¹⁶, transitando de um modelo pautado normativamente na liberdade (como praticado nas democracias ocidentais) para um modelo pautado na suposta igualdade¹⁷ (tal qual praticado pelas antigas ditaduras do

nal. Ou seja, tudo que torne eficaz uma espécie de “covardia constitucional”, que faça ridicularizar a noção de “independência judicial”, com ares de justiça política partidária. Não se pode esquecer, como argumento final, que a vedação ao financiamento das campanhas eleitorais pelas pessoas jurídicas é apoiada pelo Partido dos Trabalhadores (PT) e por muitos outros partidos políticos, pelo qual a atual chefe do Executivo, Dilma Rousseff se reelegeu em cargo majoritário, ou seja, o caso da ADI 4650 assemelha-se mais com predileção partidária do que com exercício de papel majoritário. Ver, respectivamente: LAIN, 2012, p. 113-183; PERETTI, 2014, p. 843-866, 2014; PÁDUA; 2014a; PÁDUA, 2014b; SARMENTO, 2014.

¹⁵ WEIR, Stephen. As piores decisões da história e as pessoas que as tomaram. Trad. Afonso Celso da Cunha Serra. Rio de Janeiro: Sextante, 2014.

¹⁶ Não terá os efeitos de acabar com a doação das pessoas jurídicas, e muito menos com a corrupção, mas será utilizada, como decisão do STF, nos mais diferentes contextos por outros juristas, membros do MP, da Defensoria Pública, da Advocacia Pública e Privada e por membros do próprio Judiciário de todos os graus e instâncias para estabelecer que a democracia brasileira é pautada na igualdade e não na liberdade, alterando, de outra forma, a maneira pela qual se passará a enxergar a democracia, o que é chocante num contexto em que acaba-se de sair, não fazem 30 anos, de um ditadura, e presumia-se que o espírito da liberdade fosse desejado e conhecido.

¹⁷ A afirmação de que a democracia brasileira seria baseada essencialmente na igualdade, e não na liberdade, consta do voto do Ministro Roberto Barroso, na referida ADI 4650: “A ideia essencial por trás da democracia é a ideia de igualdade, é a ideia de uma pessoa, um voto, é a ideia de que todos merecem igual respeito e consideração. E, portanto, se o peso do dinheiro é capaz de desequilibrar as pessoas, eu acho que este modelo apresenta um problema.” (Sem os destaques no original). O Ministro Roberto

leste europeu), ou do tipo de “doutrina soviética da democracia” (KELSEN, 2000, p. 147)¹⁸.

E apenas textualmente, num primeiro momento, porque o imaginário jurídico, político e social brasileiro acredita que a realidade pode ser mudada pela simples promulgação de leis (acabar com a corrupção), como num passe de mágica, conforme observado por um dos autores deste artigo, que tem investido contra “o imaginário social e coletivo que a positivação de desejos e interesses nos textos normativos será suficiente para lhes tornar realidade” (ALVES JR., 2014, p. 28-43).

Com efeito, segundo Hans Kelsen, um dos juristas mais citados no plenário do STF¹⁹, o princípio da maioria absoluta está mais próximo da ideia de liberdade, e assim o princípio majoritário dela pode ser deduzido, e não da igualdade, como se costuma fazer (KELSEN, 2000, p. 31). Além disso, não há antinomia entre liberdade e igualdade, e a síntese desses dois princípios “é justamente a característica da democracia” (KELSEN, 2000, p. 27). Conforme observa o mesmo Hans Kelsen, o princípio da “ideia de igualdade” pressupõe a igualdade das vontades das pessoas, mas esta constitui uma imagem apenas, que não representa “efetiva mensurabilidade” e “adicionabilidade das vontades”, uma vez que não se poderia justificar o postulado majoritário com base na opinião de que a maior quantidade de votos é mais poderosa do que alguns poucos, e ainda, “da pressuposição puramente negativa de que uma pessoa não vale mais que outra, não se pode deduzir, positivamente, que a vontade da maioria é a que deve prevalecer” (KELSEN, 2000, p. 31).

Vale dizer, ainda, com base nas observações de Kelsen, que se procurarmos deduzir o princípio da maioria exclusivamente tomando-se por base a ideia de igualdade,

Barroso não menciona o chamado “dilema tocquevilleano”, e nem toca nos debates históricos e nas consequências de uma democracia baseada mais na igualdade que na liberdade, pretendendo mudar a democracia brasileira através de 14 páginas nas quais é construído o seu voto. Um exemplo claro de guardiania, da forma como desenhada por Robert Dahl e Ward Elliot, abaixo referidos no item 2.1.

¹⁸ Das observações de Hans Kelsen acerca da “Doutrina Soviética da Democracia”, o ponto chave está na luta de classes que opõe ricos e pobres, num contexto em que “a ditadura do proletariado não é o último passo no desenvolvimento da democracia socialista. ‘Democracia significa igualdade’, mas a democracia burguesa significa apenas igualdade ‘formal’, ao passo que a democracia socialista ‘vai além da igualdade formal, em busca da verdadeira igualdade, ou seja, em busca da aplicação da norma: de cada um conforme sua capacidade, a cada um conforme suas necessidades”. Em: KELSEN, Hans. A Democracia. Trad. Ivone Castilho et al., 2. ed. São Paulo: M. Fontes, 2000. p. 147. Significativo ainda, conforme Hans Kelsen, o fato de que, enquanto os ideólogos do partido nacional-socialista não se atreveram a voltar-se franca e abertamente contra a democracia, se valeram dos mesmos experientes dos ideólogos do comunismo soviético, denegrindo o sistema político democrático da Alemanha, denominando-o de uma “plutocracia” e de democracia que seria “apenas formal”, que permitiria a uma minoria rica o governo sobre a maioria pobre. Nesse aspecto, o discurso se repete.

¹⁹ A observação de que “Hans Kelsen é um dos nomes mais citados no Supremo Tribunal Federal” no qual, desde 2001 (até 2011), “37 julgamentos tiveram como fundamento teorias desenvolvidas por ele”, advém de entrevista que o jornalista Juliano Basile, do jornal Valor Econômico, realizou com os ministros do STF em 2011, divulgada pelo site jurídico Migalhas. BASILE. 2011.

tal princípio será puramente mecânico, e mesmo absurdo, criticado pelos inimigos da democracia. E conclui:

afirmar que os mais numerosos são os mais fortes seria transformar em máxima defeituosa um dado da experiência, e a fórmula 'a força supera o direito' só seria superada se fosse elevada ao estado de regra de direito. Há apenas uma ideia que leva, por um caminho racional, ao princípio majoritário: a ideia de que, se nem todos os indivíduos são livres, pelo menos o seu maior número o é, o que vale dizer que há necessidade de uma ordem social que contrarie o menor número deles (KELSEN, 2000, p. 32).

Só assim, certamente, tal raciocínio pressupõe a igualdade como postulado fundamental da democracia: "de fato está claro que se procura assegurar a liberdade não deste ou daquele indivíduo porque este vale mais que aquele, mas do maior número possível de indivíduos" (KELSEN, 2000, p. 32). Como observado por Márcio Moreira Alves, em seu discurso no plenário do Congresso Nacional, um dia antes da outorga do Ato Institucional n 5, em 13 de dezembro de 1968:

o nome dos barões que, nas pradarias de Windsor, fizeram o Rei João Sem Terra assinar a Magna Carta, perdeu-se nas brumas do tempo. Mas o julgamento por jurados, o direito dos cidadãos de um país livremente atravessaram as suas fronteiras, a necessidade de lei penal anterior e de testemunhas idôneas para determinar uma prisão, continuam a ser um imorredouro monumento àqueles homens e a todos os homens. Esqueceram as gerações modernas as violências de Henrique VII da Inglaterra, porém todas as nações do Ocidente incorporaram às suas tradições jurídicas a medida legal que durante seu reinado e contra ele firmou-se o habeas corpus. Até mesmo as decisões iníquas podem ser fonte de liberdade. Ninguém sabe ao certo onde jazem os restos do escravo Dred Scott, contudo, a decisão da Corte Suprema Americana que o manteve escravo foi o estopim da libertação de todos os negros da América do Norte." (Discurso do Deputado Márcio Moreira Alves antes do AI n 5) (ALVES, 2000, p. 87-88).

O nome dos partidos políticos, dos deputados e senadores que parecem habitar as mentes dos que enxergam corrupção em todas as práticas empresariais que eventualmente financiam os partidos e candidatos perder-se-ão nas brumas do tempo, mas os nomes dos que participaram desse julgamento serão sempre recordados.

Passemos a refletir sobre a Guardiania, preponderantemente com base em Robert Dahl, com vistas a uma análise crítica do julgamento da ADI 4650.

3. A GUARDIANIA DO STF E A ADI 4.650

Embora já tenham sido realizadas algumas referências pontuais sobre a ADI 4.650, parece-nos adequado realizar breve sumário de seu desenvolvimento, para posteriormente ingressarmos na análise crítica sob o prisma da Guardiania, em Robert Dahl.

A ADI 4650, ajuizada em 2011 pela OAB, decorrente de representação dirigida à Presidência do Conselho Federal da OAB pelo Conselheiro Federal Cláudio Pereira de Souza Neto e pelo então Procurador Regional da República Daniel Sarmiento, com a menção de que as “razões constantes da representação” são adotadas na petição inicial, com os acréscimos veiculados nos pareceres de Daniela Teixeira e Eduardo Mendonça. Foram realizadas audiência públicas, nos dias 17 e 24 de julho de 2013.

Posicionando-se pela improcedência do pedido da OAB, a Câmara dos Deputados, em manifestação escrita, afirmou: “Pode-se até argumentar que permitir doações de grandes corporações a candidatos e partidos em campanha não é boa política. Mas o fato de existir política melhor não equivale a dizer que a atual é inconstitucional. Se assim fosse, a vida soçobreria no direito constitucional”. (BRASIL, 2015a)

O Senado Federal, por sua vez, manifestou-se no sentido que a OAB bateu nas portas erradas, pois o local de alteração e discussão desse tipo de matéria seria no seio do Poder Legislativo, e que “por mais que a OAB queira ver aplicada sua solução ao problema, laborou em equívoco a instituição ao se dirigir ao Poder Judiciário e não ao Poder Legislativo, este sim o verdadeiro local para a definição que se quer realizar” (BRASIL, 2015g).

A Presidência da República, em Parecer do Advogado-Geral da União, que adotou integralmente as razões expendidas pelo Consultor Geral da União, Arnaldo Sampaio de Moraes Godoy, manifestou-se pela improcedência do pedido da OAB, no sentido de que não há qualquer inconstitucionalidade no financiamento eleitoral da forma como concebido, citando que casos de corrupção existem também em países que adotam modelo de financiamento público das campanhas (BRASIL, 2015d).

A seu turno, a Procuradoria-Geral da República apresentou dois pareceres, um antes (BRASIL, 2015f), e outro após (BRASIL, 2015e) a audiência pública, ambas as manifestações em sentido favorável a procedência do pedido elaborado pela OAB.

O Julgamento, propriamente dito, teve início na 35ª sessão ordinária do Supremo Tribunal Federal, em 11 de dezembro de 2013, inicialmente presidida pelo Ministro Joaquim Barbosa. O relator, Ministro Luiz Fux, realizou a leitura do relatório, com sumário dos pontos que entendeu relevantes, e após sua leitura, proferiram sustentação oral o então presidente do Conselho Federal da OAB, Marcus Vinicius Furtado Coelho, o Advogado Geral da União, Luis Inácio Lucena Adams²⁰, entre outros advogados que

falaram pelos amici curiae, e o Procurador-Geral da República.

Na sequência, proferiram seus votos, o relator, Ministro Luiz Fux, no sentido da procedência da ADI, para declarar a inconstitucionalidade, sem pronúncia de nulidade, acolhendo os pedidos “E3” e “E4”, da petição inicial do CFOAB, no sentido da incompatibilidade constitucional com o art. 23, § 1º, incisos I e II, da Lei 9.504/97, e do artigo 39, § 5º, da Lei 9.096/95, com exceção da expressão “e jurídica”, concedendo-se ainda, validade máxima, dos aludidos preceitos, de 24 meses, com a recomendação para que o Congresso Nacional elabore nova legislação sobre financiamento de campanha, no prazo de 24 meses, mencionando-se:

acolho os pedidos constantes E5, para recomendar ao congresso nacional a edição de um novo marco normativo de financiamento de campanhas, dando prazo razoável de 24 meses, tomando os seguintes parâmetros: 1) O limite a ser fixado para doações a campanha eleitoral para partidos políticos por pessoa natural deve ser uniforme, e em patamares que não comprometam a igualdade de oportunidade entre os candidatos nas eleições; 2) Idêntica orientação deve nortear a atividade legiferante, na regulamentação do uso de recursos próprios pelos candidatos; e finalmente, 3) Em caso de não elaboração da norma pelo congresso nacional no prazo de 18 meses, voto por outorgar ao TSE, a competência para regular, em bases excepcionais, a matéria.

O Ministro Joaquim Barbosa observou que recebeu a informação de que o ministro Teori Zavascki teria a intenção de pedir vista, não obstante, adiantou seu voto, no sentido de acolher o pedido da inicial, adotando a conclusão do relator, mas no entanto sem acolher a modulação dos efeitos proposta. O Ministro Dias Toffoli também adiantou seu voto, na sessão do dia seguinte, dizendo que vota pela procedência da ação, acompanhando o ministro Luiz Fux, e se resguardando para, em tempo oportuno, analisar a questão referente a modulação.

O próximo a proferir seu voto foi o Ministro Roberto Barroso, que iniciou elogiando o voto proferido pelo Ministro Luiz Fux, e a manifestação do Ministro Dias Toffoli, com um subsequente elogio ao papel exercido pela OAB ao ajuizar a ação, com igual elogio aos juristas que formularam a representação que deu origem a ADI 4650, Claudio Pereira de Souza Neto e Daniel Sarmiento, que teriam construído “uma tese ousada, e importante, que permitiu a discussão desse tema, dois juristas que ousaram pensar fora da caixa”, registrando ainda “participação valiosa da Clínica de Direitos Fundamentais da UERJ”, e concluiu seu voto afirmando que acompanha o voto do Ministro Luiz Fux “sem no entanto, fechar as portas para reavaliar qualquer

²⁰ Destaque-se que durante a sustentação de Luis Inácio Adams, pela AGU, que defendia a norma impugnada, o Ministro Joaquim Barbosa interrompeu, com a seguinte indagação: “Me desculpe, mas eu gostaria de fazer uma indagação. Parece que Vossa Excelência se encaminha na direção de sustentar que deve haver uma diferenciação natural, inata, entre categorias, de cidadãos, quando se trata do exercício dos direitos políticos. Que é disso que nós estamos tratando aqui. Me esclareça por favor”.

dos” seus “pontos de vista à luz do debate que sobrevier, especialmente após o voto do eminente e estimado Teori Zavascki”.

Com o pedido de vista, o Ministro Teori Zavascki apresentou seu voto-vista em abril de 2014, abrindo dissenso, votando em sentido contrário ao postulado na petição inicial da ADI 4650, mencionando que a Constituição não faz a ligação entre “habilitação para votar e a capacidade para contribuir”, e que cabe ao poder judiciário zelar pelas normas existentes. O Ministro Marco Aurélio, na sequência, também antecipou seu voto, acompanhando o Ministro Relator, julgando improcedente com relação as pessoas naturais, mas adotando o posicionamento que proíbe o financiamento eleitoral por parte das pessoas jurídicas, sendo seguido pelo Ministro Ricardo Lewandowski, que também adiantou seu voto, acompanhando o voto do relator. Com o pedido de vista do Ministro Gilmar Mendes, o julgamento foi suspenso de março de abril de 2014 à setembro de 2015, quando o referido ministro apresentou seu voto vista.

Sobre a duração e a polêmica envolvendo o pedido de vista, que não foi o maior, mas certamente um dos mais polêmicos, disse o ministro Gilmar:

“Acredito que, na história deste Tribunal, não houve um caso de pedido de vista tão polêmico, tão discutido, com palpitações de toda índole. E, interessante, Senhor Presidente, que o reclame e a reclamação não vieram do requerente, mas, talvez, do autor oculto da ação, de quem tinha interesse nesse tipo de desfecho: Blogs, desses assassinos da moral das pessoas, esses twitters automáticos, todos dedicados a esse tipo de ataque.

Interessante que não se pronunciava sobre isso a OAB, autora da ação, mas manifestava-se o PSOL, manifestava-se o PT, que tem, em seu programa, a ideia não só do financiamento proibido de pessoas jurídicas, mas até o financiamento público. O que conta um pouco, talvez, uma história dessa própria ação”.

Em seu voto, o ministro Gilmar Mendes revisita a óbvia questão constitucional da não existência de vedação expressa no texto da Constituição Federal, de doação por pessoa jurídica, asseverando, como conclusões de seu raciocínio, que “a vedação das contribuições de empresas privadas asfixiaria os partidos que não se beneficiaram do esquema criminoso revelado pela Operação Lava Jato, tornando virtualmente impossível a alternância de poder”, pois a vedação equivale a “criminalizar o processo político-eleitoral, além de ser um convite à prática reiterada de crimes de lavagem de dinheiro”, além, de “os pedidos não encontram guarida em quaisquer dispositivos constitucionais, consoante demonstrou à saciedade o voto do ministro Teori Zavascki. O que se pretende é manipular a Suprema Corte para aplicar um golpe no processo democrático-eleitoral brasileiro, à revelia do Congresso Nacional, que tem resistido a tais investidas”.

O tom duro, utilizado pelo ministro Gilmar Mendes, passou a impressão de

que a tese presente na inicial do controle abstrato de normas teria sido urdida pelo ministro Roberto Barroso, que ao fim do julgamento pediu a palavra para apresentar um esclarecimento sobre a questão, observando, naquela oportunidade, que “eu não tive nenhuma participação, nenhuma, zero. Simplesmente não corresponde aos fatos a suposição de que eu tenha sido o mentor de uma tese com a qual sequer concordo integralmente.”

O fato de ter proximidade com os autores da representação perante o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, e mesmo assim ter participado do julgamento, além da aparente rusga causada, fez com que em casos posteriores o ministro Roberto Barroso deixasse de participar de determinados julgamentos, como no caso da ADPF 402, que discute alguns aspectos referentes a linha sucessória do cargo de presidente da república, na qual se declarou impossibilitado de participar porque “a ação foi apresentada pelo escritório onde ele trabalhava antes de ser ministro.”

A maioria do Tribunal, vencidos os ministros Teori Zavascki, Celso de Mello e Gilmar Mendes, entendeu pela impossibilidade de que pessoas jurídicas fizessem doações eleitorais. Todo esse julgamento, considerando-se todas as boas intenções que o permeiam, está permeado por uma “guardiania”, da forma como concebida por Robert Dahl, e tal questão será discutida na sequência, observando-se as implicações, e realizando análise crítica.

4. A “GUERRYMANDERING BRASILEIRA”: WARD ELLIOT E ROBERT DAHL.

Antes de abordar o conceito de “guardiania” (guardianship) em Robert Dahl, tratado no livro “Democracy and It’s Critics” (1989), de 1989, traduzido no Brasil como “A Democracia e seus críticos” (2012), lembremos brevemente de Ward Elliot e de seu “The Rise of Guardian Democracy: The Supreme Court’s Role in Voting Rights Dispute”, de 1974.

Em breves linhas, observamos que a tese de Ward Elliot de que existe nos Estados Unidos um grupo que ele denomina de “Guardiões”, que seria composto por cientistas políticos liberais (cujo sentido de liberalismo difere do Brasil), essencialmente (embora não exclusivamente) elitistas, que teriam influído em certo intervencionismo da Suprema Corte, em especial durante os anos da Corte Warren, em casos de alteração estrutural das regras da democracia, com resultados desastrosos, pois faria com que a população se acostumasse a uma espécie de “democracia guiada” (guided democracy) (WARD, 1974).

Chama-se de “Ética Guardiã” (Guardian Ethic) uma das maiores influências às modernas reformas, representativa dos burocratas de determinada elite ideológica de intelectuais da era moderna, cuja maioria pensa estar além da ideologia, uma vez que a maioria dos intelectuais e pessoas bem-educadas acreditam, embora sem pensar de fato sobre isso, que qualquer coisa nova deve ser melhor que a velha, que a ação deve ser melhor que a inação, que o expert deve ser melhor que o amador, o padronizado melhor do que o excepcional (WARD, 1974, p. 1-33).

A Ética Guardiã tende a ser igualitária na forma, embora degradante em sua substância. Busca garantir a igualdade em instituições representativas, em certo sentido, mas trata as instituições como se elas fossem incapazes de decidir suas próprias questões (WARD, 1974, p. 1-33).

Alega-se que, nos Estados Unidos, as reformas ocorridas antes de 1937 eram precipuamente (embora não exclusivamente), motivadas por esperanças de vantagem partidária, e que parece que as reformas oriundas a partir de 1937, enquanto menos partidárias em termos de inspiração, também eram menos democráticas, pois eram tipicamente “impostas de cima para baixo”, em vez de serem realizadas desde baixo com base em representantes. As velhas reformas eram vencidas ou perdidas por agentes de dentro, devotados à consulta e agregação de interesses políticos, como partidos, legislaturas e congresso, dos quais dependia sua vitória ou derrota (WARD, 1974, p. 1-33).

Já as chamadas “reformas modernas” têm sido realizadas por agentes de fora, como executivo e judiciário, ambos devotados à promulgação, interpretação e implementação das normas, e seu sucesso ou derrota encontra-se atrelado a abstratos princípios de justiça, e soam a administração. As velhas reformas não eram propriamente democráticas em inspiração, mas eram democráticas na origem e no efeito, enquanto as reformas modernas parecem ser altamente democráticas em inspiração, mas extremamente não democráticas na origem e nem sempre democrática nos efeitos (WARD, 1974, p. 1-33).

Menciona-se que as alterações perpetradas pelos guardiões seriam formais (BETH, 1978, p. 674-676), e que os ministros da Suprema Corte teriam sido sábios o bastante para ficarem de fora da chamada “gerrymandering question”, ou seja, da maneira como são divididos os distritos de votação de modo a permitir a vantagem de determinado grupo, e cuja etimologia remonta ao ano de 1812, embora seja prática mais antiga (CLARK, 2004), para descrever a ação do então governador de Massachusetts, Elbridge Gerry, de realizar uma redistribuição dos distritos eleitorais, em especial sobre os contornos de um distrito em particular, concedendo vantagens eleitorais a um grupo específico e cuja aparência do desenho no mapa fazia lembrar uma salamandra (ALEXANDER, PRAKASH, 2008).

Segundo a enciclopédia britânica, “gerrymandering” significa o desenho dos

limites dos distritos eleitorais de tal maneira que conceda a alguém, ou a um partido vantagem injusta sobre seus adversários (GUERRYMANDERING, 2015). De igual forma, segundo o famoso “Dicionário do voto”, de Walter Costa Porto, se observa que com a manobra de redesenho, o partido de Guerry, com 50.164 votos conseguiu 29 cadeiras, enquanto o outro partido, com 52.766, conseguiu somente 11 cadeiras (PORTO, 2000, p. 222).

Podemos observar que a tese vencedora participa da formação de uma espécie de “gerrymandering” à brasileira, ao permitir que algumas pessoas jurídicas possam influir nas eleições (pessoas político-jurídicas de direito público interno: União, Estados, Distrito Federal e Municípios), e ao mesmo tempo mantendo a exclusão de outras (pessoas jurídicas de direito privado). No norte foi com redesenho dos distritos (*ratione loci*), e no Brasil a aparente preferência por algumas pessoas (*ratione personae*).

Provoca-se desequilíbrio no pleito, em favor de quem postula a reeleição, que pode ser inclusive partidário e se estender por muitos e muitos anos, uma vez que aquele governante que estiver em segundo mandato apoiará e quererá eleger seu sucessor. E isso porque aqueles governantes que estiverem postulando a reeleição, com notório uso da infraestrutura da máquina administrativa da União, dos Estados, Distrito Federal e Municípios, farão o uso explícito de vantagens oferecidas pelas pessoas jurídicas de direito público interno que comandam, na qualidade de chefes do executivo.

Evidentemente existem outros fatores que influenciam a decisão do eleitor, mas não se pode desprezar a força potencializada de quem comanda a máquina pública em uma reeleição ou na feitura de sua sucessão, devendo servir de exemplo os paradigmáticos casos do Governo do Estado de São Paulo, praticamente governado (contando apenas de 1999 em diante, em razão da emenda da reeleição) há mais de 16 anos pelo PSDB, e a União Federal, Governada há mais de 12 anos pelo Partido dos Trabalhadores.

Se houver incremento desse desequilíbrio, no qual as pessoas jurídicas de direito privado não possam influir nas eleições, mas as pessoas jurídicas de direito público interno sim, corre-se o risco de se instituir dinastias de governo de 50 anos, até que sejam tolhidas pelos ventos de revoluções e primaveras tropicais, mormente num país como o Brasil, de frágil democracia, acostumado a governos não democráticos. Vale recordar a reflexão de Octaciano Nogueira, em “A Constituinte de 1946: Getúlio, o Sujeito Oculto”:

O Brasil, do descobrimento à independência, viveu trezentos e vinte e dois anos sem democracia, sem voto e sem parlamento, embora não lhe faltassem muitos e variados governos. Depois de 1822, passamos a ter voto, Parlamento e governo, mas não chegamos a ter democracia, tal qual a conhecemos hoje, pelo menos até 1934. Somados, são quatrocentos e trinta e quatro de nossos mal celebrados quinhentos anos. Um sinal de como é nova e precária a democracia entre nós.

Nesses sessenta e sete anos, mal começamos a construí-la, e ainda não acabamos de aprimorá-la. Nem todos foram anos de democracia: vinte e oito deles foram de ditaduras, civil, de 1937 a 1945, e militar, de 1964 a 1984. O Congresso foi dissolvido duas vezes, em 1930 e em 1937, e fechado temporariamente em três ocasiões: 1966 (Ato Complementar 23, 1968-69 (Ato Complementar 38) e 1977 (Ato Complementar 102). A dissolução dos partidos ocorreu três vezes, em 1930, 1937 e 1965. Dos vinte e dois presidentes que ocuparam a presidência, de 1926 até hoje (2003), só três, com exceção dos generais da ditadura, concluíram seus mandatos: Dutra, Juscelino e Fernando Henrique Cardoso, que será o primeiro, em todo esse período, a receber a faixa de seu antecessor escolhido por eleição direta e passa-la a um sucessor investido das mesmas condições. Entre esses vinte e dois governadores, houve um suicídio e duas renúncias. Quatro foram depostos, um morto durante o mandato e outro, antes da posse. Tivemos uma revolução, quatro golpes de estado, quatro tentativas de golpe e três rebeliões. Entre os generais da ditadura militar, nenhum exerceu um mandato com a mesma duração dos demais. Costa e Silva permaneceu no poder dois anos, Castelo, três, Médici, quatro, Geisel, cinco e Figueiredo, seis. Não tivemos caudilho militar (NOGUEIRA, 2005, p. xiv).

O citado autor reflete, indagativamente sobre o que diferenciaria os variados tipos de regimes não democráticos que experimentamos, daqueles governos em que passamos a viver e a que denominamos de democráticos? Observa, com base em Przeworski, que a última das invenções da democracia seria o voto, que seria um senhor velho com mais de dois séculos, muito embora não seja sinônimo de democracia, vale dizer, para que um regime seja democrático, a eleição deveria cumprir ao menos dois papéis: primeiro, seja livre e competitiva, no sentido de que será livre, sem restrições ao direito do voto (universal, secreto e com publicidade de apuração). E, para que haja competitividade, torna-se indispensável a liberdade de organização e atuação partidária, com o asseguramento do “pluralismo político” (NOGUEIRA, 2005, p. xiv). Parece claro que se estimula a alternância no poder, entre candidatos e partidos.

Traçando um paralelo no Brasil, e mais especificamente no STF, com o “Gerrimandering”, mudando-se o que deve ser mudado (*mutatis mutandis*), teríamos uma espécie de “Supremandering”, ou, como não temos um voto da Corte (*per curiam decisions*) e sim votos fragmentados e isolados de cada ministro (*seriatin decisions*), poderíamos falar então de 1) “Fuxmandering”, 2) “Barrosomandering” etc. Seus votos, embora bem intencionados e bem construídos retoricamente, desenham um desequilíbrio em favor de quem postula a reeleição. É um fato. Agem impregnados da Ética Guardiã, da qual nos fala Ward Elliot. Mas há ainda a guardiania, da qual nos fala Robert Dahl.

O Governo dos chamados “guardiões” constitui uma alternativa perene à democracia, e segundo tal concepção, seria um absurdo imaginar que as pessoas comuns (*ordinary people*) entendam seus próprios interesses, e possam eles mesmos

defende-los, vale dizer, “o governo deve ser confiado a uma minoria de pessoas especialmente qualificadas para governar em razão de seu conhecimento e de sua virtude superiores” (DAHL, 2012, p. 77).

Radica a ideia na República, de Platão, com atração bastante poderosa ao longo da história humana, devendo-se destacar que a hierarquia é mais antiga que a democracia, na história escrita, a primeira sendo a regra, e a segunda, exceção, e conforme observado por Robert Dahl, “a hierarquia é o rival mais temível da democracia” e enquanto a guardiania é uma espécie de justificativa para o governo baseado na hierarquia, “o rival mais temível da democracia, como ideia, é a guardiania” (DAHL, 2012, p. 78).

Parte sensível da discussão da ADI 4.650 pode ser localizada num diálogo entre um aristocrata e um democrata, na obra de Robert Dahl. Em certo momento, de maneira difusa, e mais especialmente por uma argumentação contida nas razões do voto do Ministro Roberto Barroso, mas que está impregnada nos votos parcialmente vencedores, alega-se que o atual modelo de financiamento eleitoral estaria impedindo que as novas e verdadeiras vocações chegassem ao cenário político, em razão da necessidade de muito dinheiro.

Interessante notar que nessa alegação não está apenas a crítica ao cidadão que não chega ao poder por ausência de condições financeiras, mas também ao tipo de parlamentar que chega, que não seria o melhor e nem o mais vocacionado. No diálogo de Robert Dahl, o Democrata menciona que “a perícia é tão importante que nossos sistemas de governo às vezes são classificados como uma mistura de democracia e meritocracia” (DAHL, 2012, p. 85).

Na sequência, o Aristocrata diz: “O que defino como guardiania não é apenas democracia acrescida da meritocracia. Talvez se possam evitar confusões se você me permitir fazer uma distinção entre o que quero dizer com guardiania e o que você acaba de chamar de meritocracia”. E prossegue afirmando que a meritocracia constitui um termo bastante recente, que se refere geralmente a um “corpo de funcionários selecionados exclusivamente por mérito e competição, mas que são pelo menos nominalmente subordinados a outros, diferentemente do que se pode entender por guardiania, pois esta não seria uma “simples modificação de um regime democrático”, pois ela seria “uma alternativa à democracia”, um tipo diferente, fundamentalmente (DAHL, 2012, p. 86).

Para ele, guardiania seria um regime em que o Estado é governado por líderes meritórios que consistiriam em uma minoria formada por adultos, que não seriam submetidos ao processo democrático, razão pela qual se prefere utilizar a expressão “guardiães”, como o termo platônico (DAHL, 2012, p. 86). Ou seja, podemos observar uma dupla presença do ideário da guardiania, conforme esboçada por Robert Dahl. Primeiro, o Supremo Tribunal Federal entende que a população brasileira e o congresso

não conseguem governar a si próprios, e o próprio Tribunal estende suas luzes para iluminar o caminho que entende ser o correto, tal qual desenhado na ADI 4650, ajuizado por um outro guardião: a Ordem dos Advogados do Brasil.

Em segundo plano, entende-se que o Congresso, da maneira como desenhado pelo poder constituinte, não é bom o suficiente, e nem adequado para a realização das reformas constitucionais que entender pertinentes, e nem o povo tem condições de agir em defesa de seus próprios interesses, devendo haver a reforma da ADI 4.650 para que os verdadeiramente “bons” e “vocacionados” sejam eleitos.

Conforme observado, por mais grandiosa que possa parecer a guardianship, ela impõe exigências extraordinárias no nível de conhecimento e às virtudes dos próprios guardiões que seriam, na prática, impossíveis de satisfazer, e acredita-se que ela “não possa ser racionalmente defendida como algo superior à democracia, nem como ideal e nem como um sistema viável na prática” (DAHL, 2012, p. 101). As razões pelas quais a guardianship não pode pretender substituir a democracia está resumida e sintetizada na seguinte passagem: Em sua melhor forma, somente a visão democrática pode fazer algo que para a guardianship é impossível: oferecer a esperança de que, ao engajar-se no governo, todas as pessoas, e não apenas algumas, possam aprender a agir como seres humanos moralmente responsáveis (DAHL, 2012, p. 101).

Nesse sentido parece haver alguns equívocos na ADI 4.650. Primeiro, não deveria haver comportamento de guardianship por parte do Supremo Tribunal Federal. Segundo, o desenho que se vislumbra é de um verdadeiro desequilíbrio no cenário político, conforme já referido acima, em que há uma verdadeira “guerrymandering à brasileira”. Tudo seria evitado se o Tribunal Supremo tivesse compreendido verdadeiramente a natureza, a dimensão e a extensão de seu papel e de sua função política, que é de guardião da constituição, mas não de tutela e exercício da cidadania em lugar dos eleitores (BELEIRO, 1998, p. 91-104). Um sinal de que temos Democracia sem democratas, e muitas vezes, Democracia dos Autocratas, como observado na citada advertência de Octaciano Nogueira.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

É de todos conhecida uma foto histórica de Ulysses Guimarães enfrentando, com altivez, alguns policiais militares e os seus fiéis cães. Essa imagem de grande simbologia merece ser resgatada. Nos anos de chumbo do regime autoritário brasileiro, houve lideranças políticas que não se acovardaram diante da truculência e da força bruta. Após a reconquista da democracia, as lideranças políticas não podem se deixar intimidar pelas decisões judiciais arbitrárias, ainda que bem intencionadas e

bem construídas retoricamente. O Parlamento deve trazer para si a representação dos anseios populares, tanto os das maiorias quanto os das minorias. No Parlamento estão os legítimos representantes do povo (eleitor). A repressão judicial deve ocorrer sempre que o Parlamento descumprir de modo direto e flagrante o texto da Constituição. Não era o caso dessa questão do financiamento empresarial de campanhas político-eleitorais.

Um passo relevante na direção do fortalecimento do Parlamento consiste na mudança do art. 97 da Constituição Federal. Sugerimos a seguinte redação:

Art. 97. Somente pelo voto de dois terços de seus membros ou dos membros do respectivo órgão especial poderão os tribunais declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do Poder Público.
Parágrafo único. Ao declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, e tendo em vista razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social, poderá o Tribunal, por maioria simples de seus membros ou dos membros do respectivo órgão especial, restringir os efeitos daquela declaração ou decidir que ela só tenha eficácia a partir de seu trânsito em julgado ou de outro momento que venha a ser fixado.

Com essa medida corrige-se uma aberração processual constitucional: a decretação de inconstitucionalidade, que é o fato grave, requer apenas a maioria absoluta; mas a manipulação dos efeitos da decisão de inconstitucionalidade, que é o fato leve, requer a maioria qualificada de dois terços. Ora, a decretação de inconstitucionalidade é grave e, portanto, merece ser aprovada pela maioria qualificada de dois terços e não apenas pela maioria absoluta.

Mas, para traçar um paralelo, a linha vencedora dos ministros do STF, favoráveis ao provimento dos pedidos contidos na ADI 4.650, incidem na “falácia de Palpatine”, quando na alegoria de George Lucas, pluralismo e liberdade deveriam ser evitados, por serem ameaças à ordem, à paz e a garantia da segurança, como uma espécie de crime de perigo abstrato e putativo, cuja tipificação somente existe na cabeça do julgador, em um “tipo” tanto aberto, quanto imaginário, e que a cada dia pode vir a se tornar uma coisa diferente, a depender do humor e da verve iconoclasta do guardião (no sentido de Dahl e Ward), que a cada dia “dá asas à sua própria Constituição”.

Seria preferível, inclusive, que a Suprema Corte reconhecesse que se trata de pretensão de tutela, de guardiania, mencionando que prefere-se o modelo X, ao modelo Y, pois a composição específica da Corte, numa maioria eventual, decidiu assim.

Ao fim e ao cabo, como observado por Daniel Schugurensky, ressaltando a experiência e a advertência de John Dewey, a cura para os problemas da democracia é ainda mais democracia, e não menos (SCHUGURENSKY, 2006, p. x-xv). Guardiania e Autocracia são práticas de um suicídio lento, assistido e sem brilho, que em nada auxiliam a democracia brasileira, exceto como brevíário sortido que servirá de um antecipado epitáfio: aqui jaz uma, embora autocrática e guardiã, “democracia”

“salamandra”, com pitadas de nossa “guerrymandering à brasileira”. A democracia brasileira sai enfraquecida.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALEXANDER, Larry; PRAKASH, Saikrishna B. Tempest in an empty pot: why the constitution does not regulate gerrymandering. *William & Mary Law Review*, v. 50, n. 1, p. 1. oct. 2008.

ALVES JR., Luis Carlos Martins. O “coronelismo” e a democracia brasileira: um breve ensaio reflexivo sobre a lei da “ficha limpa” e sobre o financiamento das campanhas eleitorais, sob as luzes do magistério doutrinário de Victor Nunes Leal. In: _____. *Constituição, política e retórica*. Brasília: UniCEUB, 2014. p. 28-43.

ALVES, Márcio Moreira. [Discurso de Defesa contra o pedido de Cassação do mandato, em 12 de Dezembro de 1968]. *Diário da Câmara dos Deputados*, Brasília, 1º de junho de 2000, p. 87-98. Suplemento.

BALEIRO, Aliomar. A função política do judiciário. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 87, n. 756, p. 91-104, out., 1998.

BARROSO, Luis Roberto. A Reforma Política: uma proposta de sistema de governo, eleitoral e partidário para o Brasil. 2010. Disponível em: <http://www.luisrobertobarroso.com.br/wp-content/themes/LRB/pdf/instituto_proposta_introducao_objetivos_e_ideias_centrais.pdf>. Acesso em: 17 ago. 2015.

BARROSO, Luis Roberto. A Reforma Política: uma proposta de sistema de governo, eleitoral e partidário para o Brasil. *Revista de Direito do Estado*, São Paulo, v. 1, n. 3, p.287-360, jul./set., 2006.

BARROSO, Luis Roberto. Estado, sociedade e direito: diagnóstico e propostas para o Brasil. In: *CONFERÊNCIA NACIONAL DOS ADVOGADOS*, 22., 2014, Rio de Janeiro. Conferência de Abertura. Rio de Janeiro: Riocentro, 2014. Disponível em: <www.luisrobertobarroso.com.br/wp-content/uploads/2014/10/conferencia-da-OAB_Abertura_20out2014.pdf>. Acesso em: 08 jan. 2015.

BARROSO, Luis Roberto. Fisiologismo, dinheiro e voto: uma proposta de reforma política para o Brasil. In: VENÂNCIO FILHO, Alberto et al. (Org.). *A Contemporaneidade do pensamento de Victor Nunes Leal*. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 211-248.

BASILE, Juliano. Ministros do STF comentam atualidade das teorias de Hans Kelsen. 29 ago. 2011. Disponível em: <<http://www.migalhas.com.br/Quentes/17,M1140248,101048-Ministros+do+STF+comentam+atualidade+das+teorias+de+Hans+Kelsen>>. Acesso em: 08 jan. 2015.

BETH, Loren P. Review: the rise of guardian democracy by Ward Elliot. The American Political Science Review, Cambridge, v. 72, n. 2, p. 674-676, jun. 1978.

BRASIL. Câmara dos Deputados. Ofício N.1594/11/SGM/P, de 26 de setembro de 2011. Disponível em: <<http://www.transparencia.mpf.mp.br/atuacao-funcional/consulta-judicial-e-extrajudicial>>. Acesso em: 10 ago. 2015a.

BRASIL. Câmara dos Deputados. Proposta de Emenda à Constituição 352, de 2013. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=600023>>. Acesso em: 10 ago. 2015b.

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 10 ago. 2015c.

BRASIL. Mensagem nº 404, de 26 de setembro de 2011. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2008/Msg/VEP-404-08.htm>. Acesso em: 17 ago. 2015d.

BRASIL. Procuradoria Geral da República. Parecer nº 11157-PGR-RG, de 24 de julho de 2013. Disponível em: <<http://www.transparencia.mpf.mp.br/atuacao-funcional/consulta-judicial-e-extrajudicial>>. Acesso em: 10 ago. 2015e.

BRASIL. Procuradoria Geral da República. Parecer nº 7994-PGR-RG, de 31 de agosto de 2012. Disponível em: <<http://www.transparencia.mpf.mp.br/atuacao-funcional/consulta-judicial-e-extrajudicial>>. Acesso em: 10 ago. 2015f.

BRASIL. Senado Federal. Ofício nº 344/2011-PRESID/ADVFSF, de 29 de setembro de 2011. Disponível em: <http://www.sbdp.org.br/arquivos/material/1410_ADI_4650_-_Informacoes_Senado_Federal.pdf>. Acesso em: 17 ago. 2015g.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade. ADI nº 4650/DF. Primeira Turma. Relator Ministro Luiz Fux. Brasília, em 11 de dezembro de 2013. Disponível em: <<http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/23086639/acao-direta-de-inconstitucionalidade-adi-4650-df-stf>>. Acesso em: 17 ago. 2015h.

BUENO, Alexei; ERMANOKOFF, George (Org). Duelos no serpentário: uma antologia da polêmica intelectual no Brasil 1850-1950. Rio de Janeiro: Ermanokoff, 2005.

CLARK, George. Stealing our votes: how politicians conspire to control our elections and how to stop them. Pittsburgh: Dorrance Publishing, 2004.

COGLIANESE, Cary. Political and legal philosophy: book review - democracy and it's critics, by robert dahl. Michigan Law Review, v. 88, p. 1662-1667, may, 1990.

CONSELHO Pleno aprova mudanças no sistema eleitoral da OAB. Disponível em: <www.oab.org.br/noticia/27781/conselho-pleno-aprova-mudancas-no-sistema-eleitoral-da-oab>. Acesso em 08 jan. 2015.

DAHL, Robert A. Democracy and its critics. New Haven: Yale University Press, 1989.

DAHL, Robert A. A democracia e seus críticos. Trad. Patrícia Ribeiro. São Paulo: M. Fontes, 2012.

FERRARO, L.; WILSON, J. M. Puzzle de la reforma electoral se traslada al senado. Lat-ercera, Jan. 26 ago. 2004. Disponível em: <papeldigital.info/lt/2014/08/29/01/paginas/012.pdf>. Acesso em: 09 jan. 2015.

GUERRYMANDERING. In: ENCICLOPÉDIA Britânica. Atual. 11 abr. 2014. Disponível em: <<http://www.global.britanica.com/EBchecked/topic/231865/guerrymandering>>. Acesso em: 05 jan. 2015.

KEANE, John. Vida e morte da democracia. Trad. Clara Colotto. São Paulo: Edições 70, 2010.

KELSEN, Hans. Quem deve ser o guardião da constituição? In: _____. Jurisdição Constitucional. Trad. Alexandre Krug. 2. ed. São Paulo: M. Fontes, 2007. p. 239-298.

KELSEN, Hans. A Democracia. Trad. Ivone Castilho et all., 2. ed. São Paulo: M. Fontes, 2000.

LAIN, Corinna Barrett. Upside-Down judicial review. The Georgetown Law Journal, v. 101, n. 1, p. 113-183, 2012.

MORCHON, Gregorio Robles. As regras do direito e as regras dos jogos: ensaios sobre a teoria analítica do direito. Trad. Pollyana Mayer. São Paulo: Noeses, 2011.

MORCHON, Gregorio Robles. Tres tipos de reglas en el derecho. Cuadernos de la Facultad de Derecho, Palma de Mallorca, n. 11, p. 113-128, 1985.

NEVES, Marcelo. A constitucionalização simbólica. São Paulo: M. Fontes, 2007.

NOGUEIRA, Octaciano. A constituinte de 1946: Getúlio, o sujeito oculto. São Paulo: M.

Fontes, 2005.

NOGUEIRA, Octaciano; SEVERO, Alípio. Democracia dos autocratas. Brasília: Dédalo, 2003.

PÁDUA, Thiago Aguiar de. Triângulo da violência argumentativa - cortes superiores, supremas e constitucionais: decisão monitorada em uma democracia monitória. *Civil Procedure Review*, v. 5, n. 2, p. 73-142, May/Aug. 2014a.

PÁDUA, Thiago Aguiar de. A expressão “ativismo judicial”, como um “cliché constitucional”, deve ser abandonada: uma análise crítica sobre as ideias do ministro Luís Roberto Barroso. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, Brasília, av. 4, n. 2, p. 135-169, 2014b.

PERETTI, Terri. Democracy-Assisting Judicial Review and the Challenge of Partisan Polarization. *Utah Law Review*, v. 2014, n. 4, p. 843-866, 2014.

PORTO, Walter Costa. Dicionário do voto. Brasília: UnB, 2000.

RORTY, Richard. Ensaio sobre Heidegger e outros. Trad. Marco Antônio Casanova. Rio de Janeiro: Relume Dumará, 1999.

SARMENTO, Daniel. O STF não é o centro do constitucionalismo: conversas acadêmicas com Daniel Sarmento. 2014. Disponível em: <<http://www.osconstitucionalistas.com.br/o-stf-nao-e-o-centro-do-constitucionalismo>>. Acesso em: 07 jan. 2015.

SCHMITT, Carl. O guardião da constituição. Trad. Geraldo de Carvalho. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

SCHUGURENSKY, Daniel. The difficult task of learning democratic practices through partisan politics in times of plutocracies. In: YOUNGBLOOD, Janet. *Learning Democratic Practices: Political Parties, Media and American Political Development*. United Kingdom: Cambridge, 2006. p. x-xv.

WARD E. Y., Elliot. The rise of guardian democracy: the Supreme Court's role in the voting rights disputes, 1845-1969. Cambridge: Harvard University Press, 1974.

WEIR, Stephen. As piores decisões da história e as pessoas que as tomaram. Trad. Afonso Celso da Cunha Serra. Rio de Janeiro: Sextante, 2014.