

**PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO – MESTRADO E DOUTORADO
ÁREA DE CONCENTRAÇÃO EM DEMANDAS SOCIAIS E POLÍTICAS PÚBLICAS
DE INCLUSÃO SOCIAL
LINHA DE PESQUISA CONSTITUCIONALISMO CONTEMPORÂNEO**

Rodrigo Trevisan da Silva

**A APLICAÇÃO RETROATIVA DE LEI DA FICHA LIMPA E SUAS IMPLICAÇÕES
AO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO BRASILEIRO**

Santa Cruz do Sul
2019

CIP - Catalogação na Publicação

TREVISAN DA SILVA, RODRIGO

A APLICAÇÃO RETROATIVA DE LEI DA FICHA LIMPA E SUAS IMPLICAÇÕES AO
ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO BRASILEIRO / RODRIGO

TREVISAN DA SILVA — 2019.

181 f.; 5 cm.

Dissertação (Mestrado em Direito) — Universidade de Santa Cruz do Sul, 2019.

Orientação: Profa. Dra. Denise Friedrich.

1. Constitucionalismo Contemporâneo. 2. Lei da ficha limpa.
3. segurança jurídica. 4. Supremo Tribunal Federal. 5. Presunção de inocência. I.
Friedrich, Denise. II. Título.

Rodrigo Trevisan da Silva

**A APLICAÇÃO RETROATIVA DE LEI DA FICHA LIMPA E SUAS IMPLICAÇÕES
AO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO BRASILEIRO**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação – Mestrado em Direito, Área de Concentração em Demandas Sociais e Políticas Públicas, Linha de Pesquisa em Constitucionalismo Contemporâneo, Universidade de Santa Cruz do Sul – UNISC, como requisito parcial para obtenção do título de Mestre em Direito.

Orientadora: Profa. Dra. Denise Friedrich

Santa Cruz do Sul
2019
Rodrigo Trevisan da Silva

**A APLICAÇÃO RETROATIVA DE LEI DA FICHA LIMPA E SUAS IMPLICAÇÕES
AO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO BRASILEIRO**

Esta dissertação foi submetida ao Programa de Pós Graduação em Direito – Mestrado e Doutorado, Área de Concentração em Demandas Sociais e Políticas Públicas, Linha de Pesquisa em Políticas Públicas de Inclusão Social da Universidade de Santa Cruz do Sul – UNISC, como requisito parcial para obtenção do título de Mestre em Direito.

Dra. Denise Friedrich
Professora Orientadora – UNISC

Professor examinador – UNISC

Professor examinador – UNISC

Santa Cruz do Sul
2019

DEDICATÓRIA

*Dedico cada dia, cada hora que passei de meus estudos ao meu pai
Joseirino da Silva (in memoriam) pelo homem que foste na minha
educação moral.*

AGRADECIMENTOS

Agradeço inicialmente à DEUS pelas condições cognitivas que me alcançou, depois minhas homenagens são para meus pais, Joserino da Silva (in memoriam) e Maria Gorete Trevisan.

Agradeço à minha orientadora Dra. Denise Friedrich, a professora Dra. Suzete da Silva Reis. Também estendo meus agradecimentos as meninas da secretaria do PPGD, a coordenação, e em nome desta à todos os professores que contribuíram na construção do meu aprendizado, aos meus colegas do mestrado turma 2018, em especial, aqueles dos almoços durante dois anos em sextas-feiras, Jônatas Michels Ilha, Vagner de Oliveira, Devilson R. de Sousa, e meu irmão de coração Flavio.

*“Perverteria DEUS o Direito? Ou perverteria o Todo-Poderoso a
Justiça? Jó 8:3*

RESUMO

Na presente dissertação buscar-se-á como tema a aplicação retroativa de lei da ficha limpa e suas implicações ao estado democrático de direito brasileiro, delimitando o mesmo à uma análise do contexto jurídico e político brasileiro, notadamente a partir da atuação do Poder Judiciário, o STF, no julgamento da aplicação Lei da Ficha limpa, qual trouxe novas modalidades de inelegibilidade. Temporalmente, a análise se realizou a partir da Constituição Federal de 1988, diante ao novo paradigma constitucional que esta emergiu, e neste sentido à análise dos argumentos como de apelo social do STF estão de acordo com os postulados teóricos do movimento do Constitucionalismo Contemporâneo. A pesquisa se limita a uma investigação da retroação dos efeitos da Lei da Ficha limpa ao processo eleitoral em andamento sob a ótica dos princípios constitucionais da segurança jurídica e da presunção de inocência. Quanto ao problema, a presente pesquisa pretende responder a seguinte pergunta: em que medida fere o regime democrático desenhado pela Constituição Federal de 1988 e os pilares do constitucionalismo contemporâneo a decisão do STF que permite efeitos retroativos da Lei de Ficha Limpa às eleições já iniciadas autorizando que um caso de inelegibilidade não previsto incida no processo eleitoral já em andamento? Para alcançar a respectiva resposta, tem-se hipóteses, a decisão possivelmente não fere o princípio democrático, haja vista que tem como um de seus fundamentos o cumprimento a Lei Complementar 135/10 aprovada pelo Poder Legislativo; ou contrário, a uma resposta onde a decisão poderia ferir o princípio no momento em que a aplicação retroativa da lei atingisse princípios constitucionais e direitos constitucionais de pessoas eleitas naquele período. Como objetivo tem-se a investigação, a partir da análise do modelo democrático brasileiro e das competências do Supremo Tribunal Federal, como Tribunal Constitucional, se a decisão que versou sobre os efeitos retroativos da lei da ficha limpa, LC 135/10, fere princípios constitucionais da segurança jurídica e da presunção de inocência. Metodologia a ser usada é o Hipotético-dedutivo, e meio procedimental metodológico usar-se-á o bibliográfico histórico, já a tecnicidade de pesquisa a ser utilizada, é a documentação indireta, partindo da pesquisa bibliográfica de obras relacionadas às temáticas em estudo, ou seja, será realizada a pesquisa na doutrina e jurisprudência, periódicos, revistas e todos os demais textos que possam agregar conteúdo à pesquisa. A resposta foi de que, o julgamento que aplicou a retroatividade da lei da ficha limpa à casos anteriores a sua publicação não havidos como inelegibilidade por lei anterior, não fere o regime democrático de direito nem os pilares do constitucionalismo contemporâneo, mas sim um fortalecimento inclusive dando segurança jurídica e com isto fortalecendo o espírito de legalidade e ânimos pelas participações dos cidadãos na democracia.

Palavras-chave: Constituição Federal; Lei da Ficha Limpa; Presunção de inocência; Segurança jurídica; STF

ABSTRACT

This dissertation will seek as a theme the retroactive application of clean sheet law and its implications to the democratic state of Brazilian law, delimiting it to an analysis of the Brazilian legal and political context, notably from the action of the Judiciary, the STF, in the judgment of the application of the Clean Record Law, which brought new modalities of ineligibility. Temporally, the analysis took place from the Federal Constitution of 1988, in view of the new constitutional paradigm that emerged, and in this sense the analysis of the arguments as social appeal of the Supreme Court are in accordance with the theoretical postulates of the movement of Contemporary Constitutionalism. The research is limited to an investigation of the retroactivity of the effects of the Clean Record Law to the electoral process underway from the perspective of the constitutional principles of legal certainty and the presumption of innocence. Regarding the problem, the present research intends to answer the following question: to what extent does the democratic regime designed by the Federal Constitution of 1988 and the pillars of contemporary constitutionalism hurt the STF decision that allows retroactive effects of the Clean Record Law to the elections already started authorizing does an unforeseen case of ineligibility relate to the electoral process already underway? In order to reach the respective answer, one has hypotheses, the decision possibly does not violate the democratic principle, since it has as one of its foundations compliance with Complementary Law 135/10 approved by the Legislative Power; or, rather, to a response where the decision could break the principle as retroactive application of the law reached constitutional principles and constitutional rights of persons elected at that time. The objective is to investigate, from the analysis of the Brazilian democratic model and the powers of the Federal Supreme Court, as Constitutional Court, if the decision that dealt with the retroactive effects of the clean sheet law, LC 135/10, violates principles of legal certainty and the presumption of innocence. Methodology to be used is Hypothetical-deductive, and the methodological method will use the historical bibliographic, while the research technique to be used is indirect documentation, starting from the bibliographic research of works related to the themes under study, or that is, the research will be conducted in doctrine and jurisprudence, journals, magazines and all other texts that may add content to the research. The answer was that the judgment that applied the retroactivity of the clean sheet law to cases prior to its publication that were not ineligible by previous law does not hurt the democratic rule of law or the pillars of contemporary constitutionalism, but a strengthening even providing legal certainty and thereby strengthening the spirit of legality and encouragement for citizen participation in democracy.

Keywords: Federal Constitution; Clean Record Law; Presumption of innocence; Legal certainty; STF

SUMÁRIO

| | |
|---|-----|
| 1. INTRODUÇÃO | 11 |
| 2 O PARADIGMA DEMOCRÁTICO DO ESTADO SOB PRIMA DO CONSTITUCIONALISMO CONTEMPORÂNEO: OS PRINCÍPIOS COMO UMA NOVA ESPÉCIE NORMATIVA | 14 |
| 2.1 O constitucionalismo contemporâneo..... | 14 |
| 2.2 Os direitos fundamentais enquanto trunfos no constitucionalismo contemporâneo | 33 |
| 2.3 Os contornos do Estado Democrático de Direito na Constituição Brasileira..... | 46 |
| 2.4 A construção de uma nova espécie normativa: os princípios..... | 63 |
| 3 A LEI DA FICHA LIMPA E SUA INCIDÊNCIA NO PROCESSO ELEITORAL DE 2010: UM DEBATE POLÊMICO | 92 |
| 3.1 O contexto no qual a Lei da Ficha Limpa foi inserido | 93 |
| 3.2 Análise dos dispositivos dogmáticos da Lei da Ficha Limpa e seus efeitos no processo eleitoral em curso..... | 102 |
| 3.3 Os votos dos ministros do STF: a polêmica instaurada no coração da Corte Constitucional brasileira | 108 |
| 3.4 A (in)constitucionalidade da Lei da Ficha Limpa | 123 |
| 4 COMPETÊNCIAS E ATRIBUIÇÃO DAS CORTES CONSTITUCIONAIS NO CONSTITUCIONALISMO CONTEMPORÂNEO | 130 |
| 4.1 Modelos de cortes constitucionais na estrutura dos Estados e a composição e atribuições do Supremo Tribunal Federal brasileiro | 130 |
| 4.2 A natureza contramajoritária das cortes constitucionais: a tutela dos direitos fundamentais | 137 |
| 4.3 A natureza normativa dos valores constitucionais da segurança jurídica e da presunção de inocência | 146 |
| 4.4 A decisão do STF pela aplicação retroativa da Lei da Ficha Limpa: ameaça ao Estado Democrático de Direito face ao debate da presunção de inocência e a segurança jurídica?..... | 150 |
| 5 CONCLUSÃO | 155 |
| REFERÊNCIAS | 165 |

1. INTRODUÇÃO

O presente estudo buscar-se-á como tema a aplicação retroativa de lei da ficha limpa e suas implicações ao estado democrático de direito brasileiro, delimitando o mesmo à uma análise do contexto jurídico e político brasileiro, notadamente a partir da atuação do Poder Judiciário, o STF, no julgamento da aplicação Lei da Ficha limpa (LC135/10), qual teve sua revisão pela constitucionalidade junto ao Supremo Tribunal Federal junto as ADCs 29, 30 e ADI 4.578¹, quando esta reconheceu à aplicação retroativa da lei da ficha limpa – LC 135/2010 aos fatos e atos descritos nesta, que imputavam ao praticante a perda dos direitos políticos passivos (elegibilidade) direito de ser votado, respectiva legislação trouxe novas modalidades de inelegibilidade.

Já análise temporal, esta realizou-se a partir da Constituição Federal de 1988, diante ao novo paradigma constitucional que esta emergiu, e neste sentido à análise dos argumentos como de apelo social do STF estão de acordo com os postulados teóricos do movimento do Constitucionalismo Contemporâneo. A pesquisa se limitará a uma investigação da retroação dos efeitos da Lei da Ficha limpa ao processo eleitoral que estava em andamento à época, esses sob a ótica dos princípios constitucionais da segurança jurídica e da presunção de inocência.

Quanto ao problema, a presente pesquisa pretende responder a seguinte pergunta: em que medida fere o regime democrático desenhado pela Constituição Federal de 1988 e os pilares do constitucionalismo contemporâneo a decisão do STF que permite efeitos retroativos da Lei de Ficha Limpa às eleições já iniciadas autorizando que um caso de inelegibilidade não previsto incida no processo eleitoral já em andamento? Para alcançar a respectiva resposta, tem-se hipóteses, a decisão possivelmente não fere o princípio democrático, haja vista que tem como um de seus fundamentos o cumprimento a Lei Complementar 135/10 aprovada pelo Poder Legislativo; ou contrário, a uma resposta onde a decisão poderia ferir o princípio no momento em que a aplicação retroativa da lei atingisse princípios constitucionais e direitos constitucionais de pessoas eleitas naquele período. Como objetivo tem-se a investigação, a partir da análise do modelo democrático brasileiro e das competências

¹ BRASIL. stf.jus.br. ADI. 4.578 e ADC 29, 30 da lei complementar nº 135/10. Hipóteses de inelegibilidade. art. 14, § 9º, da constituição federal. Moralidade para o exercício de mandatos eletivos. Inexistência de afronta à irretroatividade das leis. Relator Min. Luiz Fux. Voto do relator Luiz Fux. 16/02/2012. disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=2257978>>. Acessado em:10/10/2019

do Supremo Tribunal Federal, como Tribunal Constitucional, se a decisão que versou sobre os efeitos retroativos da lei da ficha limpa, LC 135/10, fere princípios constitucionais da segurança jurídica e da presunção de inocência. Metodologia a ser usada é o Hipotético-dedutivo, e meio procedimental metodológico usar-se-á o bibliográfico histórico, já a tecnicidade de pesquisa a ser utilizada, é a documentação indireta, partindo da pesquisa bibliográfica de obras relacionadas às temáticas em estudo, ou seja, será realizada a pesquisa na doutrina e jurisprudência, periódicos, revistas e todos os demais textos que possam agregar conteúdo à pesquisa.

Antes de aprofundar-se na pesquisa, foi construído a través de estudos na doutrina e obras do direito político, constitucionalistas, e a respectiva decisão acima mencionada, para se traçar um caminho de ideias que nós conduziria a resposta delimitada pela proposta do projeto inicial, como tal iniciar-se-á a pesquisa as informações voltada ao “paradigma democrático do estado sob prisma do constitucionalismo contemporâneo: os princípios como uma nova espécie normativa”, respectiva ideia tem por base desenvolver a relação cognitiva de historicidade dos fenômenos do constitucionalismo, com isto entender como se deu e como chegou-se ao que a doutrina hoje entendo por “constitucionalismo contemporâneo”, qual integrara outro subcapítulo, que tem como objetivo dessecar mais o fenômeno.

Percebeu-se que, é importante um subcapítulo próprio para entender o que são “os direitos fundamentais enquanto estes enquanto trunfos no constitucionalismo contemporâneo”, pois ao analisar pela leitura junto a decisão da Suprema corte, contatou-se que, os direitos fundamentais são as garantias e proteções do homem contra o estado, e sendo o poder judiciário ou dos poderes do Estado, percebe-se que à necessidade em entender os direitos fundamentais como ferramenta de proteção aos direitos políticos e a um estado justo e democrático. Na mesma linha se notou importante analisar “os contornos do Estado Democrático de Direito na Constituição Brasileira” atual, e como direitos fundamentais são norma de valor e abertos, tratando-se de normas principiológicas, o passo seguinte será pesquisar sobre “a construção de uma nova espécie normativa, esta como os princípios”.

Percorrendo estes primeiros caminhos acredita-se que se iniciara na resposta ao problema da pergunta, uma vez que, a doutrina, e assim em especial Barroso (2012) aponta três marcos fundamentais que constrói o fenômeno chamado constitucionalismo contemporâneo, define respectivos como *histórico*, *filosófico*, e *teórico*. Sendo o constitucionalismo contemporâneo uma forma de interpretação,

sendo vista a constituição como mais uma ferramenta a uso da interpretação, assim diz Strecker (2014)², por isto a respectiva pesquisa para entender a decisão do Supremo Tribunal Federal e logico, encontrar a resposta.

O passo seguinte será estudar o conjunto que envolve a respectiva lei da ficha limpa – LC 135/2010, para tanto foi estipulado como caminhos de pesquisa “a lei da ficha limpa e sua incidência no processo eleitoral de 2010” iniciando pelo seu “contexto onde a mesma se deu, e como deu-se”, pois por tratar-se de uma lei de iniciativa popular é de suma importância a análise para entender qual foram os anseios da sociedade, posteriormente como um subcapitulo será realizado estudos e “análise dos dispositivos dogmáticos da Lei da Ficha Limpa e seus efeitos no processo eleitoral em curso”, porem respectiva analise não voltar-se-á à debater dispositivo por dispositivo e seus reflexos, mas sim de forma genérica diante a decisão que retrocedeu, ou seja, o espirito da lei, o conjunto dos dispositivos da lei como um todo.

Para tanto será de suma importância estudar os “votos dos ministros do STF e a polêmica que se instaurou no coração da corte constitucional brasileira”, nesta seara também será analisada a decisão se quanto a (in)constitucionalidade da respectiva lei diante a decisão do Supremo.

Acredita-se que a partir desta pesquisa e estudos a resposta começara a confirmar seu caminhos para um lado ou outro, para se posicionar como um fortalecimento ou retrocesso ao sistema democrático brasileiro.

Porem para se ter a confirmação da resposta deve-se estudar ao órgão judiciário que declarou a retroatividade da respectiva lei, uma vez que é de suma importância respectiva analise, pois senão fosse decisão deste Tribunal Constitucional que é responsável pela proteção da constituição federal, até a presente data estariam os demais poderes debatendo respectivos direitos. Para iniciar o estudos sobre o órgão mais elevado do poder judiciário, iniciar-se-á a pesquisa pelo “modelos de cortes constitucionais na estrutura dos Estados e a composição e atribuições do Supremo Tribunal Federal brasileiro”, por esta pesquisa espera-se identificar os caracteres de suas decisões de políticas ou jurídicas, qual suas funções e como

² Na perspectiva do Constitucionalismo Contemporâneo que defendo em *Verdade e Consenso* – portanto, para além das diferentes formas de positivismo -, a juridicidade não se dá nem “subsuntivamente”, nem dedutivamente. Ela se dá na *applicatio*, em que interpretar e aplicar não são atos possíveis de cisão. Isso implica afirmar – e superar – a distinção entre casos fáceis e casos difíceis. (STRECK, 2014, p. 37)

surgiram e para que surgiram, na mesma linha levantara informações sobre “a natureza contramajoritária das cortes constitucionais, observando os direitos fundamentais como protetores, e ferramentas de aplicação na proteção do homem diante esta características contramajoritária do STF.

Outro ponto a ser estudado é a incidência dos princípios da segurança jurídica e da presunção de inocência, uma vez que a decisão do Supremo foi rebatida em inúmeros falados e inclusive pela defesa contraria a decisão que respectivos princípios estariam sendo ou foram desrespeitado. Com estes metas desenhadas, acredita-se chegar a resposta peregrinada, em que medida fere o regime democrático desenhado pela Constituição Federal de 1988 e os pilares do constitucionalismo contemporâneo a decisão do STF que permite efeitos retroativos da Lei de Ficha Limpe às eleições já iniciadas autorizando que um caso de inelegibilidade não previsto incida no processo eleitoral já em andamento?

2 O PARADIGMA DEMOCRÁTICO DO ESTADO SOB PRIMA DO CONSTITUCIONALISMO CONTEMPORÂNEO: OS PRINCÍPIOS COMO UMA NOVA ESPÉCIE NORMATIVA

A ideia do presente capítulo é demonstrar o constitucionalismos contemporâneo e seu ideal interpretativo a partir de seu idealismo doutrinário e historicidade, sua contribuição hermenêutica para a ciência jurídica e filosófica, e ao estudar respectivo fenômeno abordar seus pontos e contribuições para encontrar respostas ao problema deste estudo acadêmico.

2.1 O constitucionalismo contemporâneo

Antes de entrar no tema do parágrafo em tela, é didático buscar situar-se o campo do constitucionalismo a partir do primeiros parágrafos para compreender o idealismo do fenômeno. Através de uma abordagem sucinta do constitucionalismo contemporâneo, nomenclatura que alteram-se dependendo da doutrina que aborda o tema no espaço tempo passado/presente. Aliás abre-se espaço para refletir quanto a nomenclatura ser a correta ou não, uma vez que, o presente (hoje) será o passado de outrem, então falar em contemporâneo reporta-se mais ao período do que ao fenômeno constitucionalismo? Apenas um questionamento inicial, que abordar-se-á no desenvolver do texto, e pode ser ideia de instigação para reflexão.

Para Nery Junior e Abboud (2017) em seu primeiro capítulo (o constitucionalismo e os princípios constitucionais) obra está eletrônica de título 'Direito constitucional brasileiro', os autores insurgem com a ideia de Caenegem (2009, apud NERY JUNIOR e ABBLOUD, 2017) "...é preciso ter em mente que o constitucionalismo não se trata de um modelo inventado por um grupo de juristas, mas sim o resultado de muitos séculos de ensaios e de erros." Com a presente citação Nery Junior e Abboud (2017) tentam difundir a ideia que, o fenômeno do constitucionalismo surge com a necessidade de limitar o poder do estado, ordinariamente busca limitar o poder dos monarcas e assim progressivamente, salientam também, a diferença do constitucionalismo surgido na idade média para a então concretização do constitucionalismo do século XX, e pós segunda guerra mundial, onde denota-se estarem os autores ao final falar do constitucionalismo moderno.

Nery Junior e Abboud (2017), continuam; "As Constituições do pós-guerra têm força normativa porque fundam a estrutura do poder e delimitam a funcionalidade e os limites para seu exercício, mediante tripartição de Poderes e consagração de direitos fundamentais." Falam da importância do sistema inglês do *common law*, para eles, o direito comum inglês "é o instrumento principal de elaboração das regras de tutela das liberdades que foram evoluindo desde a Idade Média até a Idade Moderna." Nota-se novamente uma abordagem dos mesmo ao constitucionalismo moderno em contrapartida ao antigo constitucionalismo nas linhas iniciais.

Em apoio as ideias de Nery Junior e Abboud (2017), é a leitura de Bulos (2012) quando este, lembra que a concepção de constitucionalismo "é muito velha", lembra que "Platão já preconizava a *ideia* de um Estado constitucional. Ao preconizar que, "lei como a garantia dos governados." Bulos (2012) explica que na época de Platão a noção de Lei não é a mesma dos dias de hoje, naquela época a lei era vista como um sentimento próprio, e cita Barker (1978, apud BULOS, 2012) seria a lei naquela época "uma *substância espiritual comum*, que, escrita ou costumeira, ficava soberanamente gravada no coração dos homens." Referia-se à lei naquela época não com uma hierarquia entre normas, mas distintas com seu valor próprio, costumes de igual forma, porem percebe-se que havia entre os cidadãos da antiguidade, sim, regras ou costumes com maior e menor valor subjetivo para o grupo social.

Bulos (2012), expressa que, a ideia de constitucionalismo não tem sua origem nos finais do século XVIII com as revoluções Francesa e Norte-Americana (aqui o constitucionalismo moderno), mas as civilizações mais antigas apresentavam a ideia

de constitucionalismo em “manifestações mais singelas, sob a forma das organizações consuetudinárias, em que os chefes das famílias ou os líderes dos clãs traçavam as normas supremas que deveriam nortear a vida em comunidade, estabelecendo a estrutura mestra, a essência, o cerne da ordenação jurídica”.

O mesmo autor explica que, o direito na antiguidade era tido como místico e irracional, juízos divinos obtidos pela água fervente, pelo fogo, o veneno, o duelo, fatores que designavam, a força divina, o julgamento divino, pela manifestação destes elementos os deuses estariam manifestando seu poder, poder sobrenatural, quais deveriam dizer quem estava com a razão (BULOS, 2012), a consequente insurgência destes elementos em face das pessoas, ou tribos, ou clãs, estariam então ditando a lei, logo constituindo um direito a favor de alguém. Afirma o autor, “Veja-se que a origem da *ideia* de constitucionalismo não se liga, de modo inexorável, ao advento de constituições escritas.” Aqui, seria percebido pelo valor atribuído a maior relevância à algumas regras e ou costumes daquela sociedade, estas teria aspiração constitucional então? Poderia ser normas ou costumes estes que protegiam o cidadão antigo contra o poder do grupo, ou do Principado?

A ideia da existência antiga do pensamento constitucionalista também é revelada nas palavras de Loewenstein (1970, apud LENZA, 2012), Loewenstein teria identificado entre o povo hebreu já o surgimento da ideia de constitucionalismo, pelo fato de, em que este povo ao estabelecer ao Estado teocrático limitações ao poder político ao assegurar aos profetas a legitimidade para fiscalizar os atos governamentais que extrapolassem os limites bíblicos.

Colaborando com Lenza (2012), segue na mesma linha Cunha Junior (2011, 33, apud LOEWNSTEIN, 1970, p. 154).

De fato, explica Loewenstein que o regime teocrático dos hebreus se caracterizou fundamentalmente a partir da ideia de que o detentor do poder, longe de ostentar um poder absoluto e arbitrário, estava *limitado* pela *lei do senhor*, que submetia igualmente os governantes e governados, radicado aí o modelo de constituição material daquele povo.

Conforme Bonavides (2006), ao se referir as constituições antigas, logo a ideia constitucionalista antigo, parafraseia este ao mencionar que, “até os fins do século XVIII preponderavam as constituições costumeiras, sendo raras as leis constitucionais escritas, isto é, as leis postas em documentos formais.”

Dogliani (1994, apud CANOTILHO, 1998), ao falar do constitucionalismo antigo, descreve como: “o conjunto de princípios escritos ou consuetudinários alicerçados da existência de direitos estamentais perante o monarca e simultaneamente limitadores do seu poder. Estes princípios ter-se-iam sedimentado num *tempo longo* – desde os fins da Idade Média até ao século XVIII.”

Perceba-se que os autores acima citados, passam a observação que, o fenômeno do constitucionalismo vem de longa data. Usar-se-á da frase de Caenegem (2009, apud NERY JUNIOR e ABOUD, 2017) para exemplificar este fenômeno, diz o autor “...é preciso ter em mente que o constitucionalismo não se trata de um modelo inventado por um grupo de juristas, mas sim o resultado de muitos séculos de ensaios e de erros.” Ou seja, na visão deste acadêmico, o constitucionalismo nasce assim como o homem *emergir* no tempo, é algo que sempre esteve intrínseco ao ser vivo, em especial ao homem, a natureza humana, como ideia, como vontade, como proteção do indivíduo (natureza). A ideia de constitucionalismo já era um espírito no homem, mas só com o tempo passara a se perceber com clareza este fenômeno, para então expor de forma escrita seus ideias de proteção contra o poder do Monarca, do Estado, do Governo (inteligência humana), com a exteriorização desta vontade pela inteligência humana posta em discurso e escrita, teremos então a descoberta nominal do constitucionalismo, iniciando-se pelo constitucionalismo moderno.

Passagem interessante que contribui com a ideia acima seria trazida por este acadêmico estão nos pensamentos de Montesquieu (2010, p. 21-22), vejamos:

Como vemos que o mundo, formado pelo movimento da matéria e carente de inteligência, segue subsistindo, é preciso que os seus movimentos tenham leis invariáveis; e, Se pudéssemos imaginar um mundo diferente deste, tá o mundo teria regras constantes ou seria destruído. Assim, a criação, que parece ser um ato arbitrário, supõe regras tão invariáveis quanto a fatalidade dos ateus. Seria absurdo dizer que o criador, sem essas regras, poderia governar o mundo, pois o mundo não subsistiria sem elas. Essas regras são uma relação estabelecida constantemente. Entre um corpo movido e outro corpo movido, segundo as relações da massa e da velocidade que todos os movimentos são adquiridos, aumentados, diminuídas, perdidos: cada diversidade é uniforme, cada mudança é constância. Os seres particulares, inteligentes, podem ter leis que eles mesmos fizeram; mas têm também leis que não fizeram. Antes de haver seres inteligentes, eles eram possíveis: tinham, pois, relações possíveis e, por conseguinte, leis possíveis. Antes de haver leis feitas, havia relações possíveis de justiça. Dizer que nada há de justo ou injusto além do que ordenam ou proíbem as leis positivas é dizer que, antes de se ter traçado um círculo, todos os raios não eram iguais. Cumpre, pois, admitir relações de equidade anteriores à lei positiva que as estabelece: como, por exemplo, que, supondo haver sociedades de homens, seria justo conformarmo-nos as suas leis; que, se tiver havido seres inteligentes que receberam algum favor de outro ser, eles deveriam ser-lhe

reconhecidos por isso; que, se um ser inteligente tivesse criado um ser inteligente, o criado deveria permanecer na dependência em que estava desde a origem; o que é um ser inteligente que fez mal há um ser inteligente merece receber o mesmo mal; e assim por diante.

E conclui o autor no seguinte parágrafo:

Mas o mundo inteligente está longe de ser tão bem governado quanto o mundo físico. Pois, embora aquele também tenha leis que, por natureza, são invariáveis, não as obedece com a Constância com o que o mundo físico obedece as suas. A razão disso é que os seres particulares inteligentes são limitados por sua natureza e, por conseguinte, estão sujeitos a erro; e, por outro lado, é de sua natureza agirem por si mesmos. Não obedecem, pois, com constância as suas leis primitivas; e nem sempre obedecem mesmo aquelas que eles mesmos impõem. (MONTESQUIEU, 2010, p. 22)

Porém ainda em Bulos (2012), “como movimento jurídico, político e cultural, o constitucionalismo só adquiriu consistência no fim do século XVIII, com o fortalecimento de certos princípios, que passaram a ser adotados pela maioria dos Estados, sob a forma de declarações de direitos e garantias fundamentais.” Surge então a era do constitucionalismo moderno, onde aquela ideia de lei e costumes de maior peso e relevância a um povo, passam a ser transcritas como princípios, agora valores começam a ser transformados em leis com grande importância ao Estado.

Para Bulos (2012), o constitucionalismo moderno, representou seria o estágio da reaproximação entre os fundamentos éticos da vida humana e o Direito, reintroduzindo as concepções de justiça e legitimidade, o constitucionalismo moderno, tinha sua maior base para o autor, ao reconhecer nos princípios a dimensão normativa que se lhes encontrava subjacente.

Para Canotilho (1998), o constitucionalismo moderno teria legitimado o aparecimento da constituição moderna, diz ele, entender “a ordenação sistemática e racional da comunidade política através de um documento escrito no qual se declara as liberdades e dos direitos e se fixam os limites do poder político”. Para o autor, poder-se-ia desdobrar o conceito acima transcrito em três dimensões fundamentais, sendo estas: - ordenação jurídica-política plasmada num documento escrito; - declaração, nessa, carta escrita, de um conjunto de direitos fundamentais e de respectivo modo de garantia; e por fim, - organização do poder político segundo esquemas tendentes a torna-lo um poder limitado e moderado.

Bulos (2012) reforça que, o constitucionalismo moderno tem seu aflorar com as constituições inglesa e francesa, primeiras normas específicas declaradas com poder constitucionais, “a ideia de fixar princípios e normas numa constituição escrita

adveio muito antes de 1787. Foi uma criação dos constituintes de onze das treze colônias norte-americanas que adquiriram independência, entre os anos de 1776 e 1780.”

Segundo o autor, o constitucionalismo moderno poderia até ser denotado nas leituras de John Locke na compreensão do individualismo e do liberalismo, mas formalmente se deu, com o advento das constituições escritas e rígidas dos Estado Unidos da América em 14 de setembro de 1787 e a da França em 03 de setembro de 1791 (BULOS, 2012).

A carta americana de 1787, como era conhecida, instituiu o federalismo, a rígida separação dos poderes e o presidencialismo, de texto curto, com sete artigos, sendo alguns com várias seções subdivididas, ao longo do tempo sofreu vinte e seis emendas, nas primeiras dez ratificadas em 15 de dezembro de 1791, surgiu a técnica do *Bill of Rights*, este conhecido desde o ano de 1689, (BULOS, 2012).

Mas anota Friedrich (1954, apud BONAVIDES, 2006), algumas das principais normas constitucionais dos Estados Unidos, que definiram peculiaridades de sua organização política não estariam escritas na constituição de 1787, nem nas emendas aprovadas posteriormente, como acima dito, como exemplo o autor cita a doutrina da revisão judicial, qual permite aos tribunais decidir da constitucionalidade dos atos realizado pelos outros poderes, como os aspectos de funcionamento dos partidos políticos, como também as normas escritas têm que ser sumamente flexíveis, porque é impossível regulamentar com absoluta precisão as eventualidades do futuro.

A outra Constituição que traz o idealismo do constitucionalismo moderno, revela-se com a constituição francesa de 1791, sendo esta primeira carta escrita da França e de toda a Europa, teve um período de dois anos para ser redigida pela Assembleia Nacional Constituinte de 1789. Diferente da Americana a Francesa manteve a Monarquia Constitucional, está com poder de sancionar projetos de lei, tendo limites aos poderes reais, com a separação dos poderes como princípio, um poder legislativo com 745 representantes do povo eleitos livremente, executivo era representado pelo rei, diferente do Americano que era eleito presidente e vice. E um poder judiciário composto por juízes integrantes do tribunal de cassação (BULOS, 2012).

Entre a simples ideia de constitucionalismo consuetudinariamente idealizado nas civilizações antigas, até o constitucionalismo moderno com a exteriorização escrita dos princípios e garantias em um documento e ou carta, chamando então as

primeiras constituições escritas, tendo também a divisão dos poderes e respectivo papel político dos mesmos, denotamos a evolução humana, percebemos diante a narrativa dos referidos autores que, a ideia do constitucionalismo, a ideia de proteger-se do poder, pode nos transportar a outros três grandes filósofos como, Thomas Hobbes, John Locke e Jean-Jacques Rousseau, quando nas respectivas obras de, *Leviatã*, *Dois Tratados Sobre o Governo*, *O Contrato Social* respectivos contratualistas e filósofos trabalham o ser humano enquanto em seu estado de natureza e a constituição do Estado e Sociedade, uma narrativa em comum a todos eles é o poder, o medo do poder.

O constitucionalismo seria esta espécie de contrato social, que constitui o Estado e delimita seu poder, organiza a sociedade politicamente, estabelece as formas que o Estado se administrará, como organizara seus poderes, poderes estes, que em verdade devem ser para proteger seu povo e não para oprimi-los, poderes que servem para pacificar a nação e a defender frente a outras, constitucionalismo que nasce com a liberdade humana, esta intrínseco ao homem, mas que em um certo momento passa a ser escrita porque o homem daquela nação, e outras nações devem guardar respeito, a desordem e os abusos começam a se manifestarem a necessidade de proteção e descredito uns aos outros eleva-se, surgindo a necessidade de transcrever em normas rígidas e palpáveis seu direitos como homem e preservação da vida digna, isto leva o ser humano de um estado de natureza de credito comum, de confiança mutua, a um estado de natureza desconfiável, de descredito no próprio homem, ao ponto de se ver escritos respectivos direitos para que sejam os mesmos cumpridos, neste raciocínio apoia-se ao pensamento de Rousseau, onde o homem nasce bom e a sociedade o corrompe.

Para clarear e aproximar-se mais o diálogo, relembrar a noção de constitucionalismo e assim avançar na ideia motriz do capítulo, é relevante abordar a significado de constituição, assim como poder constituinte, constituído e ou poder derivado, para tanto tem-se apoio inicialmente nos dizeres de Canotilho (1998), “Aparentemente, a teoria do poder constituinte, tal como foi desenvolvida pelas teorias setecentistas, estabelece uma relação lógica entre ‘criador’ e ‘criatura’, ou seja, entre poder constituinte e constituição.”

Para entender o poder constituído e constituinte, é raso usar do que, Canotilho (1998) chama de “momento de tensão” entre poder constituinte e poder constituído, onde, este seria o poder delegado, autorizado por uma constituição, esta formaria

então o poder legislativo, executivo e judiciário, poderes constituídos, caracterizado pela estabilidade e vinculação a forma, vinculados a normal fundamental, ora gerada pelo poder constituinte, este por sua vez, seria o poder incondicionado, permanente e irrepetível, seria formado pelo *povo real* concebido como uma *comunidade aberta de sujeitos constituintes*, que entre si ‘contratualizam’, ‘pactuam’ e consentem o modo de governo da cidade -, tem o poder de disposição e conformação da ordem político-social.

Pelo poder constituinte revela-se o poder constituído e ou derivado, este com poder sobre os governados, então emerge como forma de limitar o poder do constituído, o “*constitucionalismo*”, que na dicção de Bulos (2012) surge com maior visibilidade no final do século XVIII com “o objetivo de limitar o poder despótico, mediante o estabelecimento de *regimes constitucionais*”, este por sua vez, terá como “sentido de se consagrar, nas constituições, os limites do poder dos governantes, pelo reconhecimento dos postulados supremos da personalidade humana, consectários da *igualdade, da fraternidade, da legalidade, da liberdade, e da democracia.*”

A conceituação de constituição do Estado, para Cunha Junior (2011, p. 75) seria:

um conjunto de normas jurídicas supremas que estabelecem os fundamentos de organização do Estado e da Sociedade, *dispondo e regulando* a forma de Estado, a forma e sistema de governo, o seu regime político, seus objetivos fundamentais, o modo de aquisição e de exercício de poder, a composição, as competências e o funcionamento de seus órgãos, os limites de sua atualização e a responsabilidade de seus dirigentes, e fixando uma declaração de direitos e garantias fundamentais e as principais regras de convivência social.

Antes de concluir respectivo tema e dar prosseguimento a discursiva motriz, ainda em Cunha Junior (2011) trabalha o Poder Derivado e ou Constituído em suas espécies pela análise do Constituinte Brasileiro, sendo, o *poder constituinte reformador* e o *poder constituinte decorrente*, explica o primeiro como, aquele que, está destinado a alterar a Constituição, essa reforma consiste em acrescentar, modificar ou a supressão de parte do seu texto; já o poder decorrente, possui competência para elaborar ou modificar as constituições dos Estados-membros da Federação; no Brasil o poder reformador se manifesta pelos procedimentos de *Emendas à Constituição*, na forma do art. 60 da Constituição Federal; lembrando que, estes poderes são formados no Brasil pelo Congresso Nacional ou no caso da

instituição de coletividades federadas (Estados-membros) exercidos pelas Assembleias Legislativas.

Sintetizado estas primeiras linhas sobre surgimento do constitucionalismo, assim como sua ideia, qual parti da proteção contra as arbitragem do poder do soberano, do Governo, do Estado, ou do Monarca, e passado pelo raso conceito de constituição, poder constituinte, constituído e ou derivado, enfrentar-se-á a partir de agora com maior finco o que em partes já se pode ser percebido, entendido pela doutrina o fenômeno de constitucionalismo contemporâneo e suas imbricações.

Prima facie viu-se que o constitucionalismo é sinônimo de história de defesa e proteção de direitos do povo, do ser humano, face ao Estado, quem em outras palavras com lutas e conquistas contra o absolutismo, contra uma elite mantenedora do poder, assim por lutas, revoluções e conquistas com o tempo devolvem o poder ao seu verdadeiro dono por origem e soberania, o povo. O constitucionalismo é este fenômeno que conduz a guinada ideológica e material dos direitos e garantias fundamentais da proteção à vida humana e suas liberdades contra o monarca ou estado absolutista.

A sociedade transforma-se, ao mesmo tempo que as liberdades, direitos e garantias ganham espaço como tutoras de direitos do homem em face ao poder, estas mesmas garantias e direitos se deparam a novos conceitos ideológicos e de liberdade, pelas chamadas Constituições Programáticas, onde outrora eram reconhecidas apenas como cartas políticas pelo viés positivista, então começam a ser questionados. Aliás no mundo do saber científico, tudo é, e deve ser questionado, para seu aprimoramento; a ciências, tecnologias, informação, filosofia, biologia, economia local e mundial, a globalização, isto tudo, somando-se ao pós-guerra (segunda guerra mundial a partir de meados do século XX) ganham formas diante a célere transformações, logo requerendo dos textos constitucionais novas interpretações, aprimoramentos, aperfeiçoamentos, dicção dos estudos em Canotilho (1998).

Novos tempos, até mesmo impulsionados pela concretização, materialização do pós-guerra, uma maior liberdade dos direitos respectivamente impulsionam o capitalismo, desejo do homem em brincar de criador, isto começa a causar uma nova abordagem no mundo, influenciando diretamente na vida humana e novamente nos direitos, garantias e liberdades, não só em esfera territorial de uma nação, mas com reflexo globalizado, a relação entre países e respectivas civilizações são tão próximas

que a própria legislação e interpretes deparam-se com novos contextos sociais, culturais, econômicos e ambientais, (CANOTILHO, 1998).

Diante estas mudanças e aproximação de relações entre nações, bate na porta do poder soberano outra realidade, novas demandas de inúmeros aspectos, requerendo do ente público e da sociedade civil maior proteção jurídica e ao mesmo tempo outras formas de garantias e liberdades e proteção destas. Para Leal (2007) uma das origens deste novo constitucionalismo, deve-se ao fato da queda dos regimes totalitaristas de países como a Espanha, e Alemanha com o regime nazista, e na Itália com o regime fascista, a mesma cita Böckenförde (1991, apud LEAL, 2007) qual idealiza que, possa ter sido o “fiasco” provocado pelo positivismo Nazista, como a busca de novos fundamentos para a também nova República (*Bundesrepublik*), associada a uma busca pelo fundamento dos próprios direitos fundamentais com respostas em um retorno à teoria material (*Wertdenken*) e por conseguinte a retomada sob nova perspectiva dos aspectos valorativos que marcaram as discussões acerca da República de Weimar.

Barroso (2011) corroborando com a autora, ratifica ser um dos inícios deste novo constitucionalismo o pós-guerra, especialmente na Alemanha e na Itália, e sendo mais visível no Brasil com o processo de redemocratização insurgido pela Constituição de 1988. Continua o autor, que, com a reconstitucionalização da Europa, imediatamente após a Segunda Grande Guerra e ao longo da segunda metade do século XX, redefine o lugar da constituição e a influência do direito constitucional sobre as instituições contemporâneas.

Tem-se na Europa um dos principais marcos do desenvolvimento do novo direito constitucional, a Lei Fundamental de Bonn (Constituição Alemã) promulgada em 1949, e então a aparição do Tribunal Constitucional Federal em 1951, a partir daí tem-se início a uma fecunda produção teórica e jurisprudencial. Outro seguinte marco histórico para este fenômeno seria a Constituição Italiana em 1947, e a instalação da Corte Constitucional Italiana em 1956. Ao passo que galopou-se este prisma reformulador para as décadas de 70 com a redemocratização e a reconstitucionalização de Portugal em 1976, e da Espanha em 1978, respectivos acontecimentos agregaram valores e volume aos debates sobre o novo constitucionalismo, reconhecido pela força normativa às normas constitucionais, rompendo com a antiga percepção da constituição apenas como livro político,

passando então a subordinar o parlamento e a administração pública a suas normas (BARROSO, 2011).

Nas palavras de Canotilho (1998) ao tratar da “modas” do direito constitucional, quando enobrece os julgadores e suas decisões, ao mencionar ser o novo direito constitucional e suas modas, entre estas a viragem *jurisprudencial*. Diz o autor, o direito constitucional novo, seria entre tantas coisas, também aquilo que o juízes dizem o que é. Em linhas abaixo trará passagem rápida do receio de alguns outros autores sobre este fenômeno.

O Constitucionalismo Contemporâneo é um conjunto de características que tiveram mudanças paradigmáticas, entre estas, tem-se a *hermenêutica* (forma de interpretação do direito). Entre tantas teorias e debates quanto ao tema, tem-se o longo diálogo, de mais, de quarenta anos entre o positivismo de Hart e a principiologia de Dworkin. Leitura didática se tem em Froehlich (2018) sobre o debate dos eminentes pensadores do direito. Respectiva mudança paradigmática sobre a forma de interpretar o direito, poderia ter inicializado, além de outros teóricos, a partir deste debate, uma vez que inúmeros teóricos do constitucionalismo contemporâneo e do (Neo)constitucionalismo beberam da fonte Dworkiniana, contrariando as teorias positivistas na aplicação de regras em casos fáceis e discricionabilidade judicial para casos difíceis, diferenciando tal teoria insurge Dworkin, para então afastar estas em *easy-hard cases* pela aplicação dos princípios, estes devendo serem aplicados ao caso em concreto de forma a observar as melhores justificativas moral, como vistas a integridade do sistema jurídico, ou seja, de acordo com um conjunto de princípios e padrões de moralidade, equidade e razoabilidade que, historicamente sustenta o sistema, Froehlich (2018).

Pela aplicação dos princípios como nova forma de interpretar e aplicar a legislação, importará uma das características do constitucionalismo contemporâneo, por isto, poder-se-á ter-se a partir do debate entre Hart e Dworkin umas das inúmeras fáceis do impulso evolutivos do fenômeno chamado constitucionalismo contemporâneo para alguns doutrinadores, e (neo)constitucionalismo para outras correntes filosóficas do direito.

O pós-guerra traz novos enredos sociais e econômicos diante aos acontecimentos, exigindo do governo mudanças, alterações nos textos constitucionais, respectivas mudanças formam o que Bulos (2012) chamara de “*totalitarismo constitucional*” desencadeado pelas chamadas normas programáticas,

que impulsionam as constituições dirigentes na dicção de Canotilho (1998), quando ganham seguidores, como Lenza (2012) na aplicação da expressão totalitarismo constitucional, cunhada na normatização das normas constitucionais diretamente sobre o ordenamento, e atos administrativo, até que de forma quase exacerbada pelo aplicado do direito e interpretes.

Para Bulos (2012), o constitucionalismo contemporâneo tem um de seus inícios nas ideias pós-positivista propostas na etapa do constitucionalismo moderno (2ª metade do século XX), e concretizadas agora, diz este autor, trata-se da fase “Principiológica do Direito”, cita mudanças como: “desprestígio da lei”, que acabam causando problemas segundo ele exemplifica ao conceituar como a *inflação legislativa* (excesso de leis em vigor), *desconstitucionalização* (transferência de temas constitucionais para a órbita legislativa), *deslegisficação* (seria o poder legislativo excluindo a lei da ordem jurídica por clausulas revogatórias, outras legislações que revogam as anteriores), e por final a *desregulamentação* (exclusão da matéria constitucional).

Assim os textos constitucionais deixaram de impor relações coativas de convivência e passaram a consagrar princípios socioeconômicos, vertidos em normas dependentes de regulamentação legislativa, no intuito de celebrarem compromissos e promessas genéricas, difíceis de serem realizadas na prática (concretizadas). (BULOS, 2012, p. 77)

Corroborando com a ideia de Bulos (2012), quanto a principiologia pós-positivista, tem-se na obra de Froehlich (2018) esclarecimento onde o próprio Hart e mais um conjunto de autores positivistas, nunca teriam negado os princípios, ou melhor, o direito comportaria princípios, ou seja, este pós-positivismo poderia sim ser a exteriorização principiologica e talvez também assim como Dworkin, outra das fontes do nascimento da característica hermenêutica do constitucionalismo contemporâneo.

Rememorando parágrafo acima quanto da citação de autores receosos ao novo fenômeno constitucional, em especial a sua forma de aplicação, dizer-se ia “normatização do texto constitucional”. Talvez seria a interpretações equivocada à doutrina de celebre nome como J. J. Gomes Canotilho (1998), quando o mesmo trabalha com pontos referentes a discricionariedade do julgador, quando este faz uso da norma constitucional para aplicar aos casos, o autor menciona a citação de Charles Evans Hughes (1862 – 1948) juiz da Suprema Corte dos Estados Unidos em 1910 –

1916³, disse ele: “*a Constituição é o que os juízes dizem*”, Hughes (1908, apud CANOTILHO, 1998. p. 22).

Como dito, Bulos (2012) diverge da corrente formada por Dworkin (qual buscam aproximar direito, moral e política, para justificar a base de uma nova hermenêutica constitucional), aquele aparenta receio e certa indignação ao papel do legislador constitucional para este novo fenômeno, quando refere-se a nova Hermenêutica, diante a discricionariedade do julgador. Aqui ponto interessante deve-se abordar! Trata-se dos comentários de Lenio L. Streck (2014), quanto a diferença terminológica das palavras (neo)constitucionalismo e constitucionalismo contemporâneo, o reflexo terminológico assim está para Streck (2014) na primeira (NEO) sendo pelo “excesso jurisprudencial da valoração e suas derivações axiológicas, temperadas por elementos provenientes da valoração alexyana, [...] teoria da argumentação de Robert Alexy (que cunhou o procedimento da ponderação como instrumento pretensamente racionalizador da decisão judicial) e do ativismo judicial norte-americano” que formaria o então (Neo)constitucionalismo, percebe-se que, talvez este receio de Bulos (2012), não seja ao constitucionalismo contemporâneo, mas sim ao (Neo)constitucionalismo. Aqui observa-se a visão entre Alexy qual entende os princípios como norma, e a corrente Dworkiniana dos princípios como resolução de lacunas quando da aplicação das regras jurídicas.

Streck (2014) traz a diferenciação entre uma e outra terminologia, para então ao final explicar que, o constitucionalismo contemporâneo é o fruto bom, e o (Neo)constitucionalismo trata-se do fruto menos bom, o autor sobrepesa uma das características do (neo)constitucionalismo ser a “*ponderação*”, para ele respectiva característica não tem espaço no constitucionalismo contemporâneo, fundamenta ele que, o poder de discricionariedade do juiz deve ser limitada em contraste com o sistema de garantias constitucionais, e não além destas, o julgador deve se resguardar, limitar usos excessivos de ponderação de princípios de forma desmedida, pois se assim agir estaria legislando unipessoalmente atitude antidemocrática.

Deste modo, afastei-me do neoconstitucionalismo, porque ele aposta em elementos não democráticos, como a ponderação e a discricionariedade judicial. [...] Na perspectiva do Constitucionalismo Contemporâneo que defendo em *Verdade e Consenso* – portanto, para além das diferentes formas de positivismo -, a juridicidade não se dá nem “subsuntivamente”, nem

³ https://pt.wikiquote.org/wiki/Charles_Evans_Hughes

dedutivamente. Ela se dá na *applicatio*, em que interpretar e aplicar não são atos possíveis de cisão. Isso implica afirmar – e superar – a distinção entre casos fáceis e casos difíceis. (STRECK, 2014, p. 37)

Deixando para traz respectiva provocação terminológica de Streck (2014), e olhando novamente sobre um plano geral do fenômeno em tela, tem-se no Brasil a pessoa do Ministro do (STF) – Supremo Tribunal Federal - Luís Roberto Barroso - um dos principais apoiadores deste novo fenômeno chamado constitucionalismo contemporâneo, define respectivo sob “*três marcos fundamentais*” segundo ele: *histórico, filosófico, e teórico*. Para Barroso (2012) ao exteriorizar estes marcos, estariam contidas as ideias e as mudanças de paradigmas que mobilizam a doutrina e a jurisprudência, criando uma nova perspectiva da constituição e de seu papel na interpretação jurídica geral.

Barroso (2012), quanto ao marco *histórico* do novo direito constitucional com a evolução iniciada na Europa continental pós-guerra, em especial países como Alemanha e Itália. E aproxima o respectivo fenômeno no Brasil com a elaboração da atual Constituição de 1988, diante ao processo de redemocratização provocado por esta, segundo ele, a atual constituição estaria assegurando ao país estabilidade institucional, mesmo em momentos de crise aguda, cita Pablo Lucas Verdú (2004) com a expressão “*sentimento constitucional*”, que a partir destes movimentos e desta nova leitura dos textos constitucionais e as garantias implícitas e explícitas nesta, estaríamos diante de um sentimento constitucional pelo povo.

Continua Barroso (2012), agora em seu marco *filosófico*, enobrece a corrente filosófica do direito pós-positivista, quando esta reconhece na dimensões do Direito, da Moral e da Política a influência mutua da aplicação do direito, e não apenas quando da sua elaboração, a inclusão de valores nas interpretações jurídicas, com reconhecimento de normatividade aos princípios e de sua diferença qualitativa em relação as regras; a reabilitação da razão prática e da argumentação jurídica; a formação de uma nova hermenêutica; e o desenvolvimento de uma nova teoria dos direitos fundamentais edificada sobre a dignidade da pessoa humana; uma reaproximação entre direito e ética segundo ele.

Ao final o Ministro da suprema corte Brasileira, explica o terceiro e último marco para ele, sendo o *teórico*, aponta a mudança de três paradigmas, um o *reconhecimento da normatividade dos preceitos constitucionais*, tendo aplicabilidade direta e imediata passando a fazer parte das fundamentações e postulados jurídicos;

segunda mudança de paradigma, quase decorrer diretamente do primeiro, qual seja, *expansão da jurisdição constitucional*, respectivo fenômeno se materializa com a proliferação nos países com regime Democráticos a criação de tribunais constitucionais, no Brasil segundo o Ministro, a uma pequena diferença, acredita-se que, o ministro aponta para esta direção, uma vez que no Estado Brasileiro não se tem uma corte constitucional, mas um órgão de ultima instancia recursal dentro do poder judiciário (STF) qual encarrega-se da proteção a Constituição Federal; Barroso (2012), volta-se a este segunda mudança de paradigma, e explica que no Brasil, a materialização da jurisdição constitucional ocorrer com a possibilidade das proposituras de ações constitucionais diretas em face de um longo elenco de órgãos e entidades, o que permitiu fossem levadas ao Supremo Tribunal Federal questões de debates políticos, sociais e moral contemporâneo.

E conclui sua teorização com a terceira mudança de paradigma, com a *nova interpretação constitucional*, referindo-se no âmbito da hermenêutica jurídica, atingindo premissa tradicionais relativas ao papel da norma, dos fatos e do interprete, bem como foram elaboradas ou reformuladas categorias como a normatividade dos princípios, as colisões de normas constitucionais, ponderações como técnicas de decisão e a argumentação jurídica.

Corroborando com os estudos do Ministro Barroso (2012), é a obra de Mônia Clarissa Hennig Leal (2007), respectiva autora menciona como a *jurisdição constitucional aberta* surgido pelos eventos nefastos causados pela II Guerra Mundial, em especial causadas pelos regimes nazistas (Alemanha) e fascistas (Itália), iniciam-se neste respectivos países movimentos no sentido de resgate e de fortalecimento da noção de democracia e da própria noção de direitos humanos, elementos que passaram a ocupar nestes países destaque nas respectivas constituições, associados a máxima da dignidade humana. E são neste países que se tem as primeiras jurisdições constitucionais mais atuantes na Europa, respectivo empoderamento social, econômico, ou seja, modelo programático das constituições pós II Guerra Mundial, ganham força em inúmeros países, em especial que possuíam regimes políticos Democráticos.

Leal (2007), exterioriza que esta mudança de ideias constitucionais, onde toma por base a principiologia Constitucional como a nova ordem jurídica, diante a qualificação material dos direitos fundamentais, como normas objetivas, isto faz com os direitos fundamentais tenham efeitos em todo o domínio do Direito. E é neste

sentido que a autora atribui as respectivas constituições uma natureza aberta, pois torna-se carente de concretização, uma forma de “totalitarismo constitucional”⁴, isto demanda uma atividade criativa por parte dos Tribunais, de natureza notadamente hermenêutica e dependente de decisões que definam a extensão de cada um destes direitos, especialmente quando em conflito com outros direitos também fundamentais, e continua a autora sobre a nova perspectiva das novas constituições e a interpretação destas.

[...] a constituição passa, por conseguinte, a ser entendida não mais como mero instrumento de garantia contra o poder do absoluto do Estado (como o foi no período liberal clássico), ou como simples mecanismo de direção política (noção predominante do constitucionalismo social), mas sim como expressão máxima dos valores eleitos pela comunidade que adota, isto é, como materialização do contrato social de uma ordem democrática, caracterizadora do modelo de Estado Democrático de Direito. (LEAL, 2007, p. 54)

Diante a pesquisa acima, arrisca-se expor pensamentos deste estudante diante aos estudos que percorreu até, e trazer como análise, ou melhor uma visão pessoal do que então foi pesquisado e observou-se que, o surgimento do fenômeno conhecido como constitucionalismo e suas etapas até o constitucionalismo contemporâneo, insculpida no desejo de poder pelo ser humano, traços que podem estar descritos no DNA humano (observação pessoal deste acadêmico em diálogo com a pesquisa e observação pessoal), assim diante a luta pela vida, pela liberdade, intrínseco a natureza do homem, seu antecessor primata já o possuíam quando de suas lutas contra as forças naturais para sobreviver, em face ao poder de seus predadores e do próprio grupo. O homem sapiens e a filosofia emergem, surgem as primeiras civilizações, a palavra falada e escrita surge, respectivo sentimento começa a se exteriorizar, os costumes ficam fortes entre a sociedade, surgindo as primeiras constituições consuetudinárias.

Agrupam-se pessoas, forma-se comunidades, estas sob a liderança daqueles que no uso da palavra dizendo serem manifesto do poder divino outorgado por Deus aos mesmos ou no uso da força física, o fazem com o finco de governar e exercer poder sobre a massa de seus semelhantes (humanos). A má gestão de recursos iriam fazer o povo lutar contra o poder opressor, poder que lhes torturavam, matavam,

⁴ Nomenclatura usada por Bulos (2012, p.77), para referir a normas constitucionais de ordem por uma constituição programática.

pouco-a-pouco frente as necessidades físicas, biológicas e moral; insurgem novamente outras revoluções, objetivadas a busca pela sobrevivência, direitos e garantias que lhes melhorassem a vida. O abuso do poder sobre a maioria dos homens era muito, e os mesmos passam a não mais acreditar apenas na palavra do opressor ou do absolutista rei, monarca, Estado e Gestor, passam a requerer seus direitos de forma posta, escrita, dar-se-á início ao legalismo, o modelo do constitucionalismo moderno dos finais do século XVIII em diante.

Mas a espécie humana é um animal incompreensível, pois caracterizado de desejos, ambições, falta de limites, com inteligência ilimitada, multicultural, em desenvolvimento constante, a busca incansável pela perfeição, leva o homem a armadilha e regredir aos primeiros passos da humanidade. Mas diante de tantas características positivas e negativas, e o fato da espécie humana não conseguir controlar o poder, este insculpido em seu DNA, assim como o sentido de proteger-se, respectivo poder transforma-se em uma patologia, forçando a maioria dos homens lutarem contra os abusos, a segunda grande guerra mundial impulsionada pelos regimes totalitários como, Fascismo e Nazismo, inicia-se uma nova visão humana, após a grande guerra mundial, surgem entre a espécie humanas novos pensadores, dando uma visão diferentes do sentido à vida, poder-se-ia dizer, que há uma transformação no DNA de alguns da espécie, ou apenas a descoberta da realidade?

Isto porque a forma de pensar e querer praticar o bem, trazem para o livro constitucional os valores humanos de proteção à vida, à moral, introduzindo com isto na carta política não só limitações de poder, mas também normas de cunho práticos e programáticos, surgem as transformações normativas aos livros constitucionais na forma de normas programáticas quais impõe aos entes do poder para que cumpram benefícios à coletividade e indivíduos, normas com peso valorativo de função normativa exteriorizadas e implícitos nas constituições através de princípios, não só isto, a descrença na palavra dos governantes na aplicação e cumprimento da legislação escrita, como outrora ocorrerá, impulsionados talvez por este medo do descumprimento pelo dono do poder, requerem o surgimento de órgãos de poder especiais que teriam o papel de julgar e aplicar a lei constitucional, surgem os Tribunais Constitucionais, Cortes Constitucionais, a jurisdições constitucional que se irradiam em todas esferas.

Estes tribunais e cortes iniciam constantes interpretações, julgados filosóficos e fundamentados, a doutrina da mesma forma alavanca pensamentos filosóficos com

outra visão dos textos constitucionais, onde levam em consideração não só a lei, mas está sob o prisma constitucional, este agora carregado de valor histórico, moral, político, social, económico, tecnológico, filosófico e por final protetor das futuras gerações, com seu maior escudo proteger a vida humana ter-se-á o surgimento do Constitucionalismo contemporâneo, fenômeno este que une a parte material e formal da constituição com outra interpretativa, dando luz aos princípios constitucionais como ferramentas hermenêuticas ao direito.

Certamente que não irá encerrar se aqui, a espécie humana é incompreensível, e como tal sempre trará algo novo, e sempre carregara em seu DNA a patologia do Poder desmedido, assim como a força de luta em proteção a vida e direitos, fatores que caracterizam o fenômeno chamado de constitucionalismo, nem que seja epistemologicamente ou terminologicamente conhecido posteriormente por outro nome, mas ainda assim, estará também no DNA do homem, assim como o Bem e o Mal se fazem presente nas atitudes humanas. A breve síntese deu-se para entender a evolução do respectivo fenômeno classificado pela doutrina como constitucionalismo, entendendo ao sentir do estudo que, este fenômeno esteja no agir humano, estando intrínseco a existência humana em relação ao poder.

Para embasar o diálogo acima realizado com a pesquisa, e então dar um olhar científico ao diálogo, tem-se na obra intitulada de “*Como a mente funciona*” de autoria de Steven Pinker, este busca responde perguntas como, “O que possibilita a inteligência?” e “O que possibilita a consciência?” (PINKER, 1998, p.71), para o autor a inteligência provém da informação.

Não, a inteligência não provem de um tipo especial de espírito, matéria ou energia, mas de um produto diferente, a *informação*.[...] A informação, em si, não é nada de especial; ela é encontrada onde quer que causas produzam efeitos.(PINKER, 1998, p.77)

No ideal de Pinker, segue intensamente quanto a conceituação de inteligência racional, o autor cita como exemplo a máquina hipotética de Alan Turing (PINKER, 1998, p.79), e ao final conclui pelo exemplo que:

O que isto significa? Significa que, na medida em que o mundo obedece a equações matemáticas que podem ser resolvidas passo a passo, é possível construir uma máquina que simule o mundo e faça previsões sobre ele. Na medida em que o pensamento racional corresponda às regras da lógica, pode-se construir uma máquina que execute pensamentos racionais. Na medida em que uma língua pode ser apreendida por um conjunto de regras

gramaticais, pode-se construir uma máquina que produza sentenças gramaticais. Na medida em que o pensamento consiste em aplicar *qualquer* conjunto de regra bem especificadas, pode-se construir uma máquina que, em certo sentido pense.

Veja que o autor busca demonstrar que nossa mente humana adquire comportamentos que nós segue por gerações. Percebe-se também que nossa mente humana nós direciona a construirmos comportamentos.

Mas não é só, a duas teorias que se observa segundo Charles Darwin (1809-1882), teoria da seleção natural, por esta "os organismos mais bem adaptados ao meio têm maiores chances de sobrevivência do que os menos adaptados, deixando um número maior de descendentes. Os organismos mais bem adaptados são, portanto, selecionados para aquele ambiente." FOLADORI (2000)

Outra teoria baseada na teoria de Darwin, chamada de Teoria sintética da evolução ou Neodarwinismo, a mais importante contribuição individual da Genética, extraída dos trabalhos de Mendel, substituiu o conceito antigo de herança através da mistura de sangue pelo conceito de herança através de partículas: os genes. FOLADORI (2000)

Neodarwinismo é a teoria evolutiva atualmente aceita por toda a comunidade científica FOLADORI (2000). Pode se constatar que, a criança herda traços hereditários do comportamento dos pais, comportamentos estes construídos e mutáveis, ou seja, em constantes transformações, logo o filho que herda agressividade do pai, pode durante sua maturidade e conforme os fatores ambientais e sociais mudar seu comportamento e respectivamente passar à seus filhos um comportamento diverso, pois o caráter humano além da herança genética também é construído com observação ao ambiente em que vive, vejamos o que nos diz o professor Marco M. Calegari, Mestre em Neurociências:

Se afirmamos que um traço é 50% herdado, isto tem que ser entendido como afirmar que metade da variância naquele traço está ligado à hereditariedade. Herdabilidade é um modo de explicar as diferenças entre as pessoas. No entanto, isso significa que a influência dos genes em um determinado traço será elevada se a herdabilidade também for alta. É evidente que a quantificação da influência dos genes em um dado traço não implica no "determinismo genético". Biologia não é destino, e os recentes estudos em genética comportamental na verdade confirmam a importância dos fatores ambientais.

Na realidade, o percentual de herdabilidade não é algo fixo, estático. O conceito só adquire seu significado se partirmos do pressuposto de que os fatores ambientais ocorrem de modo mais ou menos homogêneo em uma dada população. Na medida em que existe uma influência atípica de algum

fator, o meio passa a ser mais responsável, em termos relativos, pelas diferenças observadas entre os sujeitos (CALEGARO, 2001, <.cerebromente.org.br>)

O professor Marco M. Calegare menciona estudos estatísticos que demonstram a influência da genética hereditária quanto ao comportamento, para facilitar transcrevemos:

Em um estudo feito na Dinamarca, um país onde as adoções e também os registros criminais são feitos meticulosamente, todos os meninos adotados em Copenhague em 1953 foram acompanhados (Mednick e Christiansen, 1977). Descobriu-se com base nos registros criminais dos pais (biológicos e adotivos) e dos filhos quando adultos que somente cerca de 11-12% destes cometia crimes se o pai biológico, doador de 50% dos genes, nunca houvesse cometido um crime. Isso tanto para crianças adotadas por pais adotivos criminosos ou não. Ou seja, não houve diferença significativa na criminalidade pela influência de ser criado por um pai adotivo criminoso. Mas a complexidade das interações gene-ambiente se evidenciam quando observamos o restante dos dados obtidos neste estudo. Se a criança adotada tinha um pai biológico criminoso, e portanto tinha alta chance de apresentar genes relacionados à modulação deste comportamento, quase o dobro apresentava criminalidade (cerca de 22%). O pai natural não tinha contato com a criança desde os seis meses de idade. No entanto, talvez como resultado de fatores epigenéticos os filhos de pais criminosos adotados por pais também criminosos tinham uma incidência de 36% de crime- o que mostra uma influência reforçadora do meio nesse aspecto particular, mas em interação com os genes. (CALEGARO, 2001, <.cerebromente.org.br>)

Com estes transcritos pode-se contribuir com o diálogo entre a pesquisa e a análise do acadêmico e tornar respectiva análise pessoal dos estudos científica e não só valorativa pessoal do que se foi pesquisado.

Transcrito respectivas linhas, segue abaixo as pesquisas quanto aos direitos fundamentais, estes como trunfos na proteção dos direitos e garantias fundamentais dos homens, o uso dos princípios para proteger-se da força e do poder do Estado, este representado pelo governo e pela maioria.

2.2 Os direitos fundamentais enquanto trunfos no constitucionalismo contemporâneo

A palavra “trunfos” relacionada a direitos fundamentais, aqui abordado, é uma aposta colhida na leitura da obra de Jorge Reis Novais, que idealizou sua relação com o Direito a partir da leitura em Dworkin. Segundo Novais (2006, p. 7) cerca de trinta anos atrás o termo “trunfos” foi inicialmente proposto por Ronald Dworkin, quando o

fez uso do termo para transmitir a ideia dos *direitos como trunfos*, assim Novais(2006) reproduz Dworkin (1977, apud NOVAIS, 2006, p. 17).

[...] ter um direito fundamental, em Estado de Direito, equivale a ter um trunfo num jogo de cartas. A carta de trunfo prevalece sobre as outras, mesmo sobre as de valor fácil mais elevado; a força da qualidade do trunfo, que lhe é reconhecida segundo as regras do jogo, bate a força do número, da quantidade, das cartas dos outros naipes.

Novais (2006) realiza uma reflexão as ideias de Dworkin (1997) da com um exemplo, onde, os direitos fundamentais são posições jurídicas individuais (direitos individuais), este Estado é por vez um “jogador”, logo o indivíduo fazendo uso de seus direitos fundamentais contra o Estado estaria usando respectivos direitos como cartas trunfo a serem usadas contra o Estado quando necessário em sua defesa as arbitrariedades e excesso de poder.

É nesta ideia que tentar-se-á aproximar o presente dialogo, e o que seriam os direitos fundamentais? E como exteriorizaram no mundo jurídico? Importante ressaltar que, a etimologia quanto a expressão “direitos fundamentais” é senão uma das inúmeras terminologias usadas pela doutrina, quando em cenários diversos e por outros autores pode possuir outras expressões terminológicas, mas com mesmo sentido, como bem assevera Gorczewski (2016) quando aponta outras terminologias para os mesmos direitos em espécie, como: ‘direitos humanos’, ‘direitos naturais’, ‘direitos morais’, ‘direitos fundamentais’, ‘direitos públicos subjetivos’, ‘liberdades públicas’.

Na mesma linha diante a inúmera dissensão da doutrina à terminologia a ser empregada à categoria destes direitos específicos, Paroski (2008) acentua que, não vê como um problema a doutrina usar tantas outras terminologias para apontar quais seriam os direitos insculpidos como de significativa importância ao homem, para o autor é preferível que haja mais de uma expressão para defini-los, pois para ele cada expressão diversa guardaria características próprias, tornando aplicável ora uma, ora outra, de acordo com o contexto em que forem tratados.

Observação importante quanto a terminologias é a de Canotilho (1998) separando a expressão *direitos do homem*, como direitos universais, próprios do homem intrínsecos ao ser humano, de caráter inviolável e intemporal, e por *direitos fundamentais* sendo direitos objetivamente vigentes numa ordem jurídica concreta

garantidos e limitados de forma “*espacio-temporalmente*”, ou seja, em um determinado Estado e em determinado período.

Porem nesta pesquisa usar-se-ão as expressão “direitos fundamentais”, haja vistas que, não se tem consenso e inúmeros são as terminologias usadas para os direitos tratados como de significada importância à vida humana. Antes de conceituar direitos fundamentais e tão logo adentrar no cerne da importância destes direitos, e então direcionar sua importância ao tema dissertativo; será importante observar pela doutrina algumas das primeiras aparições, ou origens dos mesmos e de como exteriorizaram-se, para assim entender sua importância jurídica e humanista.

Ponto importante a ser trazido, é a observação que faz Paroski (2008) ao mencionar que, a história dos direitos fundamentais se confundem com a própria história do constitucionalismo, quando sai de um Estado monárquico absolutista para uma monarquia constitucional e alcançando um sistema republicano e passando pelo Estado liberal, em seguida o Estado moderno e chegando ao Estado contemporâneo, ou seja, de um estado de abuso e limitação, a um estado de direitos e liberdades protegidas pelo constitucionalismo por meio de princípios fundamentais.

Na intenção de entender como surge os direitos fundamentais, e sua exteriorização no mundo jurídico, ou melhor como poderia ter surgido a ideia de proteção da vida humana e garantias para esta em um plano jurídico intrínseco e extrínseco? É importante citar Sarlet (2009, p. 37-38).

Ainda que consagrada a concepção que não foi na antiguidade que surgiram os primeiros direitos fundamentais, não menos verdadeiro é a constatação de que o mundo antigo, por meio da religião e da filosofia, legou-nos algumas das idéias-chave que, posteriormente, vieram a influenciar diretamente o pensamento jusnaturalista e a sua concepção de que o ser humano, pelo simples fato de existir, é titular de alguns direitos naturais e inalienáveis, de tal sorte que esta fase costuma também ser denominada, consoante já ressaltado, de “pré-história” dos direitos fundamentais.

Dito isto, insurge Comparato (2003) qual traz a ideia central ao estudo dos direitos fundamentais, pela defesa do direito à dignidade humana contra a violência, ou alvitramento, ou a exploração e a miséria. Salientando o autor, que, a resposta estaria na proteção da vida humana, e que tudo giraria entorno do homem, sua posição no mundo, sugere o autor respectiva ideia também por uma pergunta: “*Mas em que consiste, afinal, a dignidade humana?*”.

Note que, a pergunta do autor é condizente com o idealismo de Canotilho (1998), este busca justificar da mesma forma, que estaria no radical subjetivo da

palavra a característica de um direito como fundamental (material), o direito para ser fundamental deve pressupor a ideia-princípio da dignidade da pessoa humana, nota-se à corroboração dos estudiosos junto a ideia proposta por Comparato (2003) implícita na pergunta do mesmo.

Comparato (2003) tem como resposta à sua pergunta: que estaria dada sucessivamente nos campos da religião, da filosofia e da ciência, no campo religioso surge com a crença em um só Deus (fé monoteísta), então com o surgimento da Bíblia, com a ideia da criação do mundo por um Deus único e transcendente, onde criou-se o homem para exercer poder sobre as outras criaturas da terra, estaria ali um dos indicativo de proteção da vida humana, e talvez um dos primeiros ideias ao surgimento dos direitos fundamentais (valorização da vida humana, homem como centro de tudo) por ser a espécie de maior valor para Deus, logo a vida humana, ou dignidade da vida humana estaria explanada na ideia da importância do homem para Deus fato a delegação de poderes deste ao homem sobre as demais espécies sobre a terra.

Posteriormente segundo o autor, estaria sob as vozes de poetas e filósofos que trazem as ideias religiosas ao mundo racional, com a pergunta, “Quem é o homem?”, demonstrando que o ser enquanto racional começa a importar-se consigo mesmo, assim como fato de estudar a si mesmo e o comportamento em sociedade ao se perguntar quem é o homem, estar-se-ia o homem à demonstrar a importância com a existência da vida humana, com o próprio homem (COMPARATO, 2003).

Continua (COMPARATO, 2003), que, então surge sucessivamente a contribuição da ciência à descoberta da dignidade humana, com os estudos da evolução dos seres vivos, pela primeira explicação científica de Charles Darwin (explicações darwinianas) “vai aos poucos abrindo caminho no mundo científico a convicção de que não é por acaso que o ser humano representa o ápice de toda cadeia evolutiva das espécies vivas. A própria dinâmica da evolução vital se organiza em função do homem.” Ou seja, a vida humana, existência humana deve ser mantida, deve ser preservada, respeitada.

Através de um apanhado entorno da existência do mundo, este voltado ao homem segundo à citações Bíblicas, poéticas, assim como passagens por dissertações de filósofos antigos, junta-se as contribuições da ciência da época, aponta Comparato (2003) em seus estudos, os direitos fundamentais iniciam sua caminhada no período Axial, aponta como início o século VIII a.C., onde deram-se os desdobramentos dos princípios e ideias do homem como centro de tudo. Foi neste

período “que se enunciaram os grandes princípios e se estabeleceram as diretrizes fundamentais de vida, em vigor até hoje.” Assim tenta justificar o autor um dos principais pontos ou fontes do surgimento dos direitos tidos como fundamentais a dignidade da vida humana.

Alguns estudiosos da doutrina moderna, também observam o que outrora pensavam os primórdios estudiosos, colocando a vida humana como base, a proteção aos ser humano como ponto de referência para identificar direitos tidos como fundamentais, assim é a dicção de Ferrajoli (2007, p. 75-87 apud CADEMARTORI 2012, p. 711-715) cita ele três critérios que identificam as características para um direito ser visto como fundamental.

O primeiro critério a ser mencionado é o nexa entre os direitos humanos e a paz,” [...] segundo critério a ser mencionado, de suma importância para a análise dos direitos das minorias, é o nexa entre direitos humano-fundamentais e igualdade. [...] Por fim, o terceiro critério abordado por Ferrajoli (2007, p. 82-87) é o papel dos direitos fundamentais como garantia dos direitos do mais fraco.

Cademartori (2012) cita Ferrajoli (2007) demonstrando apoio intrínseco um ao outro, quando a forma que os mesmos abordam a classificação em escolha do que seriam os direitos fundamentais, pode-se concluir inicialmente que, os direitos fundamentais estariam caracterizados como, toda a proteção à vida digna humana e futuras gerações, podendo incluir assim direitos relacionados ao meio ambiente, sociais, econômicos, políticos.

Mas atento à historicidade, Sampaio (2004, apud Paroski, 2008) indica documentos jurídicos da antiguidade quais poderiam ser reconhecidos como indícios à ocorrência de direitos fundamentais, sendo a Carta de Ciro, da Pérsia, de 570 a.C., cita o autor, “*reconhecendo direitos de propriedade e de liberdade, segurança, bem como alguns direitos econômicos e sociais*”, e entende-se ao citar a publicação da Lei das Doze Tábuas, de 450 a.C.

Bonavides (2006) fazendo uso de Carl Schmitt (1954) onde este autor estabelece dois critérios para caracterizar direitos fundamentais, quando, primeiro todos os direitos ou garantias nomeados e especificados no instrumento constitucional, e o segundo critério seria os direitos que recebem da Constituição um grau mais elevado de garantias ou de segurança; ou são *imutáveis (unabänderliche)* ou pelo menos de mudança *dificultada (erschwert)*, direitos unicamente alteráveis

mediante lei de emenda à Constituição, segundo Schmitt (1954, apud BONAVIDES, 2006).

Percebe-se novamente a corroboração ao discurso que coloca o homem no centro e respectivamente os interesse de proteger a vida digna do mesmo, que então ligar-se-ia a direitos a propriedade, liberdade, segurança, economia e social, todos direitos correlatos a proteger direitos e garantias de uma vida melhor ao homem e com mais dignidade.

Mas não são todos os autores que pensam desta forma, Dimoulis (2008) pensa diverso dos autores acima, para este não se tem fundamentos históricos suficientes para apontar que possa haver indícios do surgimento de direitos fundamentais nas civilizações antigas, e que só pode-se reconhecer a existência ou surgimento da ideia de direitos fundamentais a partir de três elementos, cita ele sendo: Estado, Indivíduo e Texto Normativo regulador de relação em testado em indivíduos. Para o elemento (Estado), e aqui referindo-se ao Estado moderno, o Estado desenhado por Thomas Hobbes em o “Leviatã”, pois para Dimoulis (2008) sem a existência do Estado não a se falar em direitos fundamentais, uma vez que carece de relevância prática, pois não poderiam ser garantidos e cumpridos e perderiam sua função precípua, qual seja, a de limitar o poder do Estado em face do indivíduo.

Transparece ser no segundo elemento (Indivíduo), que Dimoulis (2008) irá demonstrar sua contrariedade ao possível surgimento da ideia dos direitos fundamentais terem a origem nas civilizações antigas, pois nas sociedades do passado as pessoas eram consideradas membros de grandes ou pequenos coletivos (família, clã, Aldeia, feudo, reino), sendo subordinadas a paz coletivos e privadas de direitos próprios. E só a partir do Estado moderno com o surgimento das constituições modernas, consoante com imperativos da organização social capitalista, que fizeram a opção aposta, considerando o indivíduo enquanto "ter moral, independente, autônomo e, essencialmente não social". Por esta concepção capitalista que se possibilitou o reconhecimento de direitos individuais como: Liberdade, igualdade, propriedade. E conclui o autor, "O indivíduo pode fazer valer esses direitos tanto perante o estado como perante a sociedade, já que a constituição garante sua autonomia enquanto sujeito de direito".

Quanto ao terceiro elemento exposto por Dimoulis (2008, p. 26), qual seja, “Texto normativo e regulador da relação entre estado e indivíduo”, citar-se-á na íntegra uma vez que sua descrição possui conteúdo exemplificativo e conclusivo.

O Papel de regulador entre os dois elementos Supra descritos (Estado e Indivíduo) é desempenhado pela constituição no sentido formal, que declara e garante determinados direitos fundamentais, permitindo ao indivíduo conhecer sua esfera de atuação livre de interferência estatais e, ao mesmo tempo, vincular o Estado a determinadas regras que impeçam cerceamentos injustificados das esferas garantidas da Liberdade individual. O texto deve ter validade em todo território nacional encerrar supremacia, isto é, força vinculante superior àquela das demais normas jurídicas. (Anotamos)

A partir da visão sobre os três elementos, Grimm (1994, apud DIMOULIS, 2008) constata a existência destes reunidos somente na segunda metade do século XVIII período que para o autor tem-se primeiros traços do regime capitalista, como historicamente também é neste período e possivelmente dever-se-ia ao regime capitalista.

Expõe então Dimoulis (2008) que foi encontrado dos dois lados do Oceano Atlântico os primeiros textos com Declarações de Direitos que possuíam conteúdo que caracterizariam os direitos fundamentais, e os aponta como sendo (A declaração da independência das 13 ex-colônias da Inglaterra na América do Norte, proclamada no Estado de Virgínia, em 12 de junho de 1776, uma “Declaração de Direitos - ‘Bill of Rights’”, tinha um em seu texto direitos como a liberdade, autonomia e a proteção da vida do indivíduo, a igualdade, a propriedade e a livre atividade econômica, a liberdade de religião e de imprensa, a proteção contra a repressão penal. Ainda nas 13 ex-colônias, aparece no Estado da Filadélfia no ano de 1787 ainda não compreendida como Declaração de direitos a primeira Constituição Federal, mas que na data de 15 de dezembro de 1791 com a ratificação das dez primeiras emendas à Constituição Federal, proclamaram se direitos tais como a liberdade de religião, a livre manifestação do pensamento, a segurança, a proteção contra acusações penais infundadas e penas arbitrárias e a propriedade individual.)

E como segunda aparição de relevância, surge a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão redigida na França em 26 de agosto de 1789 e a adotada definitivamente em 2 de outubro de 1789, tratava-se de um texto semelhante as declarações norte-americanas, redigida nesta declaração encontrava-se o reconhecimento da Liberdade, da Igualdade, da propriedade, da segurança e da Resistência à opressão, da liberdade de religião e do pensamento, garantias contra a repressão penal.

Percebeu-se existência de doutrina que diz haver inicialmente a ideia de direitos fundamentais, uma necessidade primaria de ser pensado sobre os mesmos

com sua exteriorização posteriormente forma junto as declarações por alguns povos e nações, mas como isto se deu? Este estudo não tem força e nem espaço para historicizar todos os documentos que deram origem aos direitos fundamentais, assim se restringir-se-á aos mais importantes, trazendo os inclusos pela doutrina conforme a narrativa da evolução em gerações ou dimensões dos direitos fundamentais, salienta-se que ambas as terminologias referem-se ao mesmo objeto, porém tem doutrina que ora usa uma, ora usa outra, mas para os mesmos fins. Neste estudo usar-se-á a terminologia gerações.

Os direitos fundamentais começam ser exteriorizados de forma progressiva, com aparições em documentos, como Declarações, Constituições. Respectiva ordem sucessiva, assim como seu reconhecimento ocorrem em etapas, denominadas pela doutrina de gerações, que tenham evoluído então em primeira, segunda, terceira e quarta gerações, conforme sua evolução imagina-se aqui uma espécie de escada, onde um degrau depende do outro sucessivamente, logo um não exclui a existência útil do outro vice versa, assim é o que pode se extrair de Paroski (2008) e respectivamente de Bonavides (2006), quando os mesmos reportam as gerações, “[...] criando categorias de gerações, como se a atual substituísse a anterior sem o aproveitamento já alcançado, quando isso não é verdade, pois o que se verifica é o acréscimo ou ampliação dos direitos fundamentais.” e “Os direitos fundamentais passaram na ordem institucional a manifestar-se em três gerações sucessivas, que traduzem sem dúvida um processo cumulativo e qualitativo [...]”.

Um dos marcos históricos para os direitos fundamentais é senão o discurso de Maximilien de Robespierre em 5 de dezembro de 1790, sobre a organização das guardas nacionais, assim detalha Lisboa (2013, p. 123)

Em 28.10.1789, Mirabeau disse à Assembleia Nacional Francesa sobre a importância que a solidariedade tinha como moral entre a fé pública e privada. Robespierre não foi, assim, o precursor da adoção da fraternidade como valor, mas sustentou, em discurso sobre a organização as guardas nacionais, de 5 de dezembro de 1790, que os valores da sociedade francesa deveriam ser: a liberdade, a igualdade e a fraternidade. Ademais, ele repetiu a tríade do juramento dos Deputados, proferida em conformidade com a Constituição, em 4 de julho do mesmo ano. Seu mérito, o de conferir ao valor da fraternidade um conteúdo patriótico e de cidadania, não pode ser olvidado.

Na primeira geração estariam compreendidos “[...] os direitos da liberdade, os primeiros a constarem do instrumento normativo constitucional, a saber, os direitos

civis e políticos, que em grande parte correspondem, por um prisma histórico, àquela fase inaugural do constitucionalismo do Ocidente.” diz (BONAVIDES, 2000).

Sarlet (2009), trazem os pensamentos liberais burgueses do século XVIII, buscam suas bases nas doutrinas jus naturalistas e iluministas de autores como Hobbes, Locke, Rousseau e Kant. Ideias cunhadas na individualidade, direitos tidos como “negativos” para o Estado, seriam direitos de liberdade, direitos dos indivíduos contra o Estado, seriam direitos como: à vida, à liberdade, à propriedade e à igualdade perante a lei. Também haviam os direitos tidos como políticos, estes entendidos ao direito de voto, capacidade eleitoral passiva, igualdade de todos perante a lei, garantais processuais, como devido processo legal, habeas corpus, direito de petição.

Gorczewski (2016) refere-se aos direitos de primeira geração como aqueles em um primeiro momento entendidos como direitos inerentes à individualidade, atributos naturais do homem, por tanto inalienáveis e imprescritíveis. Continua o autor. “Trata-se de uma oposição à ação do Estado que tem a obrigação de abster-se de atos que possam representar a violação de tais direitos.”

Já os direitos da segunda geração, Sarlet (2009) passam a ter aplicação material diverso dos de primeira geração com uma postura mais formal, aqui, tem-se os reflexos do impacto da industrialização que gerou graves crises sociais e econômicas acompanhadas pela doutrina social, e junto a constatação de que as garantias então formal da liberdade e igualdade da primeira geração não tiveram real aplicação, faltou efetividade, isto leva a movimentos reivindicatórios e o reconhecimento progressivo de direitos no decorrer do século XIX, agora tidos como direitos “positivos” pelo Estado, devendo este agir em benefício do cidadão, agora devendo agir para manter e dar direito de liberdade ao cidadão. Como diz o autor, “Direitos fundamentais, Que embrionária isoladamente já haviam sido contemplados nas constituições francesas de 1793 e 1848, na Constituição Brasileira de 1824 e na Constituição alemã de 1849 (não chegou a entrar efetivamente em vigor)”.

Continua Sarlet (2009) direitos de segunda geração tidos como: direitos a prestações sociais estatais, como assistência social, saúde, educação, trabalho, direito a associação a sindicatos de classes, direito a greve, direitos dos trabalhadores como férias, repouso semanal remunerado, garantia de um salário mínimo, limitação da jornada de trabalho, etc. diz o autor que, respectivos direitos revelaram “uma transição das liberdades formais abstratas para as liberdades matérias concretas, utilizando-se a formulação preferida na doutrina francesa.” Sendo no século XX nas

constituições da segunda pós-guerra que se tem a ampliação e consagração destes novos direitos fundamentais, assim como objetos de diversos pactos internacionais, como pode se ver temos o início da força e reconhecimento dos direitos fundamentais a nível global na segunda geração, isto possa dever-se aos acontecimentos e reflexos da segunda guerra mundial e as consequências da industrialização.

Paroski (2008, p. 115) ao explicar da necessidade que levou ao surgimento progressivo à segunda geração dos direitos fundamentais, insurge da seguinte forma.

A liberdade e a igualdade formal não foram suficientes para garantir o processo econômico, social e individual. Era necessário assegurar igualdade real de oportunidades de acesso a bens e valores fundamentais, visando à melhoria das condições de vida das pessoas e contribuindo para a construção de uma sociedade mais justa. Neste contexto surgiram os direitos fundamentais de segunda geração.

Bonavides (2006) exterioriza os direitos fundamentais de segunda geração como “direitos inicialmente objeto de uma formulação especulativa em esferas filosóficas e políticas de acentuado cunho ideológico”, pois tinham razões ideológicas marxistas e também de maneira clássica afirmavam-se no constitucionalismo da socialdemocracia de Weimar, e dominaram por inteiro as constituições do segundo pós-guerra. Salienta o autor que, respectivos direitos existem agora nas constituições com status programáticos de aplicação imediata, não só os direitos de liberdade, mas agora também os direitos sociais devem ser aplicados diretamente sem a necessidade de nova legislação. Por isto temos hoje as desenfreados em demasia ajuizamento de ações face ao Estado para que cumpram obrigações sociais. Estar-se-imos a reportar a um estado de igualdade.

Tidos como direitos fundamentais de terceira geração a “fraternidade” ou “solidariedade”, Bonavides (2006) transmite a ideia quanto a denominação aos direitos da terceira geração, que para Vasak (1979) seria “fraternidade” e contrariando este, teria a expressão usada por Mbaya⁵ “solidariedade”.

Bonavides (2006) ressalta que, “Emergiram eles da reflexão sobre temas referentes ao desenvolvimento, à paz, ao meio ambiente, à comunicação e ao patrimônio comum da humanidade.” Ainda insurge o autor que respectivos direitos

⁵ *Menschenrechte im nord-Sued Verhaeltnis* – trata-se de um manuscrito enviado à Bonavides pelo autor, onde constavam a respectiva denominação, assim como a ideia de ‘direito ao desenvolvimento’ qual teria sido o tema de uma aula inaugural nos cursos do Instituto Internacional dos Direitos do Homem, em 1972, ministrada por Mbaya.

fundamentais de fraternidade surgem no final do século XX enquanto direitos que não se destinavam especificamente a proteger interesses de um indivíduo, de um grupo ou de um determinado Estado, mas sim como destinatário o gênero humano, uma vez que neste período estaria se no auge, “momento expressivo de sua afirmação como valor supremo em termos de existencialidade concreta.”

Identificam-se cinco direitos de fraternidade conforme teoria de Vasak (1979, apud BONAVIDES, 2006), o direito ao desenvolvimentos; o direito a paz; o direito ao meio ambiente; o direito de propriedade sobre o patrimônio comum da humanidade e o direito de comunicação.

Em linhas abaixo para uma melhor compreensão e síntese da historicidade e evolução quanto as gerações dos direitos fundamentais como apanhado em linhas acima, segue como dito uma síntese, porem com apanhado entre a primeira até a quinta geração, por ser um fiel pesquisado na área dos direitos humanos e fundamentais Gorczewski (2016), foi usado como base nos estudos das gerações dos direitos fundamentais, assim passamos o que se encontrou.

Na primeira geração de direitos surgiu pelo ideal jusnaturalista, do racionalismo iluminista, do contratualismo e do liberalismo ao longo dos séculos XVIII e XIX. Baseando-se no princípio da liberdade, direitos naturais do homem, inalienáveis e imprescritíveis, sendo direitos de defesa do cidadão frente ao Estado (lema revolucionário francês: igualdade, liberdade, fraternidade), por meio das batalhas e reivindicações sociais entre a burguesia e o Estado absolutista. (GORCZEWSKI, 2016).

Respectiva geração conferiu aos cidadãos direitos tidos como de caráter negativos, ou seja, deve o estado abster-se, a primeira geração impõe uma limitação ao poder público em benefício dos cidadãos, em respeito ao direito à vida, a nacionalidade, à liberdade de movimento, liberdade religiosa, liberdade política, liberdade de opinião, de asilo, proibição de tortura ou tratamento cruel, desumano ou degradante, à proibição da escravidão, ao direito de propriedade, à inviolabilidade de domicílio, entre outros. (GORCZEWSKI, 2016).

Os direitos de segunda geração surgiram na segunda metade do século XIX e vieram a dominaram o século XX, de caráter social, com grande atenção aos direitos econômicos, sociais e culturais, a saúde, educação, habitação, trabalho, previdência, entre outros, sendo vinculado ao princípio da igualdade, devendo tais direitos adquiridos serem amparados com o auxílio e dever do Estado propiciar tais condições.

Enquanto os direitos de primeira geração preconizam certa omissão do Estado, e conferem a titularidade individual aos cidadãos, os direitos de na segunda geração exigem ações positivas e a necessária participação do Estado para que corresponda ao caráter coletivo destes direitos adquiridos. (GORCZEVSKI, 2016), tem-se na segunda geração de direito fundamentais os direitos tidos como de caráter positivos.

No século XX, com o fim da Segunda Guerra Mundial, com a divisão entre nações permeando o mundo, ao despertar a consciência destes países, há o surgimento deste novo grupo de direitos denominados de terceira geração, caracterizado por uma índole universal, vindo a incidir a toda população mundial, o diferenciando dos outros modelos já existentes. (GORCZEVSKI, 2016).

A referida terceira geração, se dá na égide do princípio da Fraternidade preconizada na Revolução Francesa, sendo como destinatários principalmente o gênero humano de um mundo pós guerra em destruição, permeando e trazendo à tona os direitos inerentes ao meio ambiente, a informação, a paz, o desenvolvimento, entre outros, caracterizados direitos difusos, exigindo que a titularidade dos direitos seja solidária e universal a todos os homens. (GORCZEVSKI, 2016).

Anota-se que há grande mudança face aos direitos das gerações anteriores, eis que o Estado passa a ser reconhecido com devida capacidade de garantir equilíbrio econômico-social a população, sendo exigido do mesmo atuação e realização de novos direitos em voltados ao coletivo social. (GORCZEVSKI, 2016).

Os direitos de quarta geração iniciaram-se no final do século XX, com o advento da tecnologia face a globalização mundial, científico, evolução cultural, referentes a pesquisa biológica, permitindo manipulações genéticas em cada indivíduo e espécies, sendo tais direitos aqueles que se referem à biotecnologia, bioética e à engenharia genética, que tratam das questões éticas relativas a vida humana (início, ao desenvolvimento, à conservação e ao fim), como também as consequências das mesmas no âmbito jurídico, que integram a reprodução humana, aborto, eutanásia, cirurgias intrauterinas, transplantes de órgãos, clonagem, criação de células-tronco entre outros. (GORCZEVSKI, 2016).

A Quinta Geração inicia-se com o final do século XX e o início século XXI, a sociedade começou a passar por modificações e desenvolvimentos das redes de computadores, ingressando fortemente com o comércio eletrônico, a inteligência artificial, virtual bem como a globalização tecnológica pela internet, passando-se assim da sociedade industrial para a sociedade da informação, sendo denominados

de direitos de quinta geração, ou também direitos da era digital. O avanço tecnológico massificou a informação possibilitando o surgimento de relações as quais que fugiram do controle do Estado e da sociedade, não havendo grande regulamentação para esta realidade denominada direitos de quinta geração. (GORCZEWSKI, 2016).

Transcorrido síntese das gerações de direitos fundamentais, e trabalhado os mesmos, caber-se-ia conceituar, nas palavras de Canotilho (1994, p.151).

"a parcela da ordem jurídica que rege o próprio Estado, enquanto comunidade e enquanto poder. É o conjunto de normas (disposições e princípios) que recordam o contexto jurídico correspondente à comunidade política como um todo e aí situam os indivíduos e os grupos uns em face dos outros e frente ao Estado-poder e que, ao mesmo tempo, definem a titularidade do poder, os modos de formação e manifestação da vontade política, os órgãos de que esta carece e os actos em que se concretiza".

Dentre a matéria de competência legislativa do Estado, os direitos fundamentais, referem-se necessariamente aos direitos que são reconhecidos pelas leis e princípios quais foram assim outorgados e protegidos por meio da Constituição Federal de cada Estado. (SARLET, 206).

Já as finalidades dos direitos fundamentais, é de cumprir a defesa de direitos dos cidadãos sob a perspectiva de constituir, objetivamente, normas para os poderes públicos, proibindo as ingerências destes em esfera jurídica individual, de forma a implicar juridicamente o exercício dos direitos fundamentais e exigir omissões dos poderes públicos, evitando agressões e lesões por parte do mesmo. (CANOTILHO, 1993), e ainda indo além, poderíamos dizer que, sua finalidade é fazer com que Estado sirva o titular do poder que é o povo a nação, enquanto positivados em respectiva constituições daquele Estado, porem se reconhecidos por acordos e instrumentos internacionais, sua abrangência é maior, diria se que, de servir o homem como titular do poder.

Pode-se dizer que os direitos fundamentais têm como sua principal finalidade manter os pressupostos elementares dos seres humanos em uma vida na liberdade e na dignidade da pessoa humana. (BONAVIDES, 2009).

Os direitos fundamentais organizam a forma de Estado e seus poderes por meio da Constituição Federal, assim consagrando os direitos a serem exercidos pelos indivíduos, principalmente contra eventuais ilegalidades e arbitrariedades do próprio Estado, havendo a plena positivação de direitos, os quais a população poderá exigir o cumprimento perante o Poder Judiciário, havendo ai a democracia, sendo indispensável o aparato judicial para a concretização da democracia no sentido de

consagrar o respeito à dignidade humana, garantir a limitação de poder e visar o pleno desenvolvimento da personalidade humana. (MORAES, 2002).

2.3 Os contornos do Estado Democrático de Direito na Constituição Brasileira

Inicialmente tem-se no conceito de democracia⁶ como ficou conhecido, sendo a experiência de autogoverno dos cidadãos atenienses durante o período de Péricles, no século V a C, embora já fosse usado antes. A palavra democracia é formada por dois vocábulos gregos que, juntos, implicam uma concepção singular de relações entre governados e governantes: “*demos*” significa povo ou muitos, enquanto “*kracia*” quer dizer governo ou autoridade;

Como é sabido, a democracia⁷ tem sua origem na Grécia Antiga ao sistema de governo foi desenvolvido em Atenas, em 510 a. C, a partir das reformas implementadas por Clístenes que governou esta cidade Estado⁸

As reformas políticas adotadas por Clístenes visavam a resolver graves conflitos sociais decorrentes da estratificação social em Atenas, já que os aristocratas detinham o poder político e econômico sobre comerciantes, artesãos, camponeses e escravos (PINTO, s/d). Foi a partir desta ideia então que ao longo da história, e ao decorrer dos séculos, se aprimorou e se estabilizou o tema de que todos os cidadãos tem o mesmo direito perante as leis. No Brasil não foi diferente. Após toda a trajetória da historicidade Brasileira e sua forma política governamental advinda da era Brasil Colônia, escravidão, República Velha, ditadura militar, por fim a Assembleia Nacional Constituinte tendo esta última como ponto de partida.

E então neste diapasão que se é possível visualizar o ideal de que o poder emana do povo! E a nossa Constituição de 1988 deixar claro junto ao dispositivo legal primeiro, tem-se:

Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

⁶ Conceito: DEMOCRACIA. Aristóteles como Platão observaram, a ideia de uma forma de governo exercido por muitos; Disponível em: http://nupps.usp.br/downloads/relatorio/Anexo_02_Democracia-verbete.pdf Acesso em: outubro 2019

⁷ DEMOCRACIA GREGA. Experiências que originam as bases democráticas. Disponível em: <https://incrivelhistoria.com.br/democracia-grega-caracteristicas/> Acesso em outubro 2019

⁸ A DEMOCRACIA NA GRECIA ANTIGA. A palavra democracia surgiu há 2.500 anos da Grécia Antiga. Disponível em: <https://www.recantodasletras.com.br/artigos-de-educacao/4784668> Acesso em: outubro 2019

I - a soberania;
 II - a cidadania;
 III - a dignidade da pessoa humana;
 IV - os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa;
 V - o pluralismo político.

Parágrafo único. Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição. (BRASIL, 1988)

Observando assim, a República Federativa do Brasil, tem sua essência, a realidade da força do seu povo, pois a partir deste é que se manifesta a grandeza da nação, democracia que dizer poder.

O ideal de democracia na atualidade, no Brasil, conforme estudo de Celso Fernandes Campilongo, pode ser conceituada como técnica rápida de tomada de decisões coletivas que maximiza a liberdade individual e assegura a ampla e igual participação política dos cidadãos, aproximando governantes e governados por meio de uma prática social de legitimação eventual, finita no espaço e no tempo, que sujeita as decisões à contínua revisão e mantém a sociedade unida.

A regra da maioria, no entanto, conforme restará demonstrado, não esgota todo o conceito do que é democracia. (ARAUJO, 2009)

Para Paulo Bonavides democracia

[...] é aquela forma de exercício da função governativa em que a vontade soberana do povo decide, direta ou indiretamente, todas as questões do governo, de tal sorte que o povo seja sempre o titular e o objeto, a saber, o sujeito ativo e o sujeito passivo de todo poder legítimo (BONAVIDES, 1993, p. 13)

Canotilho (1998) apresenta diversas teorias da democracia, sendo possível citar: a *teoria democrático-pluralista*, segundo essa teoria, “o processo de formação da vontade democrática está em grupos definidos através da frequência das interações sociais”. A *teoria elitista da democracia*, por sua vez, parte do conceito de democracia desenvolvido por Schumpeter - a democracia apenas como método de obter o apoio do povo pela concorrência, uma forma de domínio [...] (ARAUJO, 2009)

A democracia para a *teoria do ordoliberalismo* é um método que não assenta fundamentalmente na soberania do povo, mas se alicerça na ordem econômica e social-liberal [...] (ARAUJO, 2009). Dentre as teorias normativas da democracia, Canotilho (1998) aponta a teoria liberal, a teoria republicana, a democracia deliberativa, a democracia discursiva e a democracia corporatista.

Com base ao estudo conceitual acima compreender o que o artigo 1º da Constituição da República Federal do Brasil de 1988 aduz, como dito anteriormente, assim sendo, segundo os ensinamentos de Souza Neto (2006), o núcleo da teoria democrática é condensado pelo princípio da soberania popular (ou princípio democrático), reconhecido expressamente na Constituição Federal de 1988 através da fórmula: “todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente”.

De acordo com os ensinamentos de Souza Neto (2006), o princípio da soberania popular implica compreender a democracia como forma de Estado (“todo poder emana do povo”) e de governo (“que o exerce...”), de modo que tanto a organização do poder, quanto seu exercício efetivo devem ser conduzidos à vontade popular.

É neste interim então que se visualiza o efetivo ideal que traz o princípio, bem como abordado as técnicas participativas a citar: plebiscito, referendo e iniciativa popular, aos quais a seguir trabalhar-se-á. Inicialmente, mister conotar a normatização jurídica ao qual referidos institutos estão elencados. Assim sendo, o artigo 14 da Constituição Federal/1988, traz,

Art. 14. A soberania popular será exercida pelo sufrágio universal e pelo voto direto e secreto, com valor igual para todos, e, nos termos da lei, mediante:
I - plebiscito; Lei nº 9709, de 18.11.1998, que regulamenta a execução do disposto nos incisos I, II e III do art. 14 da Constituição Federal.
II - referendo; Lei nº 9709, de 18.11.1998, que regulamenta a execução do disposto nos incisos I, II e III do art. 14 da Constituição Federal.
III - iniciativa popular. Ver arts. 27, § 4º, 29, XIII e 61, § 2º da CF.

Podendo assim visualizar que ao disposto dos incisos I e II há, uma norma regulamentar instituída como Lei nº 9.709, de 18 de novembro de 1998 que regulamenta a execução do disposto nos incisos I, II e III do art. 14 da Constituição Federal. Veja:

Art. 1º A soberania popular é exercida por sufrágio universal e pelo voto direto e secreto, com valor igual para todos, nos termos desta Lei e das normas constitucionais pertinentes, mediante:
I – plebiscito;
II – referendo;
III – iniciativa popular.
Art. 2º Plebiscito e referendo são consultas formuladas ao povo para que delibere sobre matéria de acentuada relevância, de natureza constitucional, legislativa ou administrativa.

§ 1º O plebiscito é convocado com anterioridade a ato legislativo ou administrativo, cabendo ao povo, pelo voto, aprovar ou denegar o que lhe tenha sido submetido.

§ 2º O referendo é convocado com posterioridade a ato legislativo ou administrativo, cumprindo ao povo a respectiva ratificação ou rejeição.

E quanto ao inciso III, o instituto da iniciativa popular, está disposto também aos artigos 27, § 4º, 29, XIII e 61, § 2º da CF, veja:

Art. 27 {...}

§ 4º A lei disporá sobre a iniciativa popular no processo legislativo estadual.

Art. 29 {...}

XIII - iniciativa popular de projetos de lei de interesse específico do Município, da cidade ou de bairros, através de manifestação de, pelo menos, cinco por cento do eleitorado;

Art. 61 {...}

§ 2º A iniciativa popular pode ser exercida pela apresentação à Câmara dos Deputados de projeto de lei subscrito por, no mínimo, um por cento do eleitorado nacional, distribuído pelo menos por cinco Estados, com não menos de três décimos por cento dos eleitores de cada um deles.

A partir deste momento então trabalhar-se-á cada instituto trazendo doutrinares para contextualizar e conceituar estes. Primeiramente quanto a instituto do plebiscito, ao qual sobre sua origem é sabido que Plebiscito vem da conjunção de *plebs e scitum* ("decreto"). A consulta popular resulta num decreto popular⁹. Para Canotilho (1998), "Plebiscito é, na sua expressão mais neutra, a pronúncia popular incidente sobre escolhas ou decisões políticas [...]"

Para, BULOS o "plebiscito é uma consulta popular a todos os eleitores sobre um ou mais assuntos que antecede o processo de elaboração de determinada lei". Sgarbi (1999), explica que o plebiscito é "um instituto conjugado de democracia", o que significa que a decisão é partilhada entre os representantes e os representados[...].

Assim, o plebiscito visa a decidir previamente uma questão política ou institucional, antes de sua formulação legislativa [...]. (ARAUJO, 2015) Logo, o plebiscito, é a convocação dos eleitores do país a aprovar ou rejeitar questões relevantes antes da existência de lei ou do ato administrativo "que tem por objeto medidas políticas, matéria constitucional, modificação ou conservação das formas políticas". (BONAVIDES, 2010)

⁹ Na Idade Média, uma versão especificava que o plebiscito referia-se a algo que o "povo sabe", em latim: plebs scit. Disponível em: <http://palavraseorigens.blogspot.com/2013/06/o-plebiscito-e-plebe.html> Acesso em: outubro 2019

Pinto Ferreira (1993), ensina que, “o plebiscito é a decisão do povo sobre um ato do Executivo”. Para Cretella Junior (1989) em seus Comentários à Constituição Brasileira de 1988, conceitua: “Em nossos dias, plebiscito é a consulta ao povo para que este, mediante pronunciamento, manifeste livremente sua opinião sobre assunto de interesse relevante”

O plebiscito, segundo Constituição Federal de 1988, deve ser, exclusivamente, convocado pelo Congresso Nacional, visto que é uma consulta prévia, com anterioridade a ato legislativo ou administrativo, formulada ao povo para que delibere sobre matéria de acentuada relevância, de natureza constitucional, legislativa ou administrativa. (LOBÃO, 2014)

Assim, segundo site do (2017, www.tse.jus.br), as consultas já feitas ao povo, estão elencadas da seguinte forma,

| ANO | PLEBISCITO | LINK |
|------------|---|---|
| 1993 | Em 21 de abril de 1993, foi realizado plebiscito que demandava escolher monarquia ou república e parlamentarismo ou presidencialismo. Essa consulta consolidou a forma e o sistema de governo atuais. | http://www.tse.jus.br/eleicoes/plebiscitos-e-referendos/plebiscito-1993/plebiscito-de-1993 |
| 2011 | As consultas feitas no Estado do Pará tratam da possibilidade de desmembramento dessa unidade federativa e da criação de mais dois estados nessa região – Carajás e Tapajós | http://www.tse.jus.br/eleicoes/plebiscitos-e-referendos/plebiscito-do-estado-do-para/plebiscitos-no-estado-do-para |
| 2016 | Concomitante à realização das eleições municipais de 2016, a Justiça Eleitoral realizará consultas | http://www.tse.jus.br/eleicoes/plebiscitos-e-referendos/plebiscito-2016/plebiscitos-2016 |

| | | |
|------|---|---|
| | plebiscitárias. Os tribunais regionais eleitorais são responsáveis por baixar instruções para a realização desses plebiscitos nos municípios da sua circunscrição. | |
| 2018 | Concomitante à realização das eleições gerais de 2018, a Justiça Eleitoral realizará consultas plebiscitárias. Os tribunais regionais eleitorais são responsáveis por baixar instruções para a realização desses plebiscitos nos municípios e estados de sua circunscrição. | http://www.tse.jus.br/eleicoes/plebiscitos-e-referendos/plebiscitos-2018/plebiscitos-2018 |

Por fim o plebiscito, sob um olhar geral é possível verificar que este instituto é uma expressão popular legítima, juridicamente não gera efeitos, e sua obrigatoriedade não é firme, porém de fato, é um meio civilizado e legítimo de expressão da cidadania. Bem como se é possível visualizar no decorrer da história brasileira, no quadro acima, a trajetória do plebiscito, e manifestações legítima do poder do povo em exercício da cidadania. A partir deste momento então abordar-se-á sobre o segundo instituto, a citar: referendo.

Primeiramente, é sabido que “*Referendo*” vem do Latim *referendum*, do verbo *referre*, “levar de volta”, “outra vez, de volta”, mais *ferre*, “portar, levar”. Um “referendo”, assim, é uma lei que deve ser levada de volta ao povo, para consulta. (NEVES, 2014)

Sgarbi (1999), esse instituto tem origem na expressão “*ad referendum*” que indica a ideia de ratificação e sugere a existência de “uma norma que instituição representativa propõe, e um povo soberano, que dispõe”

E em segundo momento plebiscito e referendo não se confundem, a distinção fundamental é que o referendo é realizado após o projeto de lei em questão ter sido elaborado e aprovado no Congresso. Assim, o teor exato da matéria já foi definido

pelos parlamentares. Tudo que a população pode fazer é aprovar ou rejeitar tal projeto. (BLUME, 2016)

Na obra de Bonavides (2006, apud Dias, 2014, p. 74), Dias faz uma citação indireta que tem uma simplicidade explicativa que vale citar para compreender as quatro modalidades traçadas por Bonavides (2006),

Bonavides apresenta quatro modalidades mais frequentes do instituto. A primeira se refere à matéria ou objeto do referendo, podendo ser constituinte, se tratar de lei constitucional ou legislativo, se referir a leis ordinárias. A segunda modalidade abrange os efeitos do referendo, que será constitutivo, quando a norma jurídica passar a existir (no caso de ratificação dos cidadãos) ou ab-rogativo, se a lei deixar de existir (em caso de rejeição pela população). Nesse sentido, Alexandre de Moraes explica que o referendo possui condição suspensiva, quando a norma é ratificada pelos indivíduos, ou condição resolutiva, quando o povo retira sua eficácia, rejeitando-a. A terceira modalidade do referendo relaciona-se com a sua natureza jurídica, sendo obrigatório, quando a Constituição exige que a lei elaborada pelo parlamento seja aprovada pela população ou facultativo, quando determinados membros do poder ou os eleitores podem requer a consulta popular. Para Alexandre Navarro Garcia o referendo facultativo é muito parecido com o mecanismo do veto popular, onde os cidadãos, dentro de um período de tempo, podem opor-se a uma lei. Por fim, a última modalidade do referendo, diz respeito ao tempo, sendo anterior ou posterior a lei. (DIAS, 2014, p. 74)

O autor, ainda trabalha o Idea de que para Bonavides (2006), a utilização do referendo é importante por uma série de fatores, mas, principalmente, para permitir que o povo deixe de ser passivo em relação às questões políticas e possa controlar os atos dos seus representantes.

Ferreira (1993) refere-se à três modalidades de referendos, sendo *referendum constituinte*, qual ocorrer com à reforma da constituição, revisão ou emenda desta; também o *referendum legislativo*, qual busca às leis ordinárias. Segue o mesmo autor, *referendum obrigatório ou facultativo*, em um primeiro caso trata-se da consulta popular qual é exigida necessariamente pelas disposições constitucionais ou, caso segundo, estado em subordinação à livre disposição de uma autoridade, ou a dependente de uma petição formulada por um certo número de eleitores; e por fim o *referendum consultivo*, quando o povo é previamente solicitado para exprimir a sua manifestação popular sobre a lei já votada pelo Parlamento.

Com esta ideologia de que o poder emana do povo e que tem a capacidade de através de seu poder governar o País, elegendo com fidelidade e confiança os seus representantes, é que possível torna-se visualizar abaixo as duas oportunidades aos quais o povo se deparou com o instituto do referendo.

Segundo site do (www.tse.jus.br), as consultas já feitas ao povo, estão elencadas da seguinte forma:

| ANO | REFERENDO | LINK |
|------------|---|---|
| 1963 | Em 6 de janeiro de 1963, foi realizado referendo que definiria os rumos políticos da nossa história. A consulta foi sobre a continuação ou não do parlamentarismo no país. O povo rejeitou esse sistema de governo e optou pelo presidencialismo. | http://www.tse.jus.br/eleicoes/plebiscitos-e-referendos/referendo-1963/referendo-de-1963 |
| 2005 | No dia 23 de outubro de 2005, o povo brasileiro foi consultado sobre a proibição do comércio de armas de fogo e munições no país. | http://www.tse.jus.br/eleicoes/plebiscitos-e-referendos/referendo-2005/referendo-2005-1 |

Assim é possível perceber que, referidos institutos, trata-se de vislumbrar a utilização dos mecanismos de participação cidadã como uma forma de diminuir o desgaste do sistema representativo, sem a pretensão de extingui-lo, mas sim, de complementá-lo. (DIAS, 2014, p.75)

E por fim, o terceiro instituto, “iniciativa popular”, como dito em primeiro momento está basilado a norma jurídica brasileira junto aos dispositivos legais art. 14, III; art. 27, § 4º; art. 29, XIII; art. 61, § 2º). Consiste no direito de que dispõem os

cidadãos de propor um projeto de lei para a apreciação do Poder Legislativo. (CAVALCANTE FILHO, 2017, p. 04)

Segundo o Site (2019, www2.camara.leg.br) Câmara dos deputados, a iniciativa popular prevê a apresentação de projetos de iniciativa popular à Câmara dos Deputados desde que disponham sobre temas que não sejam de iniciativa privativa do Presidente da República e contenham a assinatura de, no mínimo, 1% do eleitorado nacional, originários de, pelo menos, cinco Estados, com não menos de 0,3% dos eleitores de cada um deles.

Para Ferreira (1993), “é o direito do povo de interferir diretamente na legislação constitucional ou infraconstitucional, mas não obriga o Parlamento ou o Congresso a legislar. A matéria de iniciativa popular para o Dep. Sigmaringa Seixas o “o direito de reclamar contra irregularidades na prestação de serviços públicos”.

O autor, Affonso (1996, p.22), ainda afirma trata-se, pois, de um instituto da democracia participativa: o povo assumindo a iniciativa do processo legislativo.

Azambuja (2006), Com razão em uma lei de iniciativa popular estar-se-ia diante ou próximo ao que chama-se de democracia direta, já pelo referendun, a lei elaborada pelos representantes do povo no caso o parlamento adquire força obrigatória; pela iniciativa popular, o parlamento é obrigado a elaborar uma determinada lei. Claro que deve ter a manifestação de quórum de certo número de eleitores que se manifestem e justifiquem a necessidade da determinada lei, então fica o parlamento juridicamente obrigado a discutir, debater a mesma e então votá-la. Geralmente, a lei votada pelo Parlamento em consequência da iniciativa popular é submetida ainda a *referendum*.

A iniciativa popular, conforme o nível de sua elaboração, classifica-se em *articulada* ou por *moção*. Na primeira, o projeto subscrito pelo povo é apresentado, como é de praxe no Legislativo, mediante sucessão de artigos que conformam a proposição; na segunda, equivale a uma petição mediante a qual a cidade pleiteia, junto ao Parlamento, a elaboração de um projeto de lei sobre assunto que vai especificado. (AFFONSO, 1996, p.24)

A iniciativa popular, na lição de Azambuja (2006), é a que mais se aproxima da democracia direta, podendo exteriorizar-se de forma articulada ou não articulada. Nessa, o povo pede ao Poder Legislativo que elabore lei sobre determinada matéria, naquela o povo apresenta o projeto de lei ao Parlamento com seus respectivos artigos. (NEVES, 2014)

A iniciativa popular é como uma reunião de assinaturas para apresentação de um projeto de lei perante a Câmara dos Deputados, enquanto a ação popular representa, por sua vez, um processo judicial, promovido pelo cidadão, que deseja resguardar o meio ambiente, o patrimônio público, o patrimônio histórico e cultural ou a probidade administrativa. (MARQUES, 2015)

Neste sentido, vislumbrar a democracia como uma forma de organização social vai além do que se possa imaginar, pois abrange todo um ideal de organização política, pois se está diante da ótica da democracia aplicada a constituição com raízes elencadas a ordem social, corpo administrativo, nos poderes legislativo, executivo e judiciário. Vislumbrando assim toda a capacidade do povo exercer cidadania, com intuito correlacionado aos princípios da liberdade individual, liberdade de expressão igualdade de direitos políticos. (CELI, 2019)

Tornando assim a qualidade da democracia dependente da disposição cultural e moral dos cidadãos de viver e aperfeiçoar esse sistema de governo através da crítica e da participação. Não existe democracia sem democratas, isto é, pessoas comuns que aceitam conviver com as outras no ambiente de tolerância e cooperação que caracteriza a democracia e que alimentam, mesmo quando desejam aperfeiçoar o regime, sentimentos, atitudes e comportamentos favoráveis a ele. (2012. www.nupps.usp.br)

De suma importância ao presente subcapítulo é o estudo as formas de democracia, sendo aqui restringindo se a pesquisar a Democracia Direta Indireta e Semidireta na República Federativa Do Brasil para entender respectivos institutos e tão logo somar aos fundamentos da resposta do estudo uma vez que mira o sistema político da democracia face ao julgamento da aplicação da ficha limpa casos anteriores a sua publicação, assim passamos a dissertar.

A democracia estampada a República Federativa do Brasil, está enraizada ao sistema que busca aproximar governados e governantes, tornando o cidadão brasileiro detentor do seus direitos políticos e acesso a cidadania bem como promovendo poder sobre representantes ativos da política.

Assim sendo é sabido que há três sistemas que atendem as diretrizes da democracia, a citar: democracia direta; democracia indireta; e democracia semidireta. Conforme se visualizará a seguir:

Quanto a democracia direta, De acordo Silva (2000) citando a famosa frase de Abraham Lincoln (1809-1865) - “democracia é governo do povo, pelo povo e para o

povo”, respectiva frase faz retratar bem a democracia direta e pode-se dizer que essa seria uma concepção ideal de democracia.

Democracia direta, de acordo com lição de Silva (2000), é aquela em que o povo exerce, por si, os poderes governamentais, fazendo leis, administrando e julgando. Refere-se ao sistema político em que os cidadãos decidem, de forma direta, cada assunto, por meio do voto.

Para Jean-Jacques Rousseau (1712-1778) citado por (MERELES, 2017), apenas a democracia direta pode ser legítima, dado que a vontade “não se representa: ela é a mesma, ou ela é outra; não há meio termo.”

Na democracia direta, a população não delega o seu poder de decisão. Nesse sistema de governo, a própria população decide diretamente sobre o que é de interesse público e administrava a cidade. Cabia aos cidadãos fazer a autogestão da cidade. Isso significava tomar todas as decisões que diziam respeito à cidade, assim como a realização de obras, a criação de leis e o julgamento de pessoas. (MERELES, 2017)

Na democracia direta, também conhecida como democracia participativa, o que para a Zorzal (2014), a base desse modelo está na ideia de que os cidadãos possuem a competência não apenas para a autorização dos representantes por meio do voto, mas para a tomada de decisão política, Santos e Avritzer (2002) na democracia participativa, o processo eleitoral, a organização partidária e a representação permanecem, mas o pilar estruturante é a participação dos cidadãos de maneira mais ativa nas decisões políticas.

A democracia participativa tem como primeiro fundamento a reivindicação de espaços participativos ampliados para atores sociais política, social e economicamente mais fracos, os quais são geralmente excluídos dos processos decisórios e buscam formas alternativas de participação em condições de igualdade. (CAMPNELL, 2009)

A democracia participativa¹⁰ é seu papel pedagógico, considerado, inclusive, a “função central da participação na teoria de Rousseau”, visto que o processo participativo ajuda a “desenvolver uma ação responsável, individual, social e política”,

¹⁰ É, sobretudo, nos âmbitos local e do trabalho que se desenvolve a educação por meio da participação, pois são nesses espaços que se resolvem as questões que afetam de forma mais direta o cotidiano das pessoas. Estud. av. vol.32 no.92 São Paulo Jan./Apr. 2018

qualifica o cidadão para participar, faz que conheça as questões coletivas e incrementa sua capacidade de julgamento. (GASPARDO, 2018)

Na democracia direta (participativa), Macedo (2008) entende que esta tem-se tornado cada vez mais utópica [...] o fato de que o público em geral não possui condições técnicas nem conhecimento para julgar ações do governo.

Diante do desconhecimento de assuntos técnicos, o povo se tornaria extremamente frágil, ficar à mercê de ser influenciado por um argumento carismático, vindo a ser presa fácil das demagogias. (MACEDO, 2008)

A o que tange a Democracia indireta, é preciso em primeiro momento, compreender que democracia indireta, é as decisões que são tomadas por representantes eleitos pelos cidadão.

A democracia indireta, é conhecida também como Democracia representativa que é aquela em que o povo, fonte primária do poder, elege representantes, periodicamente, para tomar as decisões políticas. (MACEDO, 2008)

Segundo Macedo (2008) citando Norberto Bobbio (1909-2004), democracia representativa significa que as deliberações relativas à coletividade inteira são tomadas não diretamente por aqueles que dela fazem parte, mas por pessoas eleitas para essa finalidade.

Democracia representativa pressupõe um conjunto de institutos voltados ao sistema de representação. Trata-se do processo político, por meio do sufrágio universal, das eleições, dos partidos políticos, do mandato eletivo. A eleição é o momento máximo da democracia liberal, em que o povo legitima o exercício do poder, outorgando-o aos representantes (MACEDO, 2008)

Neste tipo de representatividade, os cidadãos delegam a outros toda a sua forma de escolha, e depois disso são afastados do jogo político, não sabendo o que está se passando e nem conseguindo atuar na arena. O distanciamento entre governantes e governados é enorme, provocando a falta de identificação entre ambas as partes da organização política. (MOREIRA, 2010)

Anota-se em Rousseau (2001), que, a democracia consiste na vontade geral, e a vontade geral não pode ser representada.

Na democracia representativa, a participação popular fica praticamente alijada, por ausência de controle por parte da população, após o processo eleitoral, pois o que existe é um arremedo de controle, exercido por órgãos com essa atribuição, normalmente compostos de agentes indicados pelos Poderes constituídos. Assim, se

considerarmos que é da essência do sistema democrático o “poder do povo” e o efetivo controle dos resultados, pode-se dizer que a democracia representativa está deveras distante da essência do termo: de poder do povo, para o povo. (MACEDO, 2008, p.184)

Moreira (2010) reproduz que cada uma destas formas de governo representativo traz consigo algum benefício para a política, mas carrega também alguns pontos negativos, que acabam por macular o jogo político, pois, ou afastam o povo das tomadas de decisão, ou não se fazem íntegros no governo.

E por fim, a democracia semidireta, ao qual em especial está se faz presente a carta constituinte brasileira, pois trata-se da democracia adotado pelo Brasil. Conforme, estudar-se-á seguir:

Democracia semidireta, repousa um sistema mais bem-sucedido, pois contempla equilíbrio pela operação, de um lado, da representação política e, de outro, da soberania popular direta (GARCIA, 2005, p. 08)

Bonavides (2003) reforça a ação equilibrada da democracia semidireta dizendo que sua prática limita a “alienação política da vontade popular”. Nessa esfera, “a soberania está com o povo, e o governo, mediante o qual essa soberania se comunica ou exerce, pertence ao elemento popular nas matérias mais importantes da vida pública”

Referida forma de democracia estabelecida a carta constitucional de 1988, tem como forma basilar o disposto ao artigo 14 da CF/1988, mecanismos estes trabalhados acima como orientadores aos princípios constitucionais desta república, relembre: plebiscito, referendo e iniciativa popular. O referendo, o plebiscito e a iniciativa popular exprimem o desejo de complementar a democracia representativa com elementos de democracia semidireta, podendo haver, até mesmo, o desejo de substituir a democracia representativa por esses elementos de democracia (GARCIA, 2005)

Nesta forma de democracia, na definição de Pimenta Bueno (1958), permite ao cidadão o exercício concreto da liberdade de participação nos negócios políticos do Estado, conferindo-lhe atributos da cidadania.

Bastos (2002) entende-se por democracia semidireta o sistema de governo em que há representação política, todavia o povo pode intervir em alguns casos no campo legislativo. E Azambuja (1996) diz que, às vezes, diretamente na elaboração das leis e em outros momentos decisivos do funcionamento dos órgãos estatais.

Isso faz com que, a democracia semidireta, constitui-se numa terceira via em relação à democracia direta e à democracia indireta, na qual são inseridos institutos que permitem ao cidadão o exercício concreto da participação popular estabelecendo uma relação de complementaridade entre dois modelos democráticos ordinariamente considerados incompatíveis (SANSON, 2007)

Logo, o papel do cidadão eleitor, ante a possibilidade de participar de determinadas decisões governamentais, é gradualmente substituído pelo cidadão agente do poder, de modo que se possa realmente atingir os fins propostos pelo Estado Democrático de Direito (SANSON, 2007)

Diante deste cenário, é com a obra de Moraes (2006) que traz o seguinte ensinamento sobre o Estado Democrático de Direito: “significa a exigência de reger-se por normas democráticas, com eleições livres, periódicas e pelo povo, bem como o respeito das autoridades públicas aos direitos e garantias fundamentais”.

Esta democracia faz do Brasil um sistema representativo como regra geral, situação em que os cidadãos escolhem seus representantes e estes produzem leis aplicáveis a todos, exercem a fiscalização do funcionamento da Administração Pública e administram a máquina estatal, promovendo a prestação de serviços públicos.

E conseqüentemente, fazendo com que o País, tenha condições de manifestar sua liberdade expressa a Carta Magna, promovendo a luta do cidadão em prol dos direitos constitucionais fundamentais, a uma vida digna, justa e plena, como o mínimo existencial trazido a Carta Magna.

Promover sua voz, perante seu voto muito mais do que ser livre é exercer cidadania, com o objetivo de sustentar a esperança, que renasce todos os dias em cada cidadão brasileiro, de um País melhor, justo e igualitário, a diferença social e econômica possa ser dirimida e minimizada com a força governamental e real interesse dos governantes. Sem a desesperança, que hoje habita aos lares de cada brasileiro, aquela desesperança conhecida como corrupção.

Traçadas respectivas linhas, cabe buscar atualizar o que se entende por Democracia, haja vistas que entre as primeiras vertentes da conceituação e caracterizadores do que seria Democracia e os nossos tempos, se fazem largas datas e inúmeras mudanças culturais, cognitivas e de valores que atingem diretamente as compreensão moderna de Democracia, assim como a própria progressão dos estudos sobre a Democracia com novos filósofos e realidades outras quais as descobre dia-a-dia diante o comportamento social entre outras transformações, cabendo aos filósofos

em diversas áreas do saber que buscam compreender os mistérios da existência e da realidade, quando sempre almejam descobrir a natureza da verdade e do conhecimento, entre as relações humanas e a natureza e entre o indivíduo e a sociedade. Com esta ideia passa-se análise sintética entre a evolução, clássica, moderna e pós-moderna dos passos e evolução da ideia de Democracia.

Habermas (2003), em sua obra "Era das Transições", em seu capítulo uma questão de teoria política, trabalha uma possível distinção entre a democracia clássica e a Democracia moderna, para o autor há uma diferença em relação ao tipo de direito, na democracia moderna existe três características segundo ele, que diferenciam a democracia moderna da clássica, seriam elas: a) o direito moderno é positivo; b) cogente; c) estruturado individualisticamente.

Habermas (2003), inicia a sua explicação alegando que no estado novo a democracia se depara com a obediência do povo as leis, "resultado de normas produzidas por um legislador e sancionadas pelo Estado", leis estas de objetivo a garantir liberdades subjetivas.

Para o autor esta subordinação do povo as leis se configura uma segunda fonte de legitimação, uma vez que a soberania estaria em respeitar a lei e não somente a vontade do soberano (povo), então indaga o autor: isso levanta a questão sobre a relação entre o princípio democrático e o estado de direito. (HABERMAS, 2003)

Segundo Habermas (2003), na visão clássica, as leis da República são a expressão da vontade ilimitada dos cidadãos reunidos. Pouco importando os valores, ou crenças, ou costumes (ethos), espelhados na lei, colocados por ela ao povo, esses valores ou crenças não constitui uma limitação haja vistas que a voz do soberano (povo) é a que tem maior valor, "obtem validade através do processo de formação da vontade dos cidadãos". Já o estado de direito parece colocar limites à autodeterminação soberana do povo, uma vez que o poder das leis exige dá vontade democrática não se opor contra os direitos humanos positivados na forma de direitos fundamentais. (Perceba se aqui a dicção da expressão dos direitos fundamentais como trunfos).

O autor então lança um desafio, "a liberdade dos modernos ou a liberdade dos antigos", o que deve vir antes: os direitos subjetivos de liberdade dos cidadãos da sociedade econômica moderna ou os direitos de participação política dos cidadãos democráticos? (HABERMAS, 2003)

Para resolver esta equação cognitiva, Habermas (2003, p.154) disserta o seguinte raciocínio:

Uma das partes insiste no fato de que a autonomia privada dos cidadãos, o que é "inalterável" em sua natureza e garantida pelo poder autônomo das leis, assumi forma dos direitos fundamentais. Na interpretação da outra parte, porém, autonomia política dos cidadãos incorpora-se na auto-organização de uma comunidade que cria suas próprias leis. Por isso, a muitos parece que a fundamentação normativa do Estado democrático de direito pressupõe o estabelecimento de uma hierarquia entre o princípio dos direitos humanos e o da soberania popular: ou as leis, inclusive a Lei Fundamental, são legítimas, quando coincidem com os direitos humanos, independentemente da origem e do fundamento de sua legitimidade, e, neste caso, o legislador democrático poderia decidir soberanamente, sem se preocupar com os juízos que daí adviriam para o princípio da soberania do povo; ou as leis, inclusive a Lei Fundamental, são legítimas, quando surgem da formação democrática dá vontade. E, neste caso, o legislador democrático poderia criar uma constituição arbitrária, que iria ferir a própria Lei Fundamental, o que constituiria um prejuízo para ideia do Estado de direito.

A lei positivada (regra ou princípios positivados) não pode ser de certa forma um limitador aos direitos humanos não positivados (princípios), nem mesmo ser requisito obrigatório para a funcionalidade ou existência da exteriorização de outros direitos e garantias, assim como obrigações não positivadas, mas que estejam na ideia do povo (valores, crenças, costumes). (HABERMAS, 2003), continua o mesmo, os dois princípios (princípio do Estado de direito e o princípio Democrático) são "co-origenários", ou seja, um não é possível sem o outro, salienta também que, a co-origenariedade pode ser expressa como uma relação complementar entre a autonomia privada e pública, e explica da seguinte forma:

Ambos os conceitos são interdependentes, uma vez que se encontram numa relação de implicação material. Para fazerem um uso adequado de sua autonomia pública, garantida através de direitos políticos, os cidadãos têm que ser suficientemente independentes na configuração de sua vida privada, assegurada simetricamente. Porém, os "cidadãos da sociedade" (Gesellschaftsbürger) só podem gozar simetricamente sua autonomia privada, se, enquanto cidadãos do Estado (Staatsbürger), fizerem uso adequado de sua autonomia política - uma vez que as liberdades de ação subjetivas, igualmente distribuídas, tem para eles o "mesmo valor". (HABERMAS, 2003, p. 155)

Entende-se de Habermas nestas últimas colocações, quando o mesmo reporta-se a co-origenariedade, como a posição de unidade entre o princípio Democrático mais o princípio do Estado de direito, ou ainda, a junção da autonomia privada com a pública devendo caminharem juntos para resolver a equação entre "direitos subjetivos

de liberdade da sociedade econômica moderna” em primeiro ou “direitos de participação político democrático” devem ser estes últimos em primeiros, e então se resolvera o paradoxo dos princípios contraditórios da Democracia x Estado de Direito, e então chegar-se ao objetivo maior que poderia ser a paz social em favor do encontro dos direitos da dignidade da pessoa humana, objetivo maior da nação.

Aventurar-se-ia propor que, a ideia de Habermas (2003) estaria vinculada ao princípio da Solidariedade elencado art. 3º, I da CF/88, como resultado da união do Princípio da Democracia e do Estado de direito, como sendo a co-originariedade segundo Habermas (2003), para fundamentar respectivo raciocínio busca-se em Farias (1998, p. 194-195):

Por meio da solidariedade a democracia se põe a serviço da sociedade, reencontrando o direito à sua missão social. Representa ela uma ideia força direcionada ao estímulo de ações e reações recíprocas, e nesta ordem aparece para o mundo jurídico como uma possível solução para a crise das instituições humanas, repleta de individualismo e desigualdades sociais.

Ainda em Farias (1998), qual demonstra uma evolutiva caminhada do pensar no direito como hermenêutica voltada aos valores (“*ethos*” – HABERMAS, 2003, p.153); Farias aposta mais em uma posição democrática e política, não se coloca em neutralidade como fez Habermas (2003), aquele se aproxima mais dos valores democráticos, políticos, quando expressa que:

Na escala evolutiva dos direitos fundamentais, cada vez mais o direito caminha para a moral, e numa acepção difusa, representada pelos direitos sociais, a busca pela sociedade do bem-estar deixa de ser uma mera justaposição de unidades individuais acasteladas cada qual no seu direito intratável, para se tornar uma entidade naturalmente orgânica, em que a esfera do indivíduo tem por limites inevitáveis o respeito a condição humana de todos os demais indivíduos que com ele o existem na sociedade. (FARIAS, 1998, p.192)

Em continuidade ao raciocínio, cita-se Canotilho (1999, p. 186):

A partilha paradigmática atual, diferentemente da partilha liberal, implica o acesso de todos os cidadãos à formação da vontade política como uma condição necessária à saúde do organismo político. Isso demonstra que a República do que temos atualmente é “cosmopolítica”, universalista, aberta à ação da solidariedade internacional e democrática, tendencialmente crente na participação de todos os cidadãos.

Para concluir e reafirmar os pensamentos acima propostos quando à nova perspectiva da Democracia contemporânea, mister citar Siqueira Júnior (2008) quando pelo título de sua obra "A dignidade da pessoa humana no contexto da pós-modernidade", refere-se que o direito do século XXI é o direito da tolerância, do bom senso e da cidadania. Assim não se pode pensar em democracia sem observar o Estado de direito, junto o princípio da legalidade, mas não se pode deixar de lado a política que representa as garantias de participação do povo como soberano (moralidade, probidade), o poder do soberano (democracia), neste viés deve o Estado de direito (princípio da legalidade) andarem juntos pensarem juntos.

Compreendeu-se com a pesquisa que, o (Estado de Direito) seria em sentido figurado o fruto da árvore (Democracia), pois com a democracia colocou-se o poder/soberania do estado nas mãos do povo onde antes era de uma pessoa só, o monarca a coroa. E com a constituição então de um Estado Legislador (exercido por representantes do povo) com a finalidade de elaborar, positivizar leis e princípios estes entendidos como um conjunto de normas, que servem para pôr ordem, conferindo direitos e impor deveres, tem-se a constituição de um (Estado de direito), figurando-se novamente, ter-se-ia, aqui o fruto que alimenta o soberano (povo) fruto este que dá a manutenção de uma vida digna, qual se entende como dignidade entre estes o exercício da cidadania, que poder-se-ia dizer representar pela expressão da coletividade unida ou em pequenos grupos de representatividade de valores e crenças; esta sociedade unida pode-se observar em solidariedade jurídica em um objetivo, cuidar da árvore (democracia) para colher os frutos (direitos) logo para se ter um Estado Democrático de Direito (art.1º caput da CF/88) como se pretende pelo constituinte em seus objetivos (art. 3º, I da CF/88) deve-se legislar, executar e aplicar respectivas normas sob novos olhares estes no prisma do princípio da solidariedade jurídica e então ter-se-á uma democracia forte em proveito do soberano.

2.4 A construção de uma nova espécie normativa: os princípios

O presente subtítulo leva o leitor imaginar à existência dos princípios ser novidade no mundo do direito, tratando-se de uma fonte recente do mesmo. Bem ao contrário, a existência dos princípios é muito antiga, porem como a ideia do presente estudo não é aprofundar-se na historicidade do termo, etimologicamente, cabe apenas breve introdução usando o mesmo, uma vez que, trata-se da reinvenção deste pela

esfera da nova hermenêutica jurídica contemporânea, no uso dos princípios como normatização escrita e aplicada. Como origem de tudo, observar-se-á uma passagem bíblica para entender o quanto é antiga sua existência e respectiva etimologia no mundo, vejamos a citação junto a Bíblia Sagrada na passagem de (JOÃO 1: 1-5)

No **princípio** era o Verbo, e o Verbo estava com Deus, e o Verbo era Deus.
Ele estava no **princípio** com Deus.
Todas as coisas foram feitas por ele, e sem ele nada do que foi feito se fez.
Nele estava a vida, e a vida era a luz dos homens.
E a luz resplandece nas trevas, e as trevas não a compreenderam.
(João 1:1-5)

Perceba-se que, para o cristianismo a palavra princípio significa o início de tudo, por onde inicia-se, seria forte neste caso dizer a origem? Uma vez que pela respectiva citação Deus seria a origem de tudo, logo o princípio seria a partir de Deus, posto a palavra e respectivo significado pertinente citar de W. J. GANSHOF van MEERSCH(1970, apud EWALD, 2000) antes mister mencionar que, os princípios gerais do direito exprimem, enfim, um direito objetivo (EWALD, 2000), já citando a frase de W. J. GANSHOF van MEERSCH tem-se melhor compreensão, quando ler-se *“formam a armadura moral e política sobre a qual repousa a organização social”*, seria está uma definição para princípio, uma equação formada de moral, política e sociedade.

O historiador e filósofo Frances Ewald (2000) aponta três características de peso para identificar o que seriam os princípios gerais do direito propostas pela doutrina jurídica: A primeira, que se trata de regras não escritas, por segundo, é que, os princípios não são escritos pelo juiz, não são inventados por ele, pelo estado, mas descobertos pelo juiz, ou seja, já se fazem presente na lei, ou melhor na norma, e a terceira característica segundo o autor, os princípios gerais do direito exprimem um direito objetivo, os princípios são históricos e com força positivada por mais que possam surgir do direito natural.

Em citação bastante interessante o mesmo autor exclama, que, *“O direito não é a lei”*, mas talvez seria o caminho mais prático para se entender a lei na forma que o legislador propôs, assim como no uso de ferramentas para adequar a lei em eficaz, assim como adequa-se contemporaneamente ao fato que lhe exija. Então formula o autor.

O direito não é a lei. Não que exista um direito natural como único habilitado para dar valor jurídico à vontade do legislador. Mas porque, com a instituição do sufrágio universal, o regime dos partidos, numa palavra, a instituição da democracia, a vontade do legislador, desvela-se como aquilo que já não pode ser mais do que a expressão da dominação temporária de uma maioria. (EWALD, 2000, p. 69)

Tópicos acima quando tratado o constitucionalismo contemporâneo, fazendo uso da doutrina de Luís Roberto Barroso - um dos principais apoiadores deste novo fenômeno chamado constitucionalismo contemporâneo, respectivo definindo o Constitucionalismo contemporâneo em “*três marcos fundamentais*” segundo ele: *histórico, filosófico, e teórico*, (BARROSO, 2012), para o ministro os princípios do direito são senão um dos aspectos que definem a nova hermenêutica interpretativa do direito, segundo ele estariam elencados nos “*fundamentos filosóficos*” característica do constitucionalismo contemporâneo.

Barroso (2012) enobrece a corrente filosófica do direito pós-positivista, quando esta reconhece na dimensões do Direito, da Moral e da Política, a influência mutua da aplicação do direito e não apenas quando da sua elaboração a inclusão de valores nas interpretações jurídicas com o “*reconhecimento de normatividade aos princípios e de sua diferença qualitativa em relação as regras*”; a reabilitação da razão pratica e da argumentação jurídica; a formação de uma nova hermenêutica; e o desenvolvimento de uma nova teoria dos direitos fundamentais edificada sobre a dignidade da pessoa humana; uma reaproximação entre direito e ética segundo ele.

Barroso (2012) e Mônia Clarissa Hennig (LEAL, 2007), narram a presença de uma *jurisdição constitucional aberta*, esta advindo a partir de eventos nefastos causados pela II Guerra Mundial, em especial causadas pelos regimes nazistas (Alemanha) e fascistas (Itália), iniciam-se nestes respectivos países movimentos no sentido de resgate e de fortalecimento da noção de democracia e da própria noção de direitos humanos, elementos que passaram a ocupar nestes países destaque nas respectivas constituições, associados a máxima da dignidade humana, também vai de encontro as razões de Ewald (2000) este porem traz sobre outro prisma, mas acentuando que: *O recurso explicito, em direito positivo, aos princípios gerais do direito, data praticamente apenas do final da Segunda Guerra Mundial.*

Continua o autor esclarecendo que, a primeira guerra mundial teria dilacerado a Europa; não tendo posto como causa da guerra a unidade de sua civilização. Insurge à sociedade das Nações, a instituição de um tribunal permanente de justiça

internacional cujo artigo 38 dos estatutos invocava “os princípios gerais do direito reconhecidos pelas nações civilizadas” (EWALD, 2000).

Então Ewald (2000), observa que o pós segunda guerra mundial desperta no aplicador do direito e no direito em si, a função dos princípios, e conclui o autor da seguinte forma:

Os princípios gerais do direito tem como primeira função assegurar a continuidade e a estabilidade da ordem jurídica. **Para empregar um vocabulário de historiador, a sua invenção correspondeu à necessidade de reintroduzir a "duração longa" na vida do direito.** De equilibrar a temporalidade cada vez mais curta das fontes tradicionais do direito, por uma temporalidade normativa muito mais lenta, sem a qual o sistema jurídico deixaria de gozar desse elemento de duração necessário à sua própria existência. Além de que a continuidade assegurada pelos princípios gerais do direito goza de propriedades notáveis: é uma continuidade flexível, que tolera as modificações e mesmo as exceções, uma continuidade que acolhe a mudança, fornecendo-lhe ao mesmo tempo a estabilidade do seu quadro jurídico; é, pois, uma continuidade progressiva. É também uma continuidade relativa, relativa a uma sociedade por um período necessariamente longo da sua história. E, correlativamente, segundo uma coordenada mais e especial, os princípios gerais do direito desempenham um papel “**homogeneizador**” no próprio seio do sistema jurídico. (EWALD, 2000, p. 71) grifamos.

Ewald (2000) continua em sua dissertação para explicar o que são e a importância dos princípios: “[...] é através dos princípios gerais do direito que a sociedade a si mesma declara aquilo que a ela instituiu como o que deve ligar-se a mesma”, e continua: “Na prática jurídica, os direitos do homem têm, doravante, estatuto de princípios. São, ao mesmo tempo, formulados e sancionados como princípios.” O autor menciona também que, nossos direitos são frutos de lutas no passado, logo formando criando uma história, diz ele: “Se temos um direito é porque temos uma história”, percebe-se uma linha historicista do mesmo.

Respectivo ainda menciona que, além da história, a filosofia é de suma importância para a interpretação, e faz uso de uma ideia de Foucault pelo qual o pensamento em abstrato seria a forma estranha de um testemunho de como se inventam, em práticas, aquelas maneiras de pensar graças às quais os homens se salvam de tão funesto destino. Ou seja, o autor demonstra que, a história e a filosofia nós trazem direitos (princípios) que muitas vezes não estão escritos em documentos, mas na mente humana, na consciência social, assim princípios como normas abstratas (não escritas), que a posteriori tornar-se-ão normas escritas, como regras ou princípios. (EWALD, 2000).

Interessante classificação feita por Guerra Filho (2002) quanto aos tipos de princípios, o autor busca na concepção da doutrina constitucional portuguesa esteadas em lições germânicas e traça distinção dos princípios na seguinte formação de valoração em: (1º) princípios fundamentais estruturantes; (2º) princípios fundamentais gerais; (3º) princípios constitucionais especiais; (4º) normas constitucionais, quais não são princípios mas simples regras. Porém acima destes, tem-se o princípio mãe, ou seja, com peso maior, chamado pelo autor de “princípio do Estado Democrático” retratado no preâmbulo da Constituição Brasileira, e como pai o “princípio da Legalidade” assim dizendo (do Estado de Direito), logo a expressão contida no art. 1º da Constituição Federal Brasileira qual diz, “*constitui-se em Estado Democrático de Direito*” seriam estes os alicerces dos demais princípios, e aqueles outros resultados destes.

Feito a menção acima, tem-se no mesmo autor, referência à influentes filosóficos do direito, como estudiosos na linha de Josef Esser, Ronald Dworkin e outros, quanto à distinção para ‘regras’ e ‘princípios’, assim diz (GUERRA FILHO, 2002, p. 398).

[...] vem-se elaborando a diferença entre normas que são “regras” e as que são “princípios”, sendo entre essas últimas que se situam as normas de direitos fundamentais. As regras trazem a descrição de estados-de-coisa formados por um fato ou um certo número deles, enquanto nos princípios há uma referência direta a valores.

Quanto à esta diferenciação de regras e princípios, pode-se anotar sua real aplicação junto ao voto do ministro do Supremo Luiz Roberto Barroso, ADCs 43 e 44 qual discutia o início do cumprimento da pena em segunda instância antes do trânsito em julgado, vejamos o que declara o ministro:

Em segundo lugar, a presunção de inocência é princípio (e não regra) e, como tal, pode ser aplicada com maior ou menor intensidade, quando ponderada com outros princípios ou bens jurídicos constitucionais colidentes. No caso específico da condenação em segundo grau de jurisdição, na medida em que já houve demonstração segura da responsabilidade penal do réu e finalizou-se a apreciação de fatos e provas, o princípio da presunção de inocência adquire menor peso ao ser ponderado com o interesse constitucional na efetividade da lei penal, em prol dos objetivos e bens jurídicos tutelados pelo direito penal (CF/1988, arts. 5º, caput e LXXVIII e 144).

Na leitura de Goyard-Fabre (1999), quando o mesmo revive as críticas do passado quanto a transição para o Estado Moderno, traz ao narrar à história fatos que

assemelham-se ao que vivenciamos hoje no mundo do direito político. (Far-se-á um comparativo). Vejamos, autor transcorre que a transição ao Estado moderno deu-se com a substituição da “ordem e da autoridade” do estado, pelos princípios da legalidade e de uma constitucionalidade que levaram ao espírito e implantação pouco-a-pouco da cidadania e da liberdade, estas consequências das outras. Na França segundo o autor, as constituições sobrevividas a partir de 1791 fundaram e organizaram a potência do Estado, qual buscou efetuar um equilíbrio entres os poderes das instâncias que governam tanto os direitos como as liberdades dos cidadãos.

Para o mesmo, essa noção de equilíbrio, que exclui tanto os abusos de autoridade do absolutismo como os excessos de liberdade do anarquismo, constitui o eixo do Estado liberal moderno. (GOYARD-FABRE, 1999). Explica ele, que, o progresso da consciência moderna quanto ao termo “direito” passando uma ideia anfibológica entre a sistematicidade do racionalismo constitucionalista e as reivindicações ético-sociais de um individualismo que cedia-se as forças do irracional, desfigurava a ideia de liberdade. Para o autor, este fenômeno não poderia deixar de causar efeitos devastadores, atacando diretamente os próprios fundamentos do direito político, respectivo fato ocorreu-se diante ao medo da mudança, as correntes “*contra-revolucionário*” buscaram com discursos inspirados no velho direito político natural comandado pelo providencialismo e pelo tradicionalismo derrubar o idealismo humanista das constituições da Estado Moderno a partir de 1789.

De fato, como as certezas racionalistas que animavam o direito político quando o *Aufklärung* iluminava a modernidade ficaram abaladas pela descoberta de um *Lebenswelt* às vezes desordenado mas poderoso, os princípios filosóficos sobre os quais se edificaram o Estado moderno foram alvos de acusações. A crítica, multidimensional e sem concessão, atacou os próprios fundamentos do direito político. Por caminhos diversos, até mesmo contrários, criticaram-no por se ter construído, segundo procedimentos racionalistas cheios de presunção, sobre bases metafísicas abstratas que o condenaram a se fechar num idealismo cujo caráter utópico devia inevitavelmente, diziam, gerar uma mistificação. O direito político moderno foi assim julgado em nome de ideologias muito diferentes entre si, mas que tinham um denominador comum: a denúncia, em nome do indivíduo, em nome da sociedade ou em nome da nação, do centralismo estatal que, desde Bodin, fizeram a força de seu dispositivo. (GOYARD-FABRE, 1999, p.358)

Hoje pode-se perceber uma corrente filosófica do direito divididas entre juristas, juízes e doutrina brasileira, voltada a defender uma visão hermenêutica do direito com atenção aos anseios e vozes do povo, contra uma corrente tradicional, com

repercussões inclusive em decisões no Supremo Tribunal Federal sendo reformadas com frequência caso da prisão em segunda instância, percebe-se que como lá na transição para o Estado Moderno como trazido por Goyard-Fabre (1999) a causa dos debates eram os princípios em especial da legalidade e a constitucionalização, agora da mesma forma, porém como dar-se-ão sua aplicação, se pela legislação existente ou pela reinvenção do direito a partir deles.

Percebe-se pelos últimos fatos ocorridos no mundo jurídico do direito, como vozes de aplicadores do direito e de políticos falado muito em “*ouvir as vozes da rua*” ou “*clamor social*” citados entre juizes e advogados, mas poucos foram os casos de registros oficiais das respectivas expressões ou menções que de forma indireta reportem a mesma ideia das expressões em uso. Tem-se registro oficial a frase da ministra Cármen Lúcia no relatoria da ADI 4.815, então disse: “*amordaçaram a voz da sociedade*” ao se referir o Ato Institucional n. 5, de 13.12.1968, que se sobrepunha ao texto outorgado a Emenda n. 1, de 1969, tida como Lei de Fundamentos imposta ao povo brasileiro, (2015, www.stf.jus.br).

Outra ocasião em que se tem registros oficial das expressões, foi na posse à presidência do STF em 12/09/2016 da mesma ministra (Cármen Lúcia), quando em sessão solene o presidente da Ordem dos Advogados do Brasil Cláudio Pacheco Prates Lamachia referindo-se a função do direito disse: “Transgredi-lo é impor um retrocesso civilizatório, que, aí sim, *agredirá a voz das ruas*, frequentemente vulnerável à manipulação de facções.” (2017, www.stf.jus.br)

Também no discurso do ministro Luiz Fux na sessão de posse à presidência do STF ministro Joaquim Barbosa em 22/11/2012, declarou que, “[...]o Supremo Tribunal Federal não se julga titular soberano da verdade, mas que, ao revés, *confia nas múltiplas vozes da sociedade como fonte valiosa para o desempenho de sua missão institucional*”, (2012, www.stf.jus.br).

Porém o ministro que mais faz uso e direcionamento a ideia de ouvir as vozes da rua de forma indireta mas em sentido igual, sendo um forte defensor do constitucionalismo contemporâneo é senão Luiz Roberto Barroso, que em numerosas ocasiões refere-se a sociedade e a rua, tanto em seus votos em julgados como também em trabalhos e publicações acadêmicas e científicas, vejamos no julgado da ADC 43 e 44, quando o mesmo cita que: “impede que o direito penal seja sério, eficaz e capaz de prevenir os crimes e *dar satisfação à sociedade*.” (2019, www.stf.jus.br). Em sua obra publicada à revista SSRN, com artigo titulado de “A Razão sem voto: O

Supremo Tribunal Federal e o Governo da Maioria”, Barroso (2015) relaciona inúmeros casos e decisões do STF e de cortes constitucionais de outros países que julgam demandas escutando a voz da sociedade, atendendo as necessidades da maioria.

Mas em outras oportunidades o mesmo ministro deixa ideia dúbia quanto ao seu posicionamento, diz ele: “não se importar com a opinião pública”, e que “não estava subordinado à multidão e sim à Constituição”, vejamos as declarações do ministro Luiz Roberto Barroso no julgamento do Vigésimo Quinto Ag. Reg. na Ação Penal 470 MG:

Portanto, a multidão quer o fim deste julgamento. E devo dizer a Vossa Excelência que eu também ficaria muito feliz e vou ficar muito feliz quando ele acabar. Mas nós não julgamos para a multidão. Nós julgamos pessoas. E, portanto, se a multidão quer acabar, nós precisamos considerar as pessoas. Então, gostaria de saber se nós perguntássemos a uma pessoa - não à multidão: se o seu pai, o seu irmão ou o seu filho estivessem na reta final de um julgamento, e, na última hora, se estivesse mudando uma regra que lhe era favorável para atender à multidão, você consideraria isso correto? A resposta seria não.

Portanto, esta é a minha convicção e, por isso, eu voto assim. Eu não estou aqui subordinado à multidão. Estou subordinado à Constituição. Posso ter a decisão que agrade ou não agrade. E, repito, não acho que tenha nem o monopólio da virtude nem o monopólio da certeza, mas tenho o monopólio íntimo de sempre fazer o que acho certo, independentemente da multidão. (2013, www.stf.jus.br. julgamento do Vigésimo Quinto Ag. Reg. na Ação Penal 470 MG. p. 16-17 disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=5276366>>)

Quanto à análise acima trazida em contribuição aos valores atribuídos à esta nova forma de ver e se fazer justiça com a aplicação de princípios como uma construção de espécie normativa, tendo em consideração tratar-se princípios como valores, e assim enquanto de um povo, Bignotto (2011) traz dados interessantes em levantamento realizado entre os anos de 2008 e 2009 quanto “a corrupção e o interesse público”, dados estes obtidos pelo Centro de Referência do Interesse Público/Vox Populi, pesquisa realizada em todo território Brasileiro, a mesma teve os seguintes dados, em 2009, 73% dos entrevistado disse ser “*muito grave*” a corrupção, enquanto 23% disse ser apenas “*grave*” e 1% disseram “*nada grave*”.

Ainda também foram levantados outros dados como a concepção da corrupção para os entrevistados, 39% responderam que a, corrupção é um ato que prejudica o Estado, e que é corrupção quando praticado por um político ou um funcionário público, onde para 26% a corrupção praticada por qualquer pessoa prejudica o Estado, e a

corrupção pode ser praticada por qualquer pessoa, já para 30% dos entrevistados as duas situações as duas situações, ou seja, indiferente se político ou funcionário ou qualquer pessoa a pratica da corrupção prejudica o Estado e 4% não opinaram ou não responderam (BIGNOTTO, 2011). A pesquisa teve também outras perguntas, mas estas já são de importância suficiente para demonstrar no presente trabalho a importância dos valores morais e éticos do interesse social, e respectivamente a aplicação dos princípios tomando como base os anseios e clamor social, como fizeram os ministros acima e em julgados, assim como juristas de nome mencionados acima.

A breve abordagem tomada acima quanto ao uso de expressões pelos ministros do STF em seus julgados e também por juristas, assim como os dados estatísticos de pesquisa quanto à vontade popular, vai de encontro ao que Robert Alexy traça sobre os princípios, então importante se fez respectivos dados, até para entender os caminhos traçados para chegar-se a possível resposta da pergunta problema deste trabalho. Alexy (2008) refere-se como mandamentos de otimização os princípios e como traço marcante do direito contemporâneo, funcionando como diretrizes de ordenação para que algo seja realizado dentro da sociedade, guardando uma vinculação direta com os valores, o nascedouro da concepção positiva nos princípios. Seria a expressão dos valores considerados válidos pela sociedade, desta forma reuniria como essência uma ordem deontológica e axiológica em seus fundamentos, que inspiraria todo o corpo social a adotar um comportamento de "dever-ser" - fundamento deontológico - que por seu turno é qualificado como "algo bom" - fundamento axiológico.

Também na mesma linha é a dicção de Ewald (2000), porem, este vai de encontro ao ideário para que foi usado as expressões dos ministros do STF e juristas acima, assim como respectivos dados de pesquisa sobre a opinião popular quanto a corrupção, ou seja, princípio são valores de uma sociedade, o que a sociedade quer quando da aplicação do direito, então usar o princípio constitucional cabível em atenção aos anseios sociais é seguir os valores daquela nação, vejamos o que este diz:

A prática dos princípios gerais do Direito exprime uma espécie de vontade da sociedade de se ligar a si mesma através de suas próprias histórias, da sua herança, do seu patrimônio jurídico e constitucional. Inversamente, pode dizer-se que hoje, na ausência de uma possível referência à natureza, é através dos princípios gerais do Direito que a sociedade a si mesma declara

aquilo que ela instituiu como o que deve ligá-la a si mesma. (EWALD, 2000, p. 71)

Voltando à comparação entre os períodos acima citados, referindo-se ao Estado antigo e estado moderno a transição hermenêutica e o nosso atual século, pode-se perceber uma certa semelhança fática entre uma e outra época, ou poder-se-á dizer que ainda estar-se-á no período de transição então prolongando a caminhada sob um deserto de areia sem bússola e nem direção, andando em círculos sem ainda ter evoluído, afinal, os fatos são semelhantes ou não passou período de transição, ou estamos em outro período?

Até que ponto avançou o direito com o uso dos princípios como norma geral ou constitucional do direito em sede hermenêutica? Seria uma questão de aplicação principiologica o uso do clamor social pelo judiciário ao fundamentar suas decisões, ou um risco diante a falta de estatística que comprove dados fieis da maioria dos grupos ou da nação em prol de certa causa em juízo? Este estudo não busca resolver estas perguntas ou problemas, mas seu registro é de valia ao trabalho, assim como uma anotação para alvitrar respectiva ideia à ser pesquisada e aprofundada, assim como demonstrar o idealismo do julgador, uma iminente racionalidade curiosa que move suas primeiras fundamentações no poder judiciário e no meio do direito, seria está uma nova transformação do direito.

Magalhães (2002) trabalhando sobre a hermenêutica jurídica e sua evolução ocorrida desde a teoria pura do direito, quando se tinha uma separação do direito e da sociedade, passando pelas outras fazes como direito moderno, positivismo até os dias de hoje em referência de como pensar o “Direito”, quando para o autor hoje tem-se o Direito como a própria interpretação, direito como hermenêutica jurídica, o uso dos princípios como ferramenta discricionário do interprete diante as mudanças sociais, eis aqui a junção do direito e sociedade. Os princípios não são políticas, mas ajudam a implementa-las, a aplica-las, Dworkin (1990) tem uma concepção pública dos direitos individuais, e por isto o direito possuiria uma percepção de “estado de direito”, Dworkin (1990) ainda menciona que, o “livro de regras” é uma fonte de direitos morais, mas porém, esta não deve ser vista como a única fonte do direito, nem pode um juiz aplicar um princípio desacompanhado da conformidade legal, em desconformidade com o livro de regras, para ele a hermenêutica avançou ao reconduzir o Direito à Sociedade, superando a purificação positivista e colocando a

questão da interpretação como fundamental para o debate sob uma ótica contemporânea do direito.

Neste diapasão é que se trouxe as respectivas provas quanto o uso dos ministros do Supremo Tribunal e juristas acima expostos, com o anseio de aproximar o ideário dos pensadores do direito acima expostos, somando-se aos mesmos a pesquisa apresentada por Bignotto (2011).

Mas e o uso excessivo e desmedido dos princípios? podem insurgir em problemas para a autonomia e harmonia entre os três poderes da república, e do sistema democrático? Uma possível resposta seria negativa, desde que respeitando os limites de cada esfera dos poderes da república.

Princípios possuem cunho valorativo, ideários de uma nação e ou grupos, logo um sistema político seria uma das características do princípio, a hermenêutica jurídica ocupa uma função de interpretação das normas jurídicas, busca estabelecer métodos para a compreensão da lei e sua aplicação, fazendo uso da hermenêutica o aplicador do direito traça elementos textuais e extra-textuais para chegar-se a uma compreensão ao caso e então aplicar. O constitucionalismo contemporâneo traz em suas características os princípios como norma de aplicação imediata, como bem salientado no subtítulo voltado ao mesmo. Mas todavia tem-se limitar, ou melhor, redundar-se a esfera de aplicação dos princípios para que não lhe seja dada visão diversa do que pretende o direito, uma vez que política e direito não são as mesmas coisas, mas um necessita do outro.

Farias (1998), escreve que, o sistema de direito se caracteriza-se por um caráter reflexivo, vez que, de um lado, é mediante as diversas manifestações do direito que as práticas sociais são refletidas e reguladas, e em outro viés, o sistema de direito é um conjunto de regras particulares, que dependem de critérios de juridicidade e práticas jurídicas de juízos particulares e sem dúvida a o próprio sistema jurídico.

Vejam os exemplos de um fato narrado pelo pesquisador em sociologia do direito, francês Arnaud (1991), fato de um discurso de Tsien Tche-hao (1969), a frase deste líder comunista chinês e governo daquele país até seu falecimento em 1976, em um slogan dizia Mao Tsé-Tung, *“a política domina tudo se aplica ao Direito como a todos os outros domínios da vida econômica e social”*, para contrapor respectiva frase o autor cita outro estudioso; Arnaud (1991) cita então J. Ellul (1966) qual escreve, que, *“a melhor arma não é a bomba atômica, mas o pensamento político de Mao Tsé-Tung”*, e completa, *“Estamos em pleno delírio”*. Segundo Arnaud (1991) tratar-se-ia

de uma zombaria ao slogan de Mao Tsé-Tung uma vez que, como poderia colocar uma bomba atômica acima do espírito, para um pensador estava totalmente equivocado, então para Arnaud (1991) é difícil aceitar a colocação de que a “Política é superior ao Direito”.

Observando o ponto acima mister citar Rocha (2008, p. 181-182), onde tem-se a análise dos discursos de aplicação e fundamentação de Jürgen Habermas, sobre o princípio da ampla proteção jurídica ao indivíduo, vejamos:

“Habermas retoma a distinção entre as competências de legislar, de um lado, e de aplicar o direito a outro. A lei é produzida pelo Poder Legislativo com base em discursos de justificação (ou de fundamentação), para pautar a atuação estatal e lastrear as pretensões jurídicas dos indivíduos. O Poder Judiciário, como representante imparcial da comunidade jurídica, um discurso de aplicação de normas. Justificação e aplicação, portanto, implicam distintas lógicas de argumentação que precisam ser distribuídas em dois diferentes Poderes do Estado. Complementando esse quadro, o princípio da vinculação do juiz à lei impede o Judiciário, que detém o poder de determinar a execução administrativa de suas próprias decisões, de definir o conteúdo de sua própria atuação. Habermas lembra também que o princípio da proteção jurídica, combinado com o devido processo legal, promove a segurança jurídica e a aceitação racional das decisões judiciais.

Ainda complementando o alinhamento lógico do raciocínio que se pretende aqui demonstrar, é a escrita de Bulos (2012) que diverge da corrente formada por Dworkin (qual buscam aproximar direito, moral e política, para justificar a base de uma nova hermenêutica constitucional), aquele aparenta receio e certa indignação ao papel do legislador constitucional quando refere-se a nova Hermenêutica voltada a discricionariedade do julgador (interprete do poder judiciário). Para Streck (2014), a discricionariedade em excesso tem nome (neoconstitucionalismo) e faz uma diferenciação terminológica para explicar o que seria “neoconstitucionalismo” e “constitucionalismo contemporâneo”, na primeira (NEO) sendo pelo excesso jurisprudencial da valoração e suas derivações axiológicas, temperadas por elementos provenientes da valoração alexyana, [...] teoria da argumentação de Robert Alexy (que cunhou o procedimento da ponderação como instrumento pretensamente racionalizador da decisão judicial) e do ativismo judicial norte-americano que formaria o então (Neo)constitucionalismo.

Streck (2014) traz a diferenciação entre uma e outra terminologia, para então ao final explicar que, o constitucionalismo contemporâneo é o fruto bom, e o (Neo)constitucionalismo trata-se do fruto menos bom, o autor sobrepesa uma das características do (neo)constitucionalismo ser a “ponderação”, para ele respectiva

característica não tem espaço no constitucionalismo contemporâneo, fundamenta ele que, o poder de discricionariedade do juiz deve ser limitada em contraste com o sistema de garantias constitucionais, e não além destas, o julgador deve se resguardar, limitar usos excessivos de ponderação de princípios de forma desmedida, pois se assim agir estaria legislando unipessoalmente atitude antidemocrática.

Deste modo, afastei-me do neoconstitucionalismo, porque ele aposta em elementos não democráticos, como a ponderação e a discricionariedade judicial. [...] Na perspectiva do Constitucionalismo Contemporâneo que defendo em *Verdade e Consenso* – portanto, para além das diferentes formas de positivismo -, a juridicidade não se dá nem “subsuntivamente”, nem dedutivamente. Ela se dá na *applicatio*, em que interpretar e aplicar não são atos possíveis de cisão. Isso implica afirmar – e superar – a distinção entre casos fáceis e casos difíceis. (STRECK, 2014, p. 37)

Chegado ao ponto desejado, em que, a democracia tem muito a ganhar com a aplicação dos princípios nesta nova hermenêutica contemporânea, porem com suas devidas limitações, observado a legislação, logo trouxe ao trabalho dados demonstrando julgados e votos de alguns ministros do STF no uso indireto de alegações que a voz das ruas, ou opinião popular deveria ser ouvidas, assim como dados e estatísticas de pesquisas quanto a corrupção como demonstração do perigo ao direito, como também à necessidade dos princípios como respostas à este novo grito da sociedade que pede voz em um apelo de exemplo de democracia direta aos tribunais por justiça. Esta nova hermenêutica constitucional que tem nos princípios normatividade é exercício de democracia direta se bem usada, mas um risco a mesma se usada de forma errada, eis que, desrespeito a harmonia dos poderes como bem dito por Streck (2014).

Mas antes de arrolar alguns princípios importantes à resolução do problema desta pesquisa, é de suma importância trazer considerações de um dos nomes mais comemorados no tema princípios, Robert Alexy, qual discute regras e princípios como normas junto a obra “Teoria dos direitos fundamentais”, onde apresenta o sopesamento dos princípios.

Face a teoria dos direitos fundamentais, importa distinguir a fundamentação dos mesmos para assim haver a real solução dogmática dos problemas através do sopesamento dos princípios constitucionais diante a lei, havendo assim distinção entre espécies de normas. (ALEXY, 2011).

Quanto a distinção entre princípios e regras, entende Alexy (2011, p. 88), acerca do critério da generalidade:

Segundo esse critério, princípios são normas com grau de generalidade relativamente alto, enquanto o grau de generalidade das regras é relativamente baixo. Um exemplo de norma de grau de generalidade relativamente alto é a norma que garante a liberdade de crença. De outro lado, uma norma de grau de generalidade relativamente baixo seria a norma que prevê que todo preso tem o direito de converter outros presos à sua crença. Segundo o critério de generalidade, seria possível pensar em classificar a primeira norma como princípio, e a segunda como regra.

Quanto à questão em que houver a colisão entre princípios em determinados casos, leciona Alexy (2011, p. 93-94):

As colisões entre princípios devem ser solucionados de forma completamente diversa. Se dois princípios colidem o que ocorre, por exemplo, quando algo é proibido de acordo com um princípio e, de acordo com o outro, permitido, um dos princípios terá que ceder. Isso não significa, contudo, nem que o princípio cedente deva ser declarado inválido, nem que nele deverá ser introduzida uma cláusula de exceção. Na verdade, o que ocorre é que um dos princípios tem precedência em face do outro sob determinadas condições. Sob outras condições a questão da precedência pode ser resolvida de forma oposta. Isso é o que se quer dizer quando se afirma que, nos casos concretos, os princípios têm pesos diferentes e que os princípios com o maior peso têm precedência. Conflitos entre regras ocorrem na dimensão da validade, enquanto as colisões entre princípios visto que só princípios válidos podem colidir ocorrem, para além dessa dimensão, na dimensão do peso.

Entende-se que para haver uma decisão por meio de princípios que encontram-se em colisão, torna-se necessário um sopesamento entre ambos, havendo por sua a máxima da proporcionalidade em sentido estrito, ser deduzível do caráter principiológico das então normas de direitos fundamentais, eis que estes têm sua natureza e raízes derivadas de princípios, sendo mandamentos de otimização. (ALEXY, 2011). Já Dworkin (1977) quando é citado por Novais (2006), exterioriza que, em um Estado de direito, os direitos fundamentais são como trunfos em um jogo de cartas, vejamos respectiva ideia do autor.

[...] ter um direito fundamental, em Estado de Direito, equivale a ter um trunfo num jogo de cartas. A carta de trunfo prevalece sobre as outras, mesmo sobre as de valor fácil mais elevado; a força da qualidade do trunfo, que lhe é reconhecida segundo as regras do jogo, bate a força do número, da quantidade, das cartas dos outros naipes. (DWORKIN, 1977, apud NOVAIS, 2006, p. 17).

Observa-se ainda as metáforas criadas por Dworkin (2003) quanto ao juiz Hercules da seguinte forma: “É por isso que imaginamos um juiz hercúleo, dotado de

talentos sobre-humanos e com tempo infinito a seu dispor. Um juiz verdadeiro, porém só pode imitar Hércules até certo ponto”.

Para Dworkin (2003) o juiz ao julgar caso de observar uma história e não criar uma, então o juiz perfeito seria o que tudo sabe e teria tempo infinito, mas como isto é inexistente, e se caso um juiz tenta-se fazer, não conseguiria e a consequência seria o acúmulo de ações levando ao caos. Nesta linha Dworkin pensa diferente os princípios como pensa Alexy, para este as regras é no tudo ou nada, e os princípios e as regras devem ser vistas como normas jurídicas, diverso de Dworkin como vimos, ainda diverso da ponderação, alexy observa o sopesamento quando entre conflitos de princípios, logo Dworkin (2003) pensa nos princípios como orientadores (ponderação) e as regras possuem meios de resolução de conflitos, por hierarquia, cronologia e especialidade, aceita que as regras podem conter exceções, para o doutrinador, todas as exceções podem ser arroladas, e ainda quanto mais o forem, mais completo será o enunciado da regra. Observa-se que respectiva análise entre os doutrinadores acima não foi de ideia exaurir, apenas para situar o que segue.

Mas então porque aproximar as ideias destes ao caso em tela, o caso está quando o legislador (cidadão) a tempo lutava por uma lei que regra-se por uma moralidade aos que almejam um cargo político e respectiva lei exterioriza-se no mundo jurídico, traz consigo uma história, uma existência ainda que seja no mundo da moral (discurso de fundamentação) que exterioriza-se existência no mundo jurídico como lei (discurso de aplicação), então neste caso e assim aplicando-se ao caso em concreto, o juiz tem um rastro a seguir e não esta a inventar ou criar, segue a mesma e com sua exteriorização ao mundo jurídico possibilita o aplicador da lei observar esta linha histórica e então aplicar o direito em caso passado e não estaria sendo ativista, uma vez que não estaria criando uma norma, apenas aplicando ela em orientação ao que o legislador buscava, logo garantindo uma segurança jurídica a partir que estaria cumprindo a lei desde seu nascer.

Traçadas estas linha, é importante analisar alguns princípios que caro costumam ao presente trabalho. Sinteticamente passar-se-á discursar sobre alguns princípios relevantes ao presente trabalho conforme denotou-se nos estudos, assim vejamos:

O “princípio da improbidade administrativa” se conceitua como uma conduta de um agente público o qual contraria as normas morais, a lei ou os costumes, incidindo assim em o que chamamos de falta de probidade e atuação ilibada aos procedimentos esperados da administração pública, melhor do administrador gestor público.

De acordo com o dicionário HOUAISS (2009) da língua portuguesa, a palavra improbidade se define como: “ausência de probidade; desonestidade e ação má, perversa; maldade, perversidade.

Diante a explicação e conceito acima narrado, vemos que a legitimidade para figurar como sujeito ativo dos atos de improbidade administrativa, no sentido de que referidos atos em sua quase totalidade são praticados por agentes públicos, estes auxiliados ou não por terceiros não vinculados à Administração Pública ou vinculados à esta.

Na visão de Barroso (2009) o “princípio da proporcionalidade” funciona de forma a limitar à discricionariedade administrativa, uma vez que as decisões produzidas em sede administrativa necessitam assim serem reafirmadas pelas decisões judiciais, havendo então uma consolidação deste princípio e de seu valor, estabelecendo e ensinando a medida a ser adotada face ao procedimento correto que se tomara por decisão, com isto possibilitar alcançar a justiça frente cada caso concreto.

Elenca Steinmetz (2001), que o princípio da proporcionalidade é instrumento necessário ao direito, uma vez que, este vem a balancear o meio ao fim que a lei pretende, relacionando assim que o fim que se pretende alcançar deve ser proporcional e racional ao meio utilizado, bem como relação harmônica e adequada entre estes, ou seja, não sendo excessiva.

Conforme leciona Lenza (2012), a necessidade de preenchimento de três importantes elementos, que são: a necessidade ou exigibilidade - preceitua que a adoção de medida restritiva de direitos só se legitima se a mesma for indispensável para o caso concreto e não puder ser substituída por outra menos gravosa; a adequação, chamada de pertinência ou idoneidade - que significa o meio a ser escolhido deve atingir o objetivo final; a proporcionalidade em sentido estrito - sendo esta medida necessária e também adequada, investigando se o ato praticado face ao objetivo pretendido, supera a restrição de valores constitucionalizados (máxima efetividade e mínima restrição).

Conforme os referidos autores acima mencionam, tal princípio emana ideia de justiça, equidade, bom senso, prudência, moderação, justa medida, proibição de excesso e valores, vindo a servir de regra interpretativa para o ordenamento jurídico.

O conceito do “princípio da legalidade” encontra-se estampado nos direitos fundamentais do art. 5º, II da CF/88, este preceitua que: “ninguém será obrigado a

fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”, estabelecendo também o descrito na CF/88, art. 5º, XXXIX: “não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal”. O referido princípio visa combater o poder arbitrário do Estado.

Ve-se assim que somente por meio das regras constitucionais legislativas pode-se criar obrigações para o indivíduo, havendo assim uma garantia constitucional mas assegurando certas prerrogativas aos cidadãos face a arbitrariedade do Estado. (MORAES, 2002).

Como já afirmava e entendia o sábio Aristóteles em sua obra a política, defende a legalidade, afirmando que a paixão vem a perverter os Magistrados como também os melhores homens, assim deve-se usar a inteligência sem paixão, o que seria corretamente a pura criação da lei.

Platão em sua obra a republica, entendia que os servidores das leis (governantes), não por amor, mas pela investidura dos mesmos e de sua qualidade, depende a salvação e o sustento ou a ruína das cidades (Estado). Bem como, onde a lei está submetida aos governantes e privada de autoridade, logo há ruína das cidade; E onde a lei é a senhora dos governantes e tendo os governantes como seus escravos, ve-se a salvação das cidades e a acumulação nela de todos os bens.

O fato qualquer ele que seja, não poderá ser considerado crime e sequer imputando-lhe alguma pena que venha a ser aplicada sem que do mesmo haja regulamentação na lei que defina-o como crime, sendo de suma importância o princípio da legalidade para vir a evitar que aconteça o extremismo que possa vir da interpretação inadequada face as condutas tipificadas, garantindo assim a segurança jurídica face ao devido processo legal. (BITENCOURT, 2003).

Também tem-se de importancia ao estudo o “Princípio da segurança das relações jurídicas”, o referido principio vem a assegurar estabilidade das relações jurídicas, como fundamento inicial é previsto e estabelecido no art. 5.º, XXXVI, da CF/1988, que diz: “a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada”.

Conforme o dispositivo acima reproduzido conclui que o objetivo da Constituição Federal de 1988, foi o de garantir a solidez e eficácia de situações jurídicas já consolidadas, bem como oferecer concretude ao Estado democrático de Direito. De forma a demonstrar importância atribuída ao tema, a Constituição 1988, chamada de Constituição cidadã, em seu art. 60, § 4.º, IV, tem respectivo princípio insculpido

entre seu rol de cláusula pétreas, imutáveis, “Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir: os direitos e garantias individuais dentre eles temos o princípio da moralidade. Em matéria eleitoral, tal princípio encontra-se estabelecido no art. 16 da CF/1988, cuja redação foi dada pela EC 4/1993, a um ano das eleições presidenciais realizadas em outubro de 1994, que diz: “A lei que alterar o processo eleitoral entrará em vigor na data de sua publicação, não se aplicando à eleição que ocorra até 1 (um) ano da data de sua vigência”.

Referido dispositivo constitucional demonstra intenção de se assegurar estabilidade e segurança face as relações jurídicas no campo eleitoral, na medida em que qualquer alteração deve ser veiculada por meio de lei, aprovada um ano antes das eleições.

O “princípio da moralidade” se apresenta como princípio constitucional da Administração Pública, disposto no art. 37, caput, da CF/1988, que a seguir se reproduz:

Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte.

Importante, registrar que em matéria eleitoral, temos que a questão da moralidade assume um perfil específico surgindo como hipótese de inelegibilidade face à proteção do mandato eletivo, tendo em vista a vida pregressa do candidato, conforme dispõe o art. 14, § 9.º, da CF/1988, com a redação oferecida pela Emenda Constitucional de Revisão 4/1994:

Art. 14. § 9.º Lei complementar estabelecerá outros casos de inelegibilidade e os prazos de sua cessação, a fim de proteger a probidade administrativa, a moralidade para o exercício do mandato, considerada a vida pregressa do candidato, e a normalidade e legitimidade das eleições contra a influência do poder econômico ou o abuso do exercício de função, cargo ou emprego na administração direta ou indireta.

Conforme observa-se no dispositivo acima, a intenção da Constituição é proibir aqueles que já tenham condenação contra si possam se candidatar a representantes do povo, aliás, importante destacar que a redação conferida a este dispositivo pela Emenda Constitucional de Revisão 4/1994, foi responsável pela edição da Lei Complementar 135/2010 (Lei da Ficha Limpa) que, como já se disse,

para a preservação do futuro mandato, proibiu candidaturas daqueles que já tenham condenação, mesmo sem o trânsito em julgado da decisão. (SPITZCOVSKY, 2013).

Assume imensa importância, o fato de que a inelegibilidade para a preservação da moralidade administrativa fora introduzida apenas a partir de 1994, justificando assim a inexistência de qualquer previsão a respeito na Lei Complementar 64/1990, esta conhecida por Lei das Inelegibilidades. (SPITZCOVSKY, 2013).

A Lei Complementar 64/1990, veio a contemplar hipóteses resultantes de condenação por órgão colegiado, de acordo com as inovações estabelecidas pela Lei Complementar 135/2010 (esta de iniciativa popular), na redação atual do dispositivo constitucional. (SPITZCOVSKY, 2013).

Outro importante Princípio ao caso é o princípio da cidadania, de acordo com a Carta magna de 1988, o conceito de cidadão é, aquele indivíduo a quem a mesma confere direitos e garantias – individuais, políticas, sociais, econômicas e culturais, e lhe confere o poder do efetivo exercício dos mesmos, além de meios processuais eficientes contra a violação do gozo por parte do Poder Público. (MAZZUOLI, 2001).

Esta concepção de cidadania supera a antiga doutrina do constitucionalismo imperial, a qual elencava as prerrogativas de quem então poderia participar da vida política do país, ou seja, quem detinha os direitos políticos legais da época. (MAZZUOLI, 2001).

Observe-se que, a Constituição Federal de 1988, em seu art. 14, ao tratar dos direitos políticos, não se refere, sequer, à expressão cidadania: "A soberania popular será exercida pelo sufrágio universal e pelo voto direto e secreto, com valor igual para todos (...)". Assim, a Constituição faz uma separação entre cidadania e direitos políticos, ao tratar das leis delegadas, excluindo do âmbito da delegação legislativa a nacionalidade, cidadania, direitos individuais, políticos e eleitorais. (art. 68, § 1.º, II,CF).

Não mais se considera a cidadania como simples qualidade de gozar direitos políticos, mas sim de aferir direitos fundamentais que devem impor-se, obrigatoriamente à ação dos poderes públicos. A cidadania consiste na consciência da sociedade como titular de direitos fundamentais, como: da dignidade como pessoa humana, integração participativa no processo do poder, com consciência de que essa situação envolve deveres de respeito à dignidade dos outros, contribuindo para a melhora da sociedade. (MAZZUOLLI, 2001).

A Constituição brasileira de 1988 endossa, a concepção de cidadania, afinada com as exigências da democracia, sendo fundada no duplo pilar da universalidade e indivisibilidade dos direitos humanos. (MAZZUOLI, 2001).

O “princípio constitucional da solidariedade” é princípio expresso, nos termos do artigo 3º, inciso I à IV, da Constituição Federal de 1988, o qual preceitua:

“Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil:
I – construir uma sociedade livre, justa e solidária;
II – garantir o desenvolvimento nacional;
III – erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais;
IV – promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.”

Tais objetivos são ações que devem ser almejadas e efetivadas pelos entes da federação para a construção de uma sociedade livre, justa e solidária, que seja capaz de garantir o desenvolvimento nacional, erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais, promovendo o bem de todos, sem preconceitos de qualquer natureza.

Ferraz Filho (2012), comentando o artigo 3º, inciso I, da Constituição Federal de 1988, refere-se que a solidariedade norteia a amizade política em espaço público, a aproximação e cooperação social entre as pessoas, não sendo coercitiva, pois tem como pressuposto necessário a liberdade, havendo cooperação na sociedade partindo de seus membros, não podendo ser imposta pela estrutura política.

Canotilho (2006), ressalta a importância de o hermenêuta estar atento aos problemas da solidariedade em seu tempo, destacando que a constituição não é apenas um mero texto, mas uma certa expressão cultural do povo e seu desenvolvimento, devendo estar aberta aos temas do futuro, havendo responsabilidade e solidariedade (ambiente, dívida pública, segurança social), face aos problemas inerentes à sociedade em relação ao seu crescimento.

Entende-se que a melhor hermenêutica constitucional atribuí eficácia plena ao princípio da solidariedade, este inscrito em nossa Carta Magna no artigo 3º, inciso I, o qual corresponde a um princípio presente em todas as constituições dos Estados Sociais, sendo marcado pelo reconhecimento constitucional de direitos sociais, relacionados à regulação do trabalho e a seguridade social, presente em todos os modelos de Estado chamados Estados Democráticos de Direito.

Farias (2008) traz o tema solidariedade enquanto matéria pertencente ao mundo do direito de forma simples e de fácil compreensão, diferenciando tão logo

perceptível a solidariedade do mundo do direito para a solidariedade social, demonstrando a importância da solidariedade jurídica para a nova hermenêutica e respectiva transformação para o mundo jurídico e indiretamente social, vejamos o que diz o autor.

Exatamente por isso que o direito de solidariedade digna uma técnica, uma nova maneira de dizer o direito, articulada sobre uma racionalidade jurídica de normas heterogêneas, que pode assumir contornos particulares, uma vez que o sistema de direito possui sempre um caráter reflexivo, porque, de um lado, é mediante as diversas manifestações do direito que as práticas sociais são refletidas e reguladas, e por outro lado, o sistema de direito é um conjunto de regras particulares, as quais dependem de critérios de juridicidade e de práticas dê juízo jurídico particulares ao sistema jurídico considerado. (FARIAS, 2008, p. 6-7)

Ainda Farias (2008), busca demonstrar que o direito não pode ser pensado sem atender os interesses sociais, uma vez que a razão de existir do direito é para atender a civilização humana, assim pensar nas complexidade humana e social é realizar o direito, neste caminho o direito de solidariedade faz parte de um processo de afirmação do “nós” contra a pressuposição individualista e egoística do “eu”, na perspectiva da terceira dimensão.

Como pode-se perceber a solidariedade jurídica como norma a ser aplicada, é senão a atenção da hermenêutica do direito quando na aplicação da lei observar a função social, humana e coletiva, deixar de lado a individualidade exacerbada e voltar-se para uma função social jurídica, dando atenção inclusive para “direitos difusos” (FARIAS, 2008). Interpretar a norma sob um viés social, coletivo, psicológico social, ambiental, econômico, público, privado, e acima de tudo humano.

Reis (2010) é um dos estudiosos mais a finco no tema, grande parte de seus estudos e pesquisas, inclusive como curso em especializações na área de direito, como grupos de estudos são voltadas para estudos no presente tema da solidariedade jurídica, como pesquisador na área o mesmo demonstra a importância do respectivo princípio para estes novos tempos do direito, vejamos o que os estudos do autor levaram suas conclusões quanto a importância do respectivo princípio à hermenêutica contemporânea.

Somente um processo aberto de interpretação será capaz de otimizar a realização dos direitos com a ajuda da solidariedade, atuando como sustentáculo de tais garantias em sede de decisão. Trazida para a contemporaneidade, a vertente solidária surgiu em meio às palavras de ordem da revolução Francesa e reeditou o significado da fraternidade, sempre com postura abstrata e alta carga moral. (REIS. 2010, p. 3339)

Assim, reconheceu-se a importância da estrutura hermenêutica-filosófica para, então, trabalhar a ideia que é trabalhar a solidariedade como razão de ser dos direitos fundamentais sócias, mesmo diante das restrições estatais, e, assim, abrir espaço para a busca de realizações concretas para as promessas catalogadas constitucionalmente.

Mesmo que ainda pequena, a participação do princípio da solidariedade na interpretação envolvendo os direitos sociais pode otimizar a real efetivação dos direitos, já que é sabido que nem tudo o que se almeja numa democracia consta escrito na Constituição. A solidariedade, utilizada como sustentáculo dos direitos sociais, é valor hermenêutico e, apoiada na proibição do retrocesso social, concentra a ideia de força pela construção de uma interpretação mais ativa, que envolva a consciência do homem enquanto ser coletivo. (REIS. 2010, p. 3340)

Como pode-se perceber pelos estudos dos pesquisadores acima, respectivo princípio está a ser, e será uma das apostas dos novos tempos da hermenêutica jurídica, não apenas como necessidade diante as transformações jurídicas e de valores sociais, mas humanísticas também, inclusive ao pensar nas futuras gerações, pensar em legislar, em executar e aplicar o direito e a legislação, assim como a administração pública e privada, deve-se observar o princípio da solidariedade, pois o mesmo está além do que se imagina, sua aplicação reflete no meio ambiente, economia e finanças, direitos e garantias fundamentais, direitos difusos, assim como na esfera individual privada. Pensar e aplicar o princípio da solidariedade é senão educar o povo a viver, construir uma cidadania progressista e proteger a espécie humana e tudo que está necessita para viver bem.

Por mais que já estudado como um subcapítulo, mesmo assim não se pode deixar de estender a pesquisa para o “Princípio da Democracia” como um princípio de norma, Respectivo princípio é a base de poder do povo, por ele a nação e seu povo exercem o mando, a transferência do poder de outrora nas mãos dos monarcas passam as mãos do povo, falar em democracia é referir-se em “poder”, democracia é resultado da luta e conquista do poder para o povo, democracia é senão a base dos demais princípios que garantem ao ser humano uma vida digna, como se compreende da leitura em Guerra Filho (2002).

O autor usa um termo proferido por Loewenstein (1891-1973) que refere-se a expressão “*decisão política fundamental*”, seria uma espécie de norma metafísica, semelhante ao que preconizava Kelsen (1881-1973), voltando à ideia de Guerra Filho (2002) estando este princípio da decisão política fundamental no topo da pirâmide uma vez representando o poder do povo, instituir-se-ia então o Princípio do Estado Democrático, este podendo ser entendido como o resultado de duas conjunções

básicas exigidas pela sociedade, sendo a *legalidade* e a *legitimidade*, onde teríamos então o Estado de Direito e o de Democracia, compondo o Estado Democrático de Direito, e com estes então a exteriorização dos direitos do homem em um documento escrito, passando ao cabo da positivação do princípio da Dignidade da pessoa humana, quando estar-se-ia no Estado Democrático de Direito e Social.

Como dito ser o poder do povo e emanar deste na dicção do “parágrafo primeiro” do art. 1º da Constituição Brasileira de 1988, diz que: “Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição.” Sendo o Estado Brasileiro uma república federativa e democrática de direito e então o povo como titular do poder, com a atividade estatal sendo legitimada pelo povo, objetivando-se assim o interesse da coletividade a carta constitucional traz em seu corpo textual e contextual o princípio democrático, explanado e definido no art. 1.º caput, o qual estabelece: “Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição. (SPITZCOVSKY, 2013), salienta-se que já no preâmbulo tem-se a expressão, vejamos:

Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembléia Nacional Constituinte para instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias, promulgamos, sob a proteção de Deus, a seguinte CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL. (preâmbulo de Constituição da República Federativa do Brasil de 1988) grifamos.

Conforme entende Spitzcovsky (2013), o povo poderá exercer diretamente seu poder, eis que isto denomina-se de “democracia representativa”, que é uma democracia direta, conforme elencadas as hipóteses previstas na Constituição Federal 1988, ou por meio de seus representantes eleitos. Os instrumentos de manifestação direta de soberania popular, os quais viabilizam o exercício da democracia direta sem haver intermediários, encontram-se previstos no art. 14 da CF/1988, conforme segue:

Art. 14. A soberania popular será exercida pelo sufrágio universal e pelo voto direto e secreto, com valor igual para todos, e, nos termos da lei, mediante:
I - plebiscito;
II - referendo;
III - iniciativa popular.

Para encerrar é importante transcrever as ideias de um primeiros entre outros a pensar sobre o que é o sistema democrático, ou melhor, o que é a democracia, Montesquieu (2010, p. 27-28) assim vejamos para este clássico o que se tem por democracia:

Quando, na República, o corpo do povo tem o poder soberano, temos a democracia. Quando o poder soberano está nas mãos de parte do povo, temos o que se chama aristocracia. O povo, na democracia, é, sob certo aspecto, o monarca; sob outros, é o súdito.

Só pode ser monarca pelos sufrágios, que são as suas vontades. A vontade do soberano é o próprio soberano. As leis que estabelecem o direito de voto são, pois, fundamentais nesse governo. É, como efeito, tão importante definir como e por quem, para quem, sobre o que o sufrágios devem ser dados, quanto o é na monarquia saber quem é o monarca e de que maneira deve governar.

O mesmo Montesquieu (2010, p.60) transcreve o que entende por um princípio de democracia em relação suas funções enquanto na república, diz ele:

O amor da República, numa democracia, é o da Democracia; o amor da democracia é o da igualdade.

O amor da democracia é também o amor da frugalidade. Como nela cada qual deve ter a mesma felicidade e as mesmas vantagens, cada qual deve também experimentar os mesmos prazeres e formar as mesmas esperanças; algo que só se pode esperar da frugalidade geral.

O amor da igualdade, numa democracia, limita a ambição apenas ao desejo, à felicidade de prestar à pátria maiores serviços do que os outros cidadãos. Nem todos podem prestar-lhe serviços iguais: mas todos devem igualmente prestar-lhe serviços. Ao nascer, contrai-se com ela uma dívida imensa, que nunca se pode quitar.

Perceba-se que, as abordagens acima trazem com clareza os fundamentos do poder pertencerem ao povo, a coletividade, e estar em democracia e a fortalecer é dar igualdade e poder ao povo, então estar-se-á viver a plenitude de um sistema democrático.

Com esta logica insurge o respectivo princípio no processo judícia e legislativo, ou seja, como todo o poder é do povo e sob uma base de igualdade uma vez que nem um nem outro tem ou possui mais poder, mas todos iguais perante a lei, tem-se o princípio da democracia a paridade de armas na atuação de processos e procedimentos, ou seja, contraditório e ampla defesa, garantia constitucional esculpida na constituição federal art. 5º, LV.

Reprisado a força material do respectivo princípio da democracia, a doutrina e a jurisprudência a muito fala da democratização dos procedimentos processuais sob a égide do Princípio da democracia, uma vez ser amplo, garantido até respeito e

aplicação junto aos procedimentos processuais, tanto no legislativo quanto judicial, eis que o direito de igualdade no amplo de bate entre as partes é senão ser democrático quanto à liberdade legal de oportunidade a todos envolvidos e que tenham interesse legítimo à causa, diria a paridade de armas, a Constituição Federal em seus dispositivos art. 3º, I. art. 5º caput e inc. LV, além da Constituição, tem-se a democratização do processo junto ao artigo 7º, da Declaração Universal dos Direitos do Homem onde o Estado Brasileiro é signatário. Ainda na Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica) em seu Artigo 8º - Garantias judiciais, em seu item 2, incorporado ao Direito brasileiro pelo o Decreto nº 678, de 1992. Para compreensão mister citar Del Negri (2011, p. 118):

o Devido Processo Legislativo, o qual é também Devido Processo Legal, é um direito-garantia que os cidadãos possuem com relação a uma produção democrática do Direito, uma produção realizada em consonância com o eixo teórico-discursivo atual (Direito Democrático), concretizado por intermédio do Processo Legislativo orientado pelo Processo Constitucional.

Conforme Streck (2009), é somente através da hermenêutica constitucional, visando as garantias previstas na mesma, que se ocorre à democratização do processo. Uma vez que o devido processo legal é a garantia de que cada cidadão tenha fundamentos democráticos em decisão processual aplicada, havendo ligação com o princípio do contraditório, com a possibilidade de haver influência das partes na construção de pronunciamentos decisórios judiciais.

Elenca-se o seguinte entendimento de Brêtas (2010, p. 93), acerca da racionalidade em âmbito constitucional:

O processo constitucionalizado inclui o discurso racional na legitimação do direito, em uma perspectiva democrática do processo. Tal discurso racional proposto por Habermas deve ser efetivado, no âmbito do processo, por meio da garantia do devido processo legal, com as demais garantias do processo, cujas matrizes fincam-se no contraditório, na ampla defesa e na motivação das decisões jurisdicionais centrada na reserva legal.

O direito democrático pode ser criado através do Processo Legislativo, e não pela sensibilidade do julgador. Conforme entende Del Negri (2008, p. 118):

O Devido Processo Legislativo, o qual é também Devido Processo Legal, é um direito-garantia que os cidadãos possuem com relação a uma produção democrática do Direito, uma produção realizada em consonância com o eixo teórico-discursivo atual (Direito Democrático), concretizado por intermédio do Processo Legislativo orientado pelo Processo Constitucional.

Percebe-se que os direitos fundamentais prescritos na Constituição Federal ou até mesmo em tratados internacionais, asseguram-se as garantias face ao povo urge ser assegurado ao povo em um Estado democrático de direito, eis que é seu direito participar das funções administrativas, legislativas e jurisdicionais, conforme os direitos assegurados constitucionalmente. No processo jurisdicional eleitoral, a participação por meio de discursos conduz à instituição do processo constitucional democrático, uma vez que a relação entre processo e Constituição vai em encontro à exatidão e compatibilidade desenvolvimento de um Estado democrático de direito através do processo constitucional.

Quanto a vontade do legislador como forma de princípio frente a democracia, entende Kelsen (2006, p. 390):

O ato jurídico que efetiva ou executa a norma pode ser conformado por maneira a corresponder a uma ou outra das várias significações verbais da mesma norma, por maneira a corresponde à vontade do legislador – a determinar por qualquer forma que seja – ou, então, à expressão por ele escolhida, por forma a corresponder a uma ou a outra das duas normas que se contradizem ou por forma a decidir como se as duas normas em contradição se anulassem mutualmente.

A vontade do legislador surge através da ideia que possa existir um legislador universal (ou seja, alguém que dita leis válidas para todos os lugares) como também exigir que haja a realização de um direito simples e unitário, isto é, a vontade do legislador que põs a norma jurídica através da codificação, deve ser expressa, segura e completa, uma vez que aos operadores do direito basta seguir e observar o que então fora ditado pela autoridade soberana (BOBBIO, 1995).

Entende-se face ao princípio democrático e a separação dos poderes, que a lei deve ser interpretada através segundo a vontade do legislador, eis que se o Poder Judiciário vir a modificar esta vontade legislativa, criada por meio da outorga do povo aos seus representantes, estaria assim exorbitando seu poder de atuação (a função do judiciário é julgar) e adentrando na área de competência do Legislativo. (SEGANFREDDO, 1981).

Observa-se por Bastos (2001) referindo a interpretação jurídica afirma que “a interpretação faz o caminho inverso daquele feito pelo legislador. Do abstrato procura chegar a preceituações mais concretas, o que só é factível procurando atribuir o exato significado à norma”, respectivo raciocínio está enquadrado dentro do sistema de

interpretação enquanto gênero, mas com a presente fase e entendendo pelas outras doutrinas acima propostas, poder-se-ia sugerir que a interpretação segundo a vontade do legislador seria um princípio base para toda regra de interpretação?

Corroborando com Bastos (2001) e assim aproximar se à ideia de que o método interpretativo da "vontade do legislador" estaria para ser a base dos demais métodos, tem-se na citação de Carvalho (2004) qual consigna que “a aplicação do direito pressupõe a interpretação, e esse vocábulo há de ser entendido como a atividade intelectual que se desenvolve à luz de princípios hermenêuticos, com a finalidade de construir o conteúdo, o sentido e o alcance das regras jurídicas”.

Já o “princípio da separação dos poderes”, é essencial para o equilíbrio de uma república democrática de direito e tão logo haja harmonia e independência entre os poderes, como bem posto pelo constituinte de 1988, Constituição da República Federal do Brasil de 1988 em seu artigo segundo Art. 2º “São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário.”, só teremos prazeres e virtudes, porem o desrespeito à estes princípios, estar-se-á em deparar-se a qualquer momento com o caos institucional, bem avalia Montesquieu (2010, p. 202)

Quando na mesma pessoa ou no mesmo corpo de magistratura o poder legislativo é reunido ao poder executivo, não há Liberdade; por que é de temer que o mesmo monarca ou o mesmo senado faça leis tirânicos, para executá-las tiranicamente.

Tampouco há Liberdade se o poder de julgar não for separado do poder legislativo e do executivo. Se estiver unido ao poder legislativo ser arbitrário o poder sobre a vida e a liberdade dos cidadãos.; Pois o juiz será legislador. Se estiver unido ao poder executivo, o juiz poderá ter a força de um opressor. Quando esses três poderes se encontram concentrados nas mãos de uma única pessoa ou grupo, não existe liberdade, pois esse cidadão ou grupo criará as leis de forma que sejam mais vantajosas para si próprio. Quando, na mesma pessoa ou no mesmo corpo de magistratura, o poder legislativo está reunido ao poder executivo, não existe liberdade; porque se pode temer que o mesmo monarca ou o mesmo senado crie leis tirânicas para executá-las tiranicamente. Tampouco existe liberdade se o poder de julgar não for separado do poder legislativo e do executivo. Se estivesse unido ao poder legislativo, o poder sobre a vida e a liberdade dos cidadãos seria arbitrário, pois o juiz seria legislador. Se estivesse unido ao poder executivo, o juiz poderia ter força de um opressor.

Assim deve-se prevalecer a harmonia e independência entre respectivos poderes. Um ato recente datado 29 de outubro de 2019 na 1ª Sessão Legislativa Ordinária da 56ª Legislatura, realizada as 14 horas e sendo a 207ª Sessão (Sessão Deliberativa Ordinária), o então presidente do senado federal Davi Alcolumbre/DEM, leu aos senadores presentes na sessão um ofício requerimento encaminhado pelo

então presidente do Supremo Tribunal Federal Ministro Dias Toffoli, qual reportou-se ao senado federal em consonância ao cumprimento do art. 2º da constituição, harmoniosamente e para respeitar então a independência entre os três poderes, como assunto de sugestão a alteração legislativa. Código Penal. Decreto-lei nº 2.848, de 1940, com o seguinte texto passado em leitura pelo presidente do senado:

Sr. Presidente,
Cumprimentando-o, e com respeito à independência das Casas Legislativas, encaminho a Vossa Excelência – sem prejuízo de outro entendimento ou proposição – sugestão de alteração legislativa no Código Penal (Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940), no sentido de impedir o transcurso do prazo prescricional no caso de interposição de recurso especial ou extraordinário ou dos respectivos agravos em recurso especial ou extraordinário. Com a alteração legislativa sugerida, evitar-se-á eventual extinção da punibilidade por prescrição no âmbito dos Tribunais Superiores. Nesse sentido, segue sugestão de acréscimo do inciso III e §2º ao art. 116 do Código Penal, assim como a renumeração do parágrafo único em §1º.
(2019, SENADO FEDERAL,
<https://www25.senado.leg.br/web/atividade/notas-taquigraficas/-/notas/s/23836>)

Tão logo lido a sugestão aos demais parlamentares, entre uma manifestação e outra de alguns colegas, declarou o então presidente do senado Davi Alcolumbre/DEM, que: *“E nós vamos aguardar que algum parlamentar possa fazer a apresentação desse projeto, se assim entender.”* (2019. www25.senado.leg.br)

Ainda para demonstrar a expressão e discurso que envolva respectivo princípio tem-se na mesma sessão a fala do senador Alvaro Dias/PODEMOS, assim vejamos:

Sr. Presidente, a propósito dessa sugestão do Presidente do Supremo Tribunal Federal, constantemente questionamos o Supremo, criticamos o Supremo em razão do que chamamos de invasão de competência porque o Supremo legisla, muitas vezes aproveitando o vácuo que deixamos. E esse é o caso. O Presidente do Supremo faz uma sugestão que já está tramitando no Senado Federal desde 2015 – Projeto de Lei nº 658, de 2015, altera o Código Penal para dar novo tratamento a marcos temporais que causam a prescrição da pretensão executória e a interrupção da prescrição da pretensão punitiva. É exatamente a sugestão do Presidente Toffoli, do Supremo Tribunal Federal. [...] (2019, SENADO FEDERAL,
<https://www25.senado.leg.br/web/atividade/notas-taquigraficas/-/notas/s/23836>)

Qual a ideia em trazer ao presente trabalho as notas dos senadores e o ofício do ministro presidente do Supremo? Fazer a contextualização entre a teoria e prática da aplicação do presente princípio e regra constitucional exposta junto ao art. 2º da Constituição da República Federal do Brasil de 1988, demonstrando à importância da

harmonia e independência entre os respectivos poderes para um Estado Democrático de Direito, pois uma democracia forte só se prevalece em um estado onde suas instituições estejam harmônicas e independentes, respeite os anseios do cidadão e compra os preceitos e dispositivos da norma constitucional daquela nação.

O “princípio da anualidade ou princípio da anterioridade da lei eleitora”, considera-se tal princípio como uma real expressão de democracia, não podendo ser modificadas as regras e as leis com a finalidade de haver a preservação político, econômico ou da autoridade para as benesses deste. Princípio da anualidade ou princípio da anterioridade da lei eleitoral. (COELHO, 2008).

O princípio da anualidade está expresso no artigo 16 da Constituição de 1988, alterado pela Emenda Constitucional nº 4, de 1993, o qual diz o seguinte: “A lei que alterar o processo eleitoral entrará em vigor na data de sua publicação, não se aplicando à eleição que ocorra até um ano da data de sua vigência”. (1993, www2.camara.leg.br)

O referido dispositivo constitucional trata-se de cláusula pétrea, ou seja, intangível pela força do artigo 60 da CF/88, face a segurança jurídica do caput do artigo 5º, § 2º elencando que os direitos e garantias constitucionais não excluem outros derivados do regime e princípios pela mesma adotados. Vê-se assim que este princípio vem a estabelecer a consolidação de normas ao direito eleitoral, com fulcro na CF/88, preservando o princípio da *rule of game*, ou seja, “não se pode mudar as regras do jogo no meio do campeonato”. (COELHO, 2008).

Diante isto, se houver lei eleitoral publicada a menos de um ano da eleição, esta não poderá modificar os critérios de coligações, não podendo também admitir e reger a eleição a menos de um ano de sua vigência. Assim, no momento em que a Lei entra em vigor sempre terá aplicação imediata. Entretanto só terá eficácia imediata (direta) se publicada um ano antes da próxima eleição, e só terá eficácia mediata (indireta) ou contida se for publicada sem respeitar o prazo de um ano, conseqüentemente, efeitos apenas para as próximas eleições. (COELHO, 2008).

Já o “princípio da presunção de inocência” como forma de principiologia, encontra-se disposto e consagrado na Carta Magna de 1988, mais precisamente em seu art. 5º, LVII, ressaltando o mesmo, que no Estado brasileiro ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória.

Ainda, no mesmo texto Constitucional de 1988, o art. 15, III, prevê a vedação de cassação dos direitos políticos do cidadão, uma vez que a mesma se dará nos

casos de condenação criminal transitada em julgado, e enquanto durarem os mesmos efeitos.

A Lei da Ficha Limpa (Lei nº 135 de 2010), em seu art. 2º, vem com a sua promulgação, enunciar que serão inelegíveis os candidatos, ou pessoas condenadas em decisão transitada em julgado ou proferida por órgão judicial colegiado por crimes aos quais dispõe.

Por força do que dispõe os artigos da CF/88 acima descritos, observa-se que não se poderá o pedido de registro da então candidatura da parte ser indeferida em razão do processo, caso esteja tramitando processo penal contra o então pretendente ao cargo eletivo.

Há a referida garantia de presunção de inocência, conforme entende Brito (2003, p. 49-50):

Todos são inocentes. Esta afirmação, indubitavelmente, comunica muito mais corretamente a essência do princípio. É muito mais do que dizer que uma pessoa não é culpada (ainda), ou que deve ter sua inocência (apenas) presumida. Se são inocentes, tal estado deverá ser desconstruído por quem disto discorde, através do devido processo legal.

No tocante ao princípio da irretroatividade, o art. 14 do CPC elenca que: “A norma processual não retroagirá e será aplicável imediatamente aos processos em curso, respeitados os atos processuais praticados e as situações jurídicas consolidadas sob a vigência da norma revogada”. (2015, www.planalto.gov.br)

3 A LEI DA FICHA LIMPA E SUA INCIDÊNCIA NO PROCESSO ELEITORAL DE 2010: UM DEBATE POLÊMICO

Respectivo capítulo tem como ideia base trazer um pouco da história sobre o projeto da lei da ficha limpa narrados por participantes em obras publicadas logo após sua exteriorização no mundo do direito, desde como a mesma iniciou, a luta nas ruas por número de assinaturas em prol da mesma, até a luta no congresso para que a mesma fosse aprovada, assim como sua repercussão nos tribunais após sua aprovação, eis que não será debatido os dispositivos legais da mesma, por quanto a ideia é buscar se a retroatividade da mesma foi ou não produtiva para a democracia em um sentido popular e jurídico quanto aos efeitos da retroatividade e não dos seus respectivos dispositivos, uma vez que estes só pelo fato de estarem em uma

legislação que teve iniciativa popular já são democráticos, então se conterà mais em sua história e repercussão e seus efeitos retroativos.

3.1 O contexto no qual a Lei da Ficha Limpa foi inserido

O cenário político sempre foi alvo de especulações e acusações de corrupção. Desde os primórdios a arena política teve seus espetáculos corruptíveis pelo poder, a exemplo do governo tirano de Iságora em Atenas que, com a ajuda do rei espartano Cleomenes, ao fazer uso de uma intriga elaborou um contragolpe, enviando um arauto para convencer os atenienses de que Clístenes e seus seguidores deveriam ser banidos da cidade, uma vez que a família dele era amaldiçoada, o que acabou por forçar Clístenes a exilar-se, porém através de uma forte resistência da maioria do povo de Atenas que não aguentava mais as represálias, sitiaram Iságora e os soldados espartanos por dois dias, de modo que no terceiro dia estes abandonaram a cidade, havendo o retorno de Clístenes e sua família. Historiadores relatam que, Iságora teria pago ao rei de Esparta para lhe ajudar a permanecer no trono e expulsar Clístenes, (JACOME NETO, 2017).

A luta pelo poder, principalmente com o uso dos meios corruptivos, é histórica, tanto é que a própria história cristã, na passagem de Adão e Eva e o fruto proibido, presente na Bíblia, Gênesis 3; 1/24, conta-se que homem e mulher corrompem uma ordem de Deus, comendo o fruto proibido. Neste sentido é possível vislumbrar a ideia de que, quanto menor a incidência da corrupção na sociedade civil e política melhor será a vida na mesma, bem como ensina Ghiraldelli Júnior (2013) “A democracia liberal não fabricou a corrupção, mas não pode viver sem um pouco dela, do mesmo modo que o nosso corpo não consegue viver sem bactérias (como a flora intestinal)”.

Ou seja, a corrupção vem ocorrendo desde os primórdios tempos em que o homem começa a fazer uso de seu raciocínio, porém, tudo em excesso causa repúdio e mal. No caso da corrupção instalada no governo ou pelos políticos, afeta a sociedade de forma economia no público e privado.

Contudo, é de mister importância conotar breve e singelo desenvolvimento desta cultura antiética que formou-se em torno da República Federativa do Brasil, bem como é sabido que tais raízes advém do período conhecido historicamente como Brasil-Colônia.

Neste período, houve fortes criações do mau uso do caráter e da ética cidadã, bem como pela Corte Portuguesa que aqui se instalava, realidade que está transcrita pelos ensinamentos de Romeiro (2017), “diz-se que era preferível ser roubado por um pirata em alto mar do que aportar no Brasil”. Compreender que a realidade do século XXI, referencia-se a elite colonial é a mesma mentalidade de se estar em uma terra em que se pode enriquecer sem qualquer dignidade ética.

Perceber isso, remonta-se ao cenário atual, ao qual a reprodução do tráfico de influência, nepotismo, favorecimento e abuso de autoridade, entre outros, estão visivelmente enraizados ao sistema político brasileiro, além da a corrupção ativa dos governantes frente ao seu povo. Desde o século XVI, a história remota os sentidos da corrupção visivelmente anexada a população, baseada na colonização portuguesa, que objetivava cegamente explorar e roubar o País (ROMEIRO, 2017). Tornando-se assim o que hoje se conhece como corrupção, injustiça e impunidade.

A impunidade era vista como algo corriqueiro, disfarçado aos olhos da soberania, bem como passava despercebida para determinadas elites, que sustentavam o poder com riquezas pecuniárias da época. Assim formava-se o que hoje é conhecido como jogo político, tornando assim a corrupção flexível e acessível ao poder dos governantes e adentrando-se a vida cotidiana do povo (ROMEIRO, 2017).

Neste sentido, houve então o proliferamento da falta de ética e moral, onde elites e o povo uniram forças e construíram o que hoje chama-se corrupção política, ao qual todos, sem exceção, de alguma forma, estão corrompidos ao sistema (ROMEIRO, 2017).

É com este pensamento que se é possível compreender a dimensão da corrupção e o quanto o povo, no atual cenário político, vislumbra seus governantes. Ensejando o intuito de promover perante sua cidadania acontecimentos sociais e políticos unem forças para mover-se em prol da justiça e igualdade, bem como movimentou-se popularmente a proposta de Lei da ficha limpa que através do presente trabalho, buscará compreender seus marcos históricos datados dos anos 2010 até então, para a consciência de sua força perante o plenário e interesse social.

No contexto no qual a ficha limpa foi inserida, está-se diante do forte e presente direito de exercer a cidadania, bem como da finalidade de ações judiciais com base nos preceitos da Carta Magna. Tal força cidadã é conhecida como Movimento de Combate à Corrupção Eleitoral (MCCE) que, entre os anos 2000 a 2014, buscou

incansavelmente através de iniciativa popular propor a mobilização que resultaria na Lei Complementar nº 135 de 04 de julho de 2010, conhecida como Lei da Ficha Limpa. Inicialmente, dentre os anos de 2007 e 2008, a proposta baseava-se em elaborar uma lei sobre a vida pregressa dos candidatos de forma a tornar mais rígidos os critérios de inelegibilidade.

Referida lei foi um marco ao processo eleitoral, permitindo o indeferimento de registros de pessoas envolvidas com práticas inadequadas e gerando um inédito debate social sobre o comportamento dos candidatos no tocante aos compromissos éticos (ASSUNÇÃO, 2010).

Percebendo esta dimensão e extensão da temática, é possível visualizar que, no atual cenário brasileiro a ética, governantes e população não soam exatamente como a prática da cidadania que estudiosos fazem menção. Pois popularmente tal ligação entre ambos ocorre através da relação pecuniária - a conhecida compra de votos - uma sociedade corrompida como dito anteriormente. Sendo assim o alvo desta temática é trazer o ideal de que os movimentos de cidadania em prol do combate a corrupção buscou originariamente remontar a ética que havia se perdido pelo decorrer da história.

Traduzir a lei em pequenas e eficazes palavras, remete-se em traduzir o sistema de processo eleitoral, sendo considerada uma das maiores revoluções na política brasileira. Com exuberância e clamor do povo, referida lei atingiu umas das suas plenitudes, na época da sua criação, barrando centenas de candidaturas de candidatos a representatividade do povo com intuito de purificar as ações antiéticas dos atuais governantes no mundo eleitoral (ASSUNÇÃO, 2010).

Assim, em busca de sua efetivação, buscou-se dentro do Congresso e de outras casas legislativas, o corporativismo e o poder econômico que se encarregariam de completar o resto da proteção contra os maus intencionados (ASSUNÇÃO, 2010).

Até a sua criação, no mundo político em que os governantes estavam inseridos, regia-se a regra e a proteção de um pelo outro, bem como, poderiam precisar dos préstimos dos colegas. Com a Lei da Ficha Limpa, então, as atitudes antiéticas e corruptas dos governantes estavam por um fio. Mudando assim a realidade brasileira.

Assunção (2010, p. 16), cita em sua obra, “não há nada mais poderoso no mundo do que uma ideia cujo o tempo chegou. Victor Hugo” Tal tempo é cronológico e tempestivo, sua essência traz aos cidadãos brasileiros o conhecimento de que o candidato que pretende concorrer a cargos eletivos, terá de provar que não deve nada

à justiça brasileira. Observando assim, pode-se dizer que referida lei, trata também de reger a vida pregressa dos candidatos a cargos públicos, como trata a Constituição Federal de 1988.

Com a Lei da Ficha Limpa cristaliza-se a ideia de que sua objetividade vislumbra uma melhora na imagem política como atividade essencial para a vida da população e dos Estado, buscando maior qualidade em seus representantes políticos, dignificando-a enfim.

A Ficha Limpa é uma lei complementar, que alterou a Lei de Inelegibilidade, de 1990. A Lei de Inelegibilidade já previa condições para barrar candidaturas: eram vetados analfabetos, aqueles que tivessem condenações aplicadas pela Justiça Eleitoral por processos de abuso de poder econômico ou político e aqueles que fossem condenados por alguns crimes específicos e referidas condenações já tivessem transitado em julgado, de modo que não houvesse mais possibilidade de nenhum recurso. Os autores da Lei da Ficha Limpa acrescentaram exigências e tornaram mais rigorosos os critérios já existentes.

Tais critérios já existentes são da Lei de Inelegibilidade conhecida com LC 64/90, que advém da força constitucional artigo 14 § 9º CF/1988. Esta estabelecia, sob uma visão geral, os casos de inelegibilidade e prazos de cessação. Tais inelegibilidades consistiam no impedimento temporário ou definitivo de concorrer a cargos eletivos e somente poderiam ocorrer perante hipóteses expressas em normas constitucionais ou contempladas em legislação complementar. (GARCIA, 2016)

Panutto (2013), trata de inelegibilidades infraconstitucionais, objetivando buscar a inelegibilidade como uma forma de proteção à moralidade administrativa, tornando inelegíveis os parlamentares que agirem de forma incompatível com o decoro parlamentar ou que mantiverem relação vedada com a administração pública.

Neste sentido, é mister lembrar que foi a partir da Lei Complementar 64/1990, que surge um contexto normativo de caráter com conteúdo em normas de Direito Material e de Direito Processual às condutas e causas de inelegibilidade. Trata, acerca do processo e do procedimento de impugnação da candidatura, de prazos e atos processuais, dentre outros. E ao final do texto legal, cuida de revogar expressamente a Lei Complementar nº 5 de 5 de abril de 1970, advinda do regime de exceção decorrente da Emenda Constitucional 1, de 1969. (GONÇALVES; GOMES, 2018)

Detalhe interessante sobre os pontos alterados é que pode-se visualizar, com eficiência, a luta da cidadania em prol de promover uma sociedade política mais

honestas. Retardando assim a possibilidade de um possível candidato em desacordo com a moralidade e probidade administrativa regressar tão logo aos cargos políticos ou sob uma candidatura a cargo político, antes dos procedimentos jurídicos processuais legalmente previstos, desta forma a Lei da Ficha Limpa LC 135/2010, possui intuito de tornar o processo eleitoral mais célere, o que a Lei da Inelegibilidade LC 64/1990, sozinha não conseguiu, apesar de seu objetivo máster ser de promover a probidade administrativa e a moralidade.

Contudo, a saber mais sobre a Lei da Inelegibilidade LC 64/1990, é preciso compreender que o estopim desta normatização está em observar a vida pregressa do candidato (artigo 1º, I, “g”) analisando sua experiência com a vida política do mesmo, propondo assim a prestação de contas (artigo 70 CF/1988), bem como cabe à justiça eleitoral o julgamento deste.

A inelegibilidade de um candidato pode ser pedida por qualquer candidato, partido político, coligação ou pelo próprio Ministério Público Eleitoral perante a Justiça Eleitoral. A representação deve ser feita por meio da Ação de Investigação Judicial Eleitoral e deve relatar fatos e indicar provas, indícios e circunstâncias. (GARCIA, 2016)

Bem como a característica sobre a inelegibilidade imposta pela Lei da Inelegibilidade LC 64/1990, precisa ser descrita como insanável e um ato doloso de improbidade administrativa, para então ser julgado e processado perante a justiça eleitoral.

Ainda mais, a Lei da Inelegibilidade LC 64/1990 estabelecia, de acordo com o art. 14, § 9º, da Constituição Federal, casos de inelegibilidade e prazos de cessação consistindo no impedimento temporário ou definitivo de concorrer a cargos eletivos e somente poderia ocorrer perante hipóteses expressas em normas constitucionais ou contempladas em legislação complementar. (GARCIA, 2016)

Art. 14. A soberania popular será exercida pelo sufrágio universal e pelo voto direto e secreto, com valor igual para todos, e, nos termos da lei, mediante: § 9º Lei complementar estabelecerá outros casos de inelegibilidade e os prazos de sua cessação, a fim de proteger a probidade administrativa, a moralidade para exercício de mandato considerada vida pregressa do candidato, e a normalidade e legitimidade das eleições contra a influência do poder econômico ou o abuso do exercício de função, cargo ou emprego na administração direta ou indireta. (Redação dada pela Emenda Constitucional de Revisão nº 4, de 1994)

Então, a Lei de Inelegibilidades estabelece, de acordo com o artigo 14 da Constituição Federal, as hipóteses que geram o impedimento ao eleitor de se eleger e os prazos para a cessação do período de inelegibilidade. O objetivo da Lei é proteger a normalidade e a legitimidade das eleições contra a influência do poder econômico e do abuso do exercício de função, cargo ou emprego na administração pública direta e indireta.

Abuso do exercício da função, pequena frase, com uma imensurável carga de sentimentos e ações advindas de um povo, foi das reações revoltantes e energéticas que a Lei da Ficha Limpa - LC 135/2010, teve forças e reergueu, é o que se verá a partir deste momento.

O ano de 2010, foi marcante, e inicialmente não há como não mencionar o fim de oito (8) anos da era Lula, e o início de sua sucessora Dilma Rousseff, a primeira mulher presidente do Brasil (a frente de um governo onde menos de 40 anos passou por um regime militar e pela doutrina majoritária trata como regime de ditadura militar), passa por inúmeros escândalos políticos com repercussões internacionais.

Mas anterior ao ano de 2010, como as coisas eram? Como o povo mantinha-se frente a tantos escândalos? Para que fosse dada a largada ao início dos trabalhos populares, o projeto de lei de iniciativa popular exigia, assim, ampla participação popular e articulação nacional dos organizadores. O povo brasileiro, tachado e apático politicamente, dá uma importante demonstração de civismo. O instituto da lei de iniciativa popular, já chamado de decorativo, ganha força com a Lei da Ficha Limpa. Tornando os gestores corruptos inelegíveis, lembrando, inelegível é quem não está apto a ser escolhido como representante do povo por meio das eleições, não pode sequer registrar candidatura a qualquer cargo eletivo. (DONADELLI, 2012)

É notório perceber que a corrupção mais severa assola o país desde os anos da ditadura militar, ao qual seguem alguns nomes importantes governo de João Goulart e Castelo Branco. A parte melancólica nessa época está no fato de que, os militares tiveram que reconhecer que o combate à corrupção era atividade estranha à corporação, além de aprenderem a conviver e até a beneficiar-se dela. (DONADELLI, 2012)

Mas a corrupção seguia, e foi em direção ao governo Sarney, na década dos anos 80, ao qual eclodiu a crise política, aliada à crise econômica, onde a prática do nepotismo se tornou descarada também ocorreu uma Comissão Parlamentar de Inquérito (CPI) para investigar denúncias de corrupção durante tal governo, além de

pedidos de *impeachment* arquivados pela presidência da Câmara. (DONADELLI, 2012)

Mas nenhum esforço foi em vão, houve no Brasil o presenciável início dos procedimentos de Impeachment de Fernando Collor (qual renunciou antes da conclusão do processo), e os anos noventa foram abarrotados de denúncias e noticiários bombásticos de corrupção, passando a assumir o governo a pessoa de Itamar Franco, sucedendo este ao governo de Fernando Henrique Cardoso, que também foi abalado por uma série de denúncias de corrupção. Mas o estopim deste último se deu a através do que hoje conhecemos como privatizações, com a maior acusação de compra de votos para a aprovação de emenda constitucional que permitiu a reeleição para os cargos do Poder Executivo. E então o povo conseguiu a Lei da Inelegibilidade dos anos 90. (DONADELLI, 2012)

Contudo, no decorrer dos anos, sucessivos escândalos começaram a eclodir, tais como o conhecido Mensalão, as CPI's que a mídia assombrava o povo, a corrupção cada vez mais clarividente e o povo suportando desde as máfias corruptas até os representantes que deveriam representar o povo brasileiro no plenário.

Abaixo traz alguns casos de corrupção que mobilizaram o país e que ocorreram antes do projeto e alguns antes e durante as mobilizações pela Lei da Ficha Limpa LC 135/2010, refere-se a matérias jornalísticas junto a fontes de comunicação Globo e Folha UOL, acessados em (2015, www.Globo.com), (2006, www.g1.globo.com) e (2017, www.Folha.UOL.com.br).

Jornal Folha de S.Paulo - FERROVIA NORTE-SUL (trem fantasma - 05/1987)
Em furo do colunista Janio de Freitas, a Folha antecipou o resultado das empresas que venceram a concorrência para a construção da ferrovia Norte-Sul (a Odebrecht era uma delas). Iniciada há 30 anos, a obra não foi concluída até hoje.

Jornal Folha de S.Paulo - CPI DO ORÇAMENTO (anoes do orçamento - 10/1993) Em outubro, o Congresso começou a apurar as denúncias do economista José Carlos dos Santos, que acusou parlamentares de fraudar o Orçamento cobrando propina de empreiteiras. Seis dos chamados "anões do Orçamento" foram cassados.

Jornal Folha de S.Paulo - Empreiteiro revela como funciona o esquema da corrupção (empreiteiras - 10/1993) CR ALMEIDA Em entrevista, o empreiteiro Cecílio do Rego Almeida (1930-2008) falou de esquemas de corrupção com dinheiro público e citou casos desde 1971, quando o governador do Paraná, Haroldo Leon Peres, foi cassado sob acusação de pedir propina

Jornal Folha de S.Paulo - Folha revela como empreiteiras e bancos financiam o jogo eleitoral (Eleição S/A - 10/1995) ELEIÇÃO S.A. Caderno especial expôs pela primeira vez o mapa das doações eleitorais no país. Os dados mostravam que empreiteiras e bancos haviam sido os maiores doadores à campanha de FHC e outros; especialistas já apontavam o uso de caixa dois

G1.globo.com - MÁFIA DAS AMBULÂNCIAS USAVA 33 EMPRESAS EM FRAUDES (mafia das ambulancias - 09/2006) Controladoria-Geral da União mostra que família Vedoin usava esquema pulverizado com empresas para fraudar licitações.

G1.globo.com - Pagamento de valores a parlamentares para deliberação de votos — (Mensalão - 2005/2006) funcionou de 2005 a 2006 e se caracterizou pela compra de votos de parlamentares no Congresso Nacional — é emblemático por vários aspectos.

Jornal Folha de S.Paulo - PF prende 46 acusados de corrupção (operação navalha - 05/2007) OPERAÇÃO NAVALHA Em maio, a Polícia Federal prendeu 46 acusados de corrupção em 9 Estados, incluindo um ex-governador do MA (José Reinaldo Tavares). Segundo a PF, o centro do esquema de desvio de dinheiro de obras públicas era a construtora baiana Gautama.

G1.globo.com - Caso Furnas (corrupção superfaturamento - 2008) O esquema levantou indícios de superfaturamento na construção de duas hidrelétricas, Batalha e Simplício, que começou em 2008, pela empresa estatal Furnas Centrais Elétricas.

Jornal Folha de S.Paulo - PF investiga doações ilegais da camargo correia a políticos (operação castelo de areia - 03/2009) OPERAÇÃO CASTELO DE AREIA - PF prendeu quatro diretores da empreiteira Camargo Corrêa, acusada de superfaturamento, doação ilegal a partidos e lavagem de dinheiro. Em 2011, a operação foi anulada pelo STJ, que declarou ilegais as interceptações telefônicas.

Jornal Folha de S.Paulo - 'Consórcios paralelos' driblam licitações de obras no Brasil (consorcios paralelos - 04/2010) CONSÓRCIOS PARALELOS Folha mostrou como empreiteiras driblavam as licitações públicas e partilhavam o pagamento “por fora” —o grupo que fazia a obra não era o que havia vencido a concorrência. Modelo funcionou nos metrô de Salvador e do Rio, entre outros.

Jornal Folha de S.Paulo - Resultado de licitação vazou há 6 meses (metrô de SP - 10/2010) METRÔ DE SP Folha registrou em vídeo e cartório, em abril de 2010, resultados de uma licitação para o metrô paulista (lotes da linha Lilás) que só seriam anunciados em outubro. A concorrência havia sido aberta em 2008, na gestão José Serra (PSDB).

Jornal Folha de S.Paulo - BR-101, um receituário de DESVIOS (BR-101 - 09/2011) BR-101 Investigações de obras da maior rodovia litorânea do Brasil, com 4.500 km, revelaram um catálogo de fraudes que iam desde pagamento por materiais não usados até atrasos para favorecer a assinatura de aditivos, que encarecem a obra. (<<http://arte.folha.uol.com.br/poder/2017/04/23/30-anos-escandalo/?w=620&h=4000>>

<<http://g1.globo.com/Noticias/Politica/0,,AA1261957-5601,00-MAFIA+DAS+AMBULANCIAS+USAVA+EMPRESAS+EM+FRAUDES.html>>
<<https://epocanegocios.globo.com/Informacao/Dilemas/noticia/2015/03/os-maiores-escandalos-de-corrupcao-do-brasil.html>>

Diante de tanto fatos corruptíveis o cidadão inconformado mobilizou-se com apoio de organizações e entidades de classe e antes mesmo de 2010 iniciaram-se os trabalhos na proposição e luta por uma legislação que colocasse ordem e moralidade no meio político. Propondo uma das leis mais importante do País em prol da busca de ética, justiça, probidade, moralidade e porque não dizer no exercício da sua soberania contra a corrupção.

A rua onde o povo não pisa, está aberta ao público! Parece estranho, mas é assim mesmo! Contudo, quando o povo disperso resolve se juntar para gerar o fenômeno do povo unido, aí a coisa muda! Policiais quase gentis nascem como as flores das pradarias, repentinamente, impedindo o acesso desse povo especial àquela rua.

Os donos da rua ganham ares de negociadores, apesar de armados e falam a voz arranhada do governo, indisposta ao diálogo ou qualquer similar que possa sugerir coisas antigas, como democracia.

Para os guardiões da rua o comando vem através de um rádio, interligando uma legião de cidadãos fardados, protetores (?) ou violadores (?) daquela rua, que vive a tensão e a angústia de não sentir mais o prazer de ser pisada pelos legítimos donos dos milhares de simbolismos que unem “povo e rua”, o casamento da liberdade! Saudosa da poesia, da luta e do suor quente dos trabalhadores em protesto, a rua decepcionada aprecia a fria silhueta de um Palácio de Vidro, exótica ostentação de alheamento do poder político à vida real da quente Maceió, reprimida e resistente no encanto de seu povo que agora protesta na esquina, ao longe, sem incomodar os passos predeterminados de um governo que esqueceu aquilo que deveria representar.

Abraçados aos sagrados que recebem as oferendas na encruzilhada da fé, de megafone em punho ou microfone sem fio na mão, geme o desengano nosso trabalhador sedento, engasgado com as perseguições e punições tornadas legais. Falar é muito para quem é instigado a calar diariamente! Falar é preciso quando caminhar e protestar é proibido! (LAURINDO, 2009, www.alagoas24horas.com.br)

A iniciativa popular, assim, basilada no artigo 14, III e artigo 61, §2º da Carta Magna, traz a iniciativa como um direito político sendo, segundo Rawls (2011), um elemento constitucional essencial, o qual informa a razão pública de uma sociedade democrática. Já em um aporte jurídico constitucional, a iniciativa popular de lei, na qualidade de direito político, estaria compreendida no status ativo referente aos direitos fundamentais, pelo qual, na relação vertical entre o indivíduo e o Estado, aquele poderia participar na formação da vontade nacional, o que significa a capacidade de o cidadão ser titular de direitos cívicos e como o exercício de tais direitos, ajuda o Estado a se construir e nele participar. (CAGGIANO; SILVA; VARGAS, 2014)

Quando se observa a iniciativa popular de lei como direito político, tem-se de admitir que ela se refere às condições de possibilidade de se fazer política, mas não com uma influência direta no fazer a política, pois este fazer compreende muito mais ações do que a simples propositura popular de lei. Esse direito político tem a capacidade, sim de influenciar as condições de possibilidade da política. (CAGGIANO; SILVA; VARGAS, 2014)

3.2 Análise dos dispositivos dogmáticos da Lei da Ficha Limpa e seus efeitos no processo eleitoral em curso

Respectivo subcapítulo fará um estudo mais voltado sobre os efeitos dos dispositivos que levaram, motivaram a aplicação retroativa da lei da ficha limpa e automaticamente trazendo eleitos de aplicação geral à casos semelhantes em toda jurisdições eleitorais do país. A pesquisa analisara julgados e a doutrina para então contribuir para a resposta da pergunta problema da pesquisa acadêmica em tela.

Neste diapasão apresentar-se-á a contextualização da obra de Caggiano (2014), elaborada a partir de uma pesquisa que traz em números os impactos da Lei da Ficha Limpa - LC 135/2010, bem como busca explicar através do envolvimento de toda uma equipe, composta por magistrados do TRE do Estado de São Paulo, além de professores e alunos da Universidade do mesmo Estado.

Pois bem em sede de marco inicial, os dados gerais da pesquisa apresentam os seguintes resultados:

- 1.077 acórdãos e 90 sentenças, fornecidas pelo TRE (SP)
 - A) 85 acórdãos tratam de questões processuais;
 - B) 421 candidaturas foram obstadas no âmbito do TRE (SP);
 - C) Casos que se discutiu a rejeição das contas pelo Tribunal de Contas;
 - D) não houve identificação de decisões sobre as alíneas, “f”, “k”, “q”, “n” do art. 1, I da Lei das Inelegibilidades - LCP 64/1990;
 - E) 368 decisões precedentes para formação de suas razões.
- Sobre registro de candidaturas ou impugnações a esses registros tem-se um total de 547 decisões, dentre acórdãos e sentenças. Seis casos extintos a partir de matérias preliminares; 541 casos extintos com julgamento de mérito com 382 candidaturas obstadas. (CAGGIANO; FULIARO 2014, p. 26)

Neste momento processual nos trâmites eleitorais, houve acórdãos que julgaram recursos de AIJEs - (Ação de Investigação Judicial Eleitoral), pois as procedências dessas ações aplicavam a cassação do registro de candidaturas além da declaração de inelegibilidade. Foram constatados: 328 acórdãos; 44 casos de acolhimento de matérias preliminares, sendo 36 sem julgamento de mérito e 8 pela decadência. (CAGGIANO; FULIARO, 2014)

Na mesma obra de Caggiano, os autores Mazotti e Silva, trazem a informação de que aproximadamente 460 acórdãos e 87 sentenças são oriundas a impugnações de registro de candidatura com base na Lei da Ficha Limpa. Bem como em relação aos resultados dos julgamentos, verificou-se que, em termos absolutos, a hipótese que mais resultou em inelegibilidade de candidatos foi referente à rejeição de contas pelo Tribunal de Contas, barrando aproximadamente 160 candidatos. Também merece

destaque o elevado número de candidato com condenação criminal que tentaram concorrer ao pleito, mas foram impedidos. (CAGGIANO; MAZOTI; SILVA, 2014)

Assim, verificou-se que a ação de impugnação de registro de candidatura foi uma forma de veículo processual para barrar a candidatura dos inelegíveis, correspondendo a praticamente metade das decisões analisadas. Considera-se que 382 candidatos foram barrados pela Justiça Eleitoral de SP em sede de impugnação de candidatura. (CAGGIANO; MAZOTI; SILVA, 2014)

Quanto aos julgamentos apurados pelo estudo referente ao impacto da LC 135/2010 - Lei da ficha limpa nas eleições de 2012 no que se refere a prefeitos e vereadores, assim dos 1.077 acórdãos analisados, demonstrando-se que o Tribunal fundamentou suas decisões com base em fatos e provas e na legislação pátria. (CAGGIANO; TORRES, 2014)

Caggiano; Aris (2014) apresenta os efeitos colaterais da aplicação da LC 135/2010 – lei da ficha limpa nas eleições de 2012, entendendo-se como principal efeito colateral a substituição do candidato às vésperas do pleito. Ocorre que após o regular registro das candidaturas perante a justiça Eleitoral, ante a subsunção de alguns candidatos a hipótese de inelegibilidade trazida pela lei da ficha limpa - LC 135/2010, tais registros foram impugnados, nos termos do artigo 3º da LC 64/1990 – lei das inelegibilidades. (CAGGIANO; ARIS, 2014)

Caggiano (2014) em sua linha de estudo apresenta os dispositivos legais, que permitem a substituição do candidato a qualquer tempo antes do pleito, e assim é possível perceber a motivação dos partidos e coligações por bem substituir tais candidatos, consoante autorização prevista ao art. 13 da Lei de Eleições, Código Eleitoral em seu artigo 101 § 2º. Assim após o indeferimento dos registro em razão das alterações trazidas pela lei da ficha limpa - LC 135/2010, houve a substituição dos candidatos aos pleitos majoritários às vésperas das eleições.

Neste íterim, o Ministério Público Eleitoral, sustenta que é abuso de direito, ausência de boa fé e fraude à legislação. E o entendimento do Tribunal Superior Eleitoral (TSE), foi no sentido de considerar válidas as substituições em caso de renúncias a sua substituição em 24 horas antes do pleito, tendo em vista que inexistente prazo mínimo para essa troca. (CAGGIANO; ARIS, 2014)

Na obra Caggiano (2014), a autora ainda aduz que não há constância de indicação reiterada da mesma decisão e não se apura a adoção de balizamento das

decisões em um caso específico de tal forma a uniformizar-se. Em geral fundamenta-se a decisão na lei em si ou nos fatos.

Ainda no que concerne a situação dos casos de inelegibilidade decorrente da aplicação da lei da ficha limpa - LC 135/2010 junto ao TSE, aponta-se reduzido número de decisões pesquisadas. Isso pode decorrer pelo fato de que ainda não foram realizadas eleições nacionais¹¹ em que a atuação direta da Corte Superior afigura-se mais expressiva. De todo modo, já se pode notar que há casos tratados pelo TSE que não se iniciaram no âmbito do TRE-SP, tais como o julgamento de 3 hipóteses de perda de mandato por renúncia para evitar cassação, situação que não foi levada a justiça paulista. (CAGGIANO; ARIS, 2014)

De toda forma, mister apontar as tensões e confrontos que se instalaram em vários municípios entre a manifestação do eleitorado, num começo de aplicação da Lei da Ficha Limpa, e os resultados eleitorais decorrentes desta pioneira incidência. (CAGGIANO; ARIS, 2014)

Em acesso à página da web do TSE (2018, www.tse.jus.br), dados referentes as eleições a nível nacional no ano de 2018 para, presidente deputados, federais senadores, governadores, deputados estaduais, deputados distritais, apurou-se os seguintes dados: Indecisões preliminares junto ao TSE por abuso de poder com fluxo na lei das inelegibilidades LC 64/90 teve seu indeferimento de 8 candidatos, observando que os mesmos chegaram concorrer mas nem sequer elegeram-se. (2018, www.tse.jus.br)

Também foram situações de deferimento, ausência de requisito de registro onde atingiram 1793 candidatos. Por compra de voto com base na lei eleitoral teve se um candidato indeferido, mas não foi eleito. Quanto ao indeferimento por condutas vedadas pela lei eleitoral tivesse três candidatos, também não eleitos. Porém demais significância foram os dados quanto as candidaturas, julgadas por inaptas, os casos envolvendo a ficha limpa totalizaram 155 nomes, tendo apenas dois suplentes e o resto nenhum eleito. (2018, www.tse.jus.br)

Casos de impugnação também surpreende em relação aos demais dados tiveram 292 casos, em grande maioria não eleitos havendo apenas alguns suplentes. Quanto tá o caso de indeferimento de partidos ou coligações, teve-se 233 casos.

¹¹ salienta-se que estar-se a referendar sobre a obra de (CAGGIANO; ARIS, 2014), assim para a época de suas pesquisas ainda não teria ocorrido eleições.

Ainda teve os casos com gastos ilícito de recursos com dois inaptos. (2018, www.tse.jus.br)

Os casos de indeferimento de candidaturas após recurso, foram de 14 candidatos pela lei da ficha limpa de 21 candidatos por impugnação, e 6 casos do indeferimento de partido ou coligação. Observando os dados acima o TSE registrou o número de 2.586 candidaturas inaptas pela justiça eleitoral. (2018, www.tse.jus.br). Devendo observar que deste total de indeferimentos de candidatos, nenhum elegeu-se, apenas poucos conseguiram a suplência, porém como foi reconhecido a inaptidão não assumiriam o cargo fossem os casos, pode-se anotar com isto que, o simples fato da ocorrência da luta pela ficha limpa trouxe ao eleitorado/cidadãos uma conscientização eleitoral e não elegeram nomes que possuíam problemas com a legislação.

Tiveram ainda nas candidaturas 2016 para prefeito e vereadores o indeferimento das candidaturas por abuso de poder 58 candidatos, compra de voto 30, conduta vedada 53. (2016, www.tse.jus.br). Mas espantador foram os casos de indeferimento as candidaturas com base na lei da ficha limpa que alcançou 1.698 candidatos. Como se pode perceber em relação as eleições municipais ocorridas em 2016 para as eleições nacionais ocorridas em 2018 com o amadurecimento da lei da ficha limpa, observando os dados pode-se constatar a ocorrência de um amadurecimento político e democrático por parte do eleitorado, e também muito que mínima mas o correndo por parte do político.

Após uma breve atualização dos dados envolvendo as eleições nacionais em 2018, voltamos a análise dos impactos mais marcantes ao processo eleitoral à época das implicações da lei da ficha limpa. Antes mesmo da respectiva legislação (LC 135/10) o clima em situação era se aplicava ou não aos processos em tramitação e já iniciados ou mesmo já encerrados, estes tratando-se de casos quais tenham sido imposta qualquer condenação enquadrada na referida lei complementar, assim como seus efeitos retrocederem a data de sua publicação. (CAGGIANO; KIM; JUNIOR, 2014, p. 89)

A incidência da Lei da Ficha Limpa aos casos pretéritos não diz respeito à retroatividade de norma eleitoral, mas sim, quanto a sua aplicação aos pedidos de registro de candidatura futuros, posteriores a entrada em vigor de referida lei, não havendo que se perquirir de qualquer agravamento, pois a causa de inelegibilidade

incide sobre a situação do candidato no momento de registro da candidatura. Exsurge da nova lei que a incidência de causas de inelegibilidade em face de condenações por órgão colegiado, sem exigência de trânsito em julgado, resulta da necessidade de exigir dos candidatos vida pregressa compatível para o exercício de mandato. (CAGGIANO; KIM; JUNIOR, 2014)

De encontro ao limite temporal e instrumentos para arguição de inelegibilidade, o artigo 11 § 10º da lei 9.504/97 inserido pela lei 12.034/2009, aponta: as condições de elegibilidade e as causas de inelegibilidades devem ser aferidas no momento da formalização do pedido de registro da candidatura, ressalvadas as alterações, fáticas ou jurídicas, supervenientes ao registro que afastem a inelegibilidade. Há que se respeitar, no entanto, um limite temporal que é a diplomação. Portanto, o trânsito em julgado de uma sentença ou acórdão, ou mesmo o julgamento de órgão colegiado de decisão condenatória, além de qualquer das hipóteses previstas no artigo 1º, I alínea “d” e “e” da Lei de Inelegibilidades, não poderão autorizar a cassação do mandato do candidato após a diplomação, sob pena de afastar o resultado da decisão do povo, detentor do poder nos termos do artigo 1º § único CF/1988, um dos princípios fundamentais do país. (CAGGIANO; KIM; JUNIOR, 2014)

Nesse ínterim, do artigo 1º, a constitucionalidade foi levantada na conhecida ADIN 4.578 e nas ADC 29 e 30, em voto do Ministro Luiz Fux, o qual deixou bem claro que a controvérsia judicial sobre a inconstitucionalidade demonstrada nos referidos autos cuidava exclusivamente das hipóteses de inelegibilidade introduzidas pela LC 135/2010 nas alíneas *c, d, e, f, g, h, j, k, l, m, n, o, p, e q*, do artigo 1º, I, da LC 64/1990, não havendo, portanto, discussão sobre a constitucionalidade dos demais dispositivos de ambas as leis. Para o ministro Luiz Fux, as hipóteses de inexigibilidades criadas pela Lei da Ficha Limpa, podem ser divididas, classificadas em cinco grupos: a) condenações judiciais proferidas por órgão colegiado; b) rejeição de contas relativa são exercício de cargo ou função pública; c) perda de cargo, incluindo-se as aposentadorias compulsórias de magistrados e membros do Ministério Público e, para os militares, a indignidade ou incompatibilidade para o oficialato; d) renúncia a cargo público eletivo diante da iminência da instauração de processo capaz de ocasionar a perda de cargo; e) exclusão do exercício de profissão regulamentada, por decisão do órgão profissional respectivo, por violação de dever ético-profissional. (CAGGIANO; KIM; JUNIOR, 2014, p.75)

Bem como a Corte do TSE consolidou o entendimento de que nas hipóteses de inelegibilidade infraconstitucional haverá preclusão caso a impugnação não seja oferecida no prazo previsto no artigo 3º da LC 64/1990 por meio de impugnação ao registro de candidatura, não haverá como se reconhecer a elegibilidade por fatos ou elementos jurídicos supervenientes. (CAGGIANO; KIM; JUNIOR, 2014)

Com efeito, ainda tem-se o artigo 26-C da Lei de Inelegibilidades, que possibilita o órgão colegiado do Tribunal ao qual couber a apreciação do recurso contra as decisões colegiadas a que se referem às alíneas *d, e, h, l, n* do inciso I do artigo 1º podendo, em caráter cautelar, suspender a inelegibilidade sempre que existir plausibilidade da pretensão recursal e desde que a providência tenha sido expressamente requerida sob pena de preclusão. A lei fixou a competência específica para decidir sobre o pedido e registro de candidatura judicial eleitoral que tiver competência para julgar o pedido de registro de candidatura ou da impugnação ao registro assumir para si autoridade para decidir o pedido de suspensão dos efeitos da inelegibilidade. (CAGGIANO; KIM; JUNIOR, 2014, p. 91)

Assim, como resposta e consequência eleitoral, quando o candidato está sujeito a tal procedimento, é preciso observar que se o seu direito de participar como candidato de eleições só poderá ser exercido se deferida a tutela cautelar da suspensão da inelegibilidade, com comunicação oficial para Justiça Eleitoral competente para decidir a questão do registro de candidatura e ainda, a decisão que consistir no deferimento da candidatura deve ser proferida até o momento em que seja operacionalmente possível inserir o seu nome, como candidato no sistema de candidaturas. E obviamente desde que ainda não tenha sido decidido definitivamente pelo indeferimento do registro de sua candidatura pela Justiça Eleitoral. (CAGGIANO; KIM; SIQUEIRA JUNIOR, 2014)

Ainda, dentro o processo eleitoral, a possibilidade de substituição de candidatos, bem como o artigo 13 da Lei 9.504/1997, artigo 17 da LC 64/1990, e artigo 101, § 1º do Código Eleitoral, entende-se que tal interpretação dos dispositivos acima pode desestabilizar o sistema eleitoral, violando a segurança jurídica, mesmo porque existem prazos fixados na lei a serem obedecidos. Ademais, a substituição tem como legitimado ativo o partido ou a coligação e, assim sendo, há que se dar a oportunidade para que o partido possa fazer a melhor opção de garantir que aquele que tenha efetivas condições de ser eleito, com o preenchimento de todos os pressupostos

constitucionais e infraconstitucionais, possa exercer o mandato. (CAGGIANO; KIM; SIQUEIRA JUNIOR, 2014)

Bem como observar o artigo 26 – C da Lei de Inelegibilidades, mantida a condenação de que derivou a inelegibilidade ou revogada a suspensão liminar será desconstituído o registro ou o diploma eventualmente concedido (art. 26-c, § 2º) e os votos recebidos pelos então candidatos serão considerados nulos. A lei não prevê prazo final para que a substituição seja feita, o que facilita atos que venham a ludibriar a vontade do eleitor. Isto porque é comum que o recurso interposto por candidato contra decisão que lhe aplicou a inelegibilidade não seja julgado a tempo hábil, e sim após a realização do pleito. O pedido de substituição deve ocorrer 10 dias contados do fato ou da notificação do partido da decisão judicial que deu origem à substituição e que esta poderá ser requerida a qualquer tempo antes do pleito. Este mesmo prazo deve ser aplicado em relação ao pleito, sendo, impossível a substituição de candidato se a renúncia do candidato ocorrer após dez dias antes da eleição artigo 13 e §§ da Lei 9.504/1994. (CAGGIANO; KIM; SIQUEIRA JUNIOR, 2014)

Sobre a medida processual, compete ao Poder Judiciário, verifica-se a compatibilidade da norma como o sistema jurídico. Essa tarefa inclui dois aspectos: a interpretação e a conformação, da regra legal com o texto constitucional. Não somente a lei, mas a sua interpretação, deve guardar harmonia com o texto constitucional. (CAGGIANO; KIM; SIQUEIRA JUNIOR, 2014)

3.3 Os votos dos ministros do STF: a polêmica instaurada no coração da Corte Constitucional brasileira

O primeiro órgão do Judiciário que discutiu a Lei da Ficha Limpa antes das eleições gerais de 2010 foi o TSE, tendo os precedentes daquela casa reconhecerem as legitimidades e legalidades constitucionais de referida lei, ou seja, e pro legislação. Inclusive, o TSE quando consultados, reportava aos Tribunais Regionais Eleitorais para que aplicassem já naquelas eleições os respectivos efeitos da mesma. Mas mesmo assim, diante a lacuna quanto aos efeitos dispostos pela mesma e frente ao princípio da lei eleitora anuidade, então deu-se seguimento as questões ao Supremo (STF) que precisava decidir se a mesma (Lei da Ficha Limpa) valeria para as eleições de 2010, se isso acontecesse, vários políticos estariam em posição de inelegibilidade. (MERELES, 2016)

Inicialmente, o Tribunal Eleitoral decidiu a validade da lei para aquelas eleições. Entretanto, vários processos de políticos em condições de inelegibilidade surgiram, alegando que a lei para aquela eleição, não era válida. (MERELES, 2016)

Uma nova votação foi feita e por fim, foi decidido que a lei não valeria para as eleições gerais de 2010, só para a eleição de 2012.

Alguns ministros do STF foram contra a mudança da Ficha Limpa. Foi levantado na votação que o parecer dado pelo Tribunal de Contas seria suficiente para impedir um prefeito de se reeleger, pois esse órgão tem capacidade técnica e analítica para as questões financeiras. Essa seria uma medida técnica e não política, a cargo dos vereadores. (MERELES, 2016)

Outros ministros defenderam que o parecer do Tribunal de Contas não basta para tornar-se um prefeito inelegível. Que o julgamento na Câmara é essencial ao processo, pois os vereadores são os representantes da população e o parecer técnico deveria apenas ser levado em conta, não ser a palavra final. Essa visão prevaleceu. (MERELES, 2016)

Houve um momento no qual os Ministros manifestaram-se da seguinte forma: “Um dos grandes debates estava enraizado aos recurso que discutia a respeito da possibilidade de aplicação da Lei da Ficha Limpa às eleições de 2010, considerando especialmente o artigo 16 da CF/1988” (CAGGIANO; TAVARES, 2014)

O voto vencido do Ministro Marco Aurélio sustentava a impossibilidade de aplicação da Lei da Ficha Limpa ao pleito de 2010. Para o Ministro ao tratar-se de inelegibilidade a lei repercutiria no processo eleitoral. (CAGGIANO; TAVARES, 2014)

Entretanto, o voto do Ministro Ricardo Lewandowski, lembrou que a LC 135/2010 entrou em vigor antes das convenções partidárias, não havendo que se falar em alteração do processo eleitoral. Sustentou ainda que não haveria qualquer casuísmo ou rompimento na “paridade de armas”, inexistindo deformação no processo eleitoral. (CAGGIANO; TAVARES, 2014)

Para o Ministro Lewandowski, as novas causas de inelegibilidade não rompem com igualdade das condições de disputa, “ocorrendo, simplesmente, o surgimento de novo regramento legal, de caráter linear, ou seja, de disciplina que atinge igualmente todos os aspirantes a cargos eletivos”. (CAGGIANO; TAVARES, 2014), continua o autor a explicar que, o TSE decidiu que a lei se aplicaria às eleições de 2010. Os ministros voltariam a sustentar suas posições no STF, quando há, porém, uma invasão do entendimento majoritário do TSE.

Um importante fator considerado na época dessas intensas discussões era o caráter de definitivo das decisões do TSE em temática eleitoral, tendo em vista que esta como se trata da última instância sobre assuntos de direito eleitoral, de modo que a superação desse entendimento pela presença da chamada “questão constitucional” permitiria uma retomada da discussão pelo STF. (CAGGIANO; TAVARES, 2014)

A posição do STF, no que tange a aplicabilidade às eleições de 2010, se dá da seguinte forma em consideração ao artigo 16 da CF/1988, que permitiu ao STF emitisse entendimento diverso do TSE. Nos termos do relator Ministro Gilmar Mendes, a referida lei teria sim indeferido no processo eleitoral, pois publicada depois do prazo máximo para os candidatos: a) requererem a inscrição eleitoral ou transferência para o domicílio eleitoral em que vão concorrer; b) estarem filiados ao partido pelo qual serão candidatos. Assim, a lei teria incidido na chamada fase-pré-eleitoral. Portanto, a alteração das custas de inelegibilidade em questão teria violado a necessária anterioridade eleitoral e a igualdade das chances entre partidos e candidatos. Nestes termos, o Supremo considerou, por apertada maioria, a Lei Ficha Limpa inaplicável às eleições de 2010, pela disposição do artigo 16 CF/1988. (GAGGIANO; TAVARES, 2014)

Entendendo-se que tal decisão do STF, foi considerada inadequada por reverter entendimento consolidado na prática nacional ou por ter sido emitida tardiamente ou por invocar argumento já superado pela jurisprudência nacional, preservou-se, no entendimento do STF, o sentido garantista da Constituição. (CAGGIANO; TAVARES, 2014)

Do contexto da constitucionalidade da Lei da Ficha Limpa, o STF decidiu que não há afronta à irretroatividade, pois a lei estabelece o que o relator chama de retrospectividade, admitida pelo ordenamento jurídico, já que a aplicação da lei se dará depois de sua promulgação, mesmo que seja em relação a fatos já ocorridos. Referida retrospectividade ou retroatividade foi declarada constitucional. (CAGGIANO; TAVARES, 2014)

Da mesma forma, decidiu-se que não há ofensa ao direito adquirido. Isso porque para o Supremo, o direito a ser candidato no futuro não se incorpora ao patrimônio jurídico dos cidadãos. (CAGGIANO; TAVARES, 2014)

Outro ponto avaliado positivamente e de maneira ampla foi a hipótese de inelegibilidade por renúncia, pois a LC 135/2010 inseriu a alínea *k* ao artigo 1º da LC 64/1990 tornando como causa de inelegibilidade a renúncia de certos cargos desde o

oferecimento e apresentação ou petição capaz de autorizar a abertura de processo por infringência a dispositivo da Constituição do Brasil, Constituição do Estado, da Lei Orgânica do Distrito Federal ou Municipal. (CAGGIANO; TAVARES, 2014)

Já no que diz respeito à hipótese de inelegibilidade por condenação por órgão colegiado, sem trânsito em julgado, o Supremo avaliou se essa hipótese seria inconstitucional por ofender o princípio da presunção de inocência. Ficou decidido que não se trata de violação a essa norma, pois trata de um requisito para a candidatura, não uma sanção punitiva. (CAGGIANO; TAVARES, 2014)

Outra causa de inelegibilidade da Lei Ficha Limpa que foi questionada no STF foi a da inelegibilidade por exclusão do exercício da profissão em virtude de decisão de órgão profissional, como punição por infração ético profissional. O STF, considerou constitucional essa causa de inelegibilidade, entendendo que a restrição é razoável. (CAGGIANO; TAVARES, 2014)

Pois bem, de acordo com o explanado acima, a posição do TSE era pela aplicação da Lei Ficha Limpa já nas eleições de 2010, contrariamente ao que, em momento posterior seria definitivamente decidido no STF. Essa diferença na interpretação dos tribunais gerou, evidentemente, disparidade sobre o direito válido e aplicado, na prática, para determinados candidatos. (CAGGIANO; TAVARES, 2014)

É de conhecimento geral que alguns candidatos não recorreram, tendo permanecido inelegíveis por decisão da justiça eleitoral de primeiro grau ou segundo grau ou do TSE, em decisão judicial que, tornou-se definitiva, mas que materialmente, foi provisória e temporalmente localizada, tendo sido superada, pelo entendimento do STF. (CAGGIANO; TAVARES, 2014)

Na prática os resultados aos quais se assistia na apuração dos votos representavam, em parte, incidência da Lei da Ficha Limpa, por uma incidência inibidora ou pela imposição judicial da primeira fase da qual não tenha havido interposição recursal adequada. (CAGGIANO; TAVARES, 2014)

A campanha da ficha limpa na época ocasionou debates e seminários em debates a mesma, peregrinou-se pelos tribunais estaduais, procuradorias eleitorais e ainda nos tribunais superiores, assim como o Conselho Nacional de Justiça (CNJ), pleiteando a celeridade nos processos que tramitam sobre a ficha limpa, permitindo que os eleitores possam votar com mais tranquilidade nos candidatos que se apresentam participar dos pleitos. (CAGGIANO; SANTOS, 2014)

Bem como a partir desta publicidade, foi possível o povo perceber com maior clareza que o processo eleitoral trata-se de uma reforma política ampla, a sociedade espera ver eleições mais justas, mais igualitárias e com menos distorções quando da efetivação do voto, melhor qualidade dos eleitos e diminuição do poder econômico. (CAGGIANO; SANTOS, 2014)

Neste momento da pesquisa, então se encaminha a dois depoimentos à época, primeiro o depoimento de Marlon Reis (Co)fundador do Movimento à Corrupção Eleitoral e Juiz de Direito) e segundo o depoimento de Sandra Cureau (Subprocuradora-Geral da República 2009 - 2013)

Marlon Reis:

Meu envolvimento com o tema das inelegibilidades baseadas na vida pregressa dos candidatos teve início no ano de 2004, quando pela primeira vez ouvi a tese segundo a qual o princípio da presunção de inocência não teria aplicação dos requisitos para o registro das candidaturas. Quem me falou sobre o assunto, nos bastidores de um seminário de direito eleitoral foi o Des. Antônio Jayme Boente. Os mesmos do TRE-RJ, foram estimulados a considerar esta ideia por membros da Igreja Católica do RJ, liderado pelo então Bispo auxiliar daquela diocese, Dom Dimas Lara Barbosa. Curiosamente foi o mesmo Dom Dimas Lara quem, em junho de 2007, apresentaria a mim a minuta daquilo que mais tarde seria a lei da Ficha Limpa. O Bispo não acreditava mais na possibilidade de a justiça Eleitoral definir restrições apenas no campo da jurisprudência. Por isso pediu que apresentasse à sociedade, como o Movimento de Combate à Corrupção Eleitoral, uma nova iniciativa popular de projeto de lei. {...} As maiores dificuldades encontradas na coleta de assinaturas diziam respeito ao uso de meios físicos (formulário) e ao hábito das pessoas de não levarem consigo o título de eleitor. No meio jurídico, a tese de inconstitucionalidade do projeto de lei por ofensa ao princípio da presunção de inocência sempre nos pareceu majoritária. Muitas vezes, como palestrante, enfrentei públicos hostis. Pena que entre os advogados criminalistas estavam nossos maiores opositores. Entre eles era mais difícil promover o convencimento. Mas na minha percepção, conseguimos vencer o debate no seio da comunidade jurídica. A isso atribuo o resultado favorável nos julgamentos das ADC 29 e 30. {...} De todos os debates no plano jurídico, o mais acalorado foi talvez o relativo a natureza das inelegibilidades. Seriam elas uma forma de sanção? A resposta foi cunhada pelo professor Dalmo de Abreu Dallari, com base na jurisprudência do STF. Tratam-se na verdade de uma condição. Essa tese foi acolhida pelo TSE e, seguindo sua tradição, pelo STF. Com isso foi possível afastar a aplicação dos princípios da irretroatividade e da presunção de inocência, a um só tempo. Creio que os juristas que – como eu - apostaram na aprovação da Lei da Ficha Limpa, colocaram em risco a sua reputação. Se essas teses não houvessem sido acolhidas nossa imagem estaria abalada no meio jurídico e social. Mas ela mesma razão, podemos hoje comemorar a construção de novas premissas para o Direito Eleitoral segunda uma gênese da qual tivemos a honra de fazer parte. (CAGGIANO, 2014, p. 133-135)

Depoimento de Sandra Cureau:

Exerci o cargo de Vice Procuradora Geral Eleitoral de julho de 2009 a setembro de 2013. Durante esse período, atuei nas eleições gerais de 2010 e nas eleições municipais de 2012. Minhas reflexões são, portanto, fruto a minha experiência como Ministério Público Eleitoral. A lei complementar 135, foi promulgada em junho de 2010, ou seja, antes das convenções partidárias para a escolha dos candidatos e, conseqüentemente, antes da apresentação dos pedidos de registro das candidaturas. Por esta razão, por não se tratar de norma que alterasse o processo eleitoral, tanto minha posição como da maioria dos Ministros integrantes do TSE à época era de que a nova lei teria aplicação para as eleições daquele ano. {...} a inelegibilidade não constitui sanção em si mesma, mas somente uma restrição temporária á possibilidade de alguém se candidatar a um cargo público. {...} Assim sendo o TSE indeferiu um número significativo de registros de candidatos, em especial daqueles que haviam sofrido condenação através de decisão proferida por órgão colegiado, uma das boas inovações trazidas pela Lei da Ficha Limpa. A meu sentir, as principais e mais significativas alterações produzidas na LC 64/1990 foram, sem dúvida, permitir que não se aguarde o trânsito em julgado da decisão condenatória e ampliar o prazo de inelegibilidade para oito anos. {...}o STF acabou firmando o entendimento de que, por força da incidência do art. 16 da CF/1988 e dos princípios constitucionais da segurança jurídica e da proteção da confiança legítima, que asseguram a estabilidade nas regras do processo eleitoral, as novas disposições legais atinentes à inelegibilidade só teriam aplicação nas eleições de 2012. {...} Atualmente, é pequena a possibilidade de o eleitor conhecer o candidato em quem está votando. Vivemos a era da política da imagem, na qual campanhas são personalizadas a partir da construção de um perfil, que, além de não ser real, em muito supera o programa de governo ou do partido ou coligação. Preocupa-me assim que a jurisprudência venha abrandando o rigor do texto legal, ainda que, repito, muitas vezes seja pouco claro ou mesmo confuso. A vontade popular, ainda assim se manifesta com clareza e aquela que precisa ser respeitada. (CAGGIANO, 2014, p.137)

É possível através de tais depoimentos compreender o entendimento de duas pessoas importantes que tiveram contato direto com a elaboração da LC 135/2010, sendo possível perceber a ligação de ideias aos quais Marlon Reis e Sandra Cureau acima fizeram. Bem como compreender a ideia de moralidade, constitucionalidade e a inelegibilidades da questão política em tese. Mais do que isto, demonstram momentaneamente em determinadas oportunidades lados opostos e ao mesmo tempo respeitam as decisões do STF como corte soberana do País.

3.3.1 Breve análise às decisões do STF quanto a ADIN 4578 e RE 929670 e suas imbricações

Neste subtítulo irá se trabalhar o impacto que causou aos Tribunais o Recurso Extraordinário (RE) 929670 e antes a este as ações da ADIN 4578, ADC 29 e ADC 30, pelo simples fato da repercussão geral destas descrições, observando o voto do relator destas, o então Ministro Fux, ao qual seu parecer tornou-se um precedente com seguido da maioria dos votos.

Em março de 2018, o Plenário do Supremo Tribunal Federal, aprovou a tese de repercussão geral no Recurso Extraordinário 929670, no qual o Tribunal julgou válida a aplicação do prazo de oito anos de inelegibilidade aos condenados pela Justiça Eleitoral podendo ser aplicados aos casos anterior a Lei Complementar (LC) 135/2010 A tese fixada, proposta pelo relator do processo, Ministro Luiz Fux, foi a seguinte:

A condenação por abuso do poder econômico ou político em ação de investigação judicial eleitoral, transitada em julgado, ex vi do artigo 22, inciso XIV, da Lei Complementar 64/90, em sua redação primitiva, é apta a atrair a incidência da inelegibilidade do artigo 1º, inciso I, alínea "d", na redação dada pela Lei Complementar 135/2010, aplicando-se a todos os processos de registros de candidatura em trâmite. (<<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=371099>>)

Durante a sessão, o Plenário rejeitou proposta de modulação dos efeitos da decisão, formulada pelo Ministro Ricardo Lewandowski para que a aplicação da norma ocorresse apenas a partir da análise de registro de candidaturas para a eleição de 2018. Para o ministro a aplicação retroativa afetaria a confiança dos eleitores, pois seria necessário o recálculo do quociente eleitoral e, eventualmente, eleições suplementares. (2012, www.stf.jus.br)

Prevaleceu o entendimento do Ministro Fux de que a aplicação retroativa do requisito de elegibilidade previsto na Lei da Ficha Limpa não prejudicaria a confiança do eleitor, pois, além de haver ciência de que alguns candidatos concorreram apenas porque estavam amparados por liminares, os votos referentes aos que disputaram cargos proporcionais serão somados em favor da legenda, não afetando o quociente eleitoral e a formação de bancadas. (2012, www.stf.jus.br - ADI 4578)

Um dos argumentos do relator Ministro Luiz Fux na ADI nº 4.578 e ADC nº 29 e 30, para então aplicar a retroatividade da lei foi teoria de interpretação da “vontade do legislador” qual alias foi apoiado pelos ministros que acompanharam o voto, vejamos trecho onde o Min. Relator Luiz Fux pronunciou-se sobre a tese Fux, (2012. www.stf.jus.br. Acórdão ADI-4.578, p. 5-6) tendo a vontade do legislador em face da soberania e presunção de inocência, estes direitos fundamentais expressos na Carta Magna de 1988:

[...] nessa postura - essa, sim, contramajoritária em relação ao legislador - de declararmos a inconstitucionalidade de uma lei, temos que, em primeiro lugar, levar em consideração que há uma presunção de legitimidade da lei; em segundo lugar, que essa foi a vontade do legislador; em terceiro lugar, que

as nossas decisões tem que se legitimar democraticamente a partir do momento em que elas convergem para a aspiração popular. A afirmação de que o Supremo Tribunal Federal é um Tribunal contramajoritário, para bater no peito e dizer que ele julga contra a vontade do povo, não tem a menor procedência. O Supremo Tribunal Federal pode ser contramajoritário quando decide contra a maioria parlamentar, quando decide direitos da minoria previstos na Constituição. O Supremo Tribunal não é contramajoritário para ir contra a opinião da população, sobre o que ela entende a respeito da presunção de inocência ou sobre quem pode exercer um mandato político. Evidentemente ela não nos pauta, mas temos que ouvi-la porque todo poder emana do povo e em seu nome é exercido. (2012, www.stf.jus.br)

Essas dimensão dos trâmites processuais eleitorais, se deu através, do caso do vereador de Nova Soure (BA) que foi condenado, nos autos de representação eleitoral, por abuso de poder econômico e compra de votos por fatos ocorridos em 2004, e ficou inelegível por três anos. Nas eleições de 2008, concorreu e foi eleito para mais um mandato na Câmara de Vereadores do município. Mas, no pleito de 2012, seu registro foi indeferido porque a Lei da Ficha Limpa (que passou a vigorar efetivamente naquele pleito) aumentou de três para oito anos o prazo de inelegibilidade previsto no artigo 1º, inciso I, alínea “d”, da LC 64/1990. (2012, www.stf.jus.br)

A controvérsia jurídica contida no recurso consistiu em saber se há ou não ofensa às garantias constitucionais da coisa julgada e da irretroatividade da lei mais grave (artigo 5º, XXXVI, Constituição Federal) nas hipóteses de aumento do prazo de três para oito anos da inelegibilidade prevista no artigo 22, inciso XIV, da LC 64/1990, em razão da condenação por abuso do poder político ou poder econômico por força do trânsito em julgado. (2012, www.stf.jus.br - ADI 4578) E assim, entendeu a Corte por seis votos a cinco tal julgamento da seguinte forma:

Reconheceram a constitucionalidade da aplicação retroativa do prazo de oito anos os ministros: Luiz Fux, Edson Fachin, Luís Roberto Barroso, Rosa Weber, Dias Toffoli e a presidente da Corte, ministra Cármen Lúcia.
Ficaram vencidos os ministros: Ricardo Lewandowski, relator, Gilmar Mendes, Alexandre de Moraes, Marco Aurélio e Celso de Mello.

De acordo com o Ministro Gilmar Mendes, não se pode fazer restrição, com efeito retroativo, a qualquer direito fundamental, como ocorreu no caso “O artigo 60, parágrafo 4º, inciso IV, da Constituição Federal, diz que os direitos fundamentais não estão à disposição e nós entendemos que os direitos políticos são direitos fundamentais”, salientou. (2012, www.stf.jus.br - ADI 4578). Percebe-se que, respectivo ministro entendeu em seu julgado atender a voz das urnas, ou seja, da

representatividade por voto (eleito democraticamente), porém, em contra partida a lei que se fez retroagir e atingir o respectivo acusado veio de uma manifestação democrática diante a anseios da população frente aos inúmeros e desgastantes casos de corrupção, inclusive casos anteriores ao fato que condenou o respectivo réu, havendo o uso de uma das características do constitucionalismo contemporâneo, qual seja, nova técnica hermenêutica de aplicação dos princípios constitucionais, ponderação de princípios.

O Ministro Marco Aurélio votou no mesmo sentido. Para ele, por melhor que seja a intenção, “não se pode cogitar da retroação da Lei Complementar nº 135/2010” – Lei da Ficha Limpa. O ministro avaliou que o cuidado com os temas relacionados ao processo eleitoral foi tão grande que se inseriu na Constituição Federal de 1988 um preceito sobre anterioridade no artigo 16, segundo o qual a lei nova que versa sobre processo eleitoral entra em vigor imediatamente, mas não se aplica à eleição que ocorra até um ano da data de sua vigência. “Portanto, é preciso resguardar-se, e essa foi a intenção do legislador constituinte, a própria segurança jurídica em termos de pleito eleitoral”, concluiu. (2012, www.stf.jus.br - ADI 4578)

De igual modo votou o Ministro Celso de Mello, ao considerar que a inelegibilidade em questão qualifica-se como sanção. Segundo ele, no direito constitucional brasileiro, a eficácia retroativa das leis é sempre excepcional, portanto supõe a existência de texto expresso e autorizativo de lei, jamais se presume, bem como não deve e nem pode gerar, em hipótese alguma, lesão ao ato jurídico perfeito, ao direito adquirido e à coisa julgada. O Ministro entendeu que, no caso, houve ofensa ao inciso XXXVI, do artigo 5º, da Constituição Federal,

[...] que assegura a incolumidade, a intangibilidade, a integridade do ato jurídico perfeito e que obsta, por isso mesmo, qualquer conduta estatal – que provenha do Legislativo, Judiciário ou Executivo – que provoque, mediante restrição normativa superveniente, a desconstrução ou a modificação de situações jurídicas definitivamente consolidadas. (2012, www.stf.jus.br - ADI 4578)

O ministro salientou que a probidade administrativa e a moralidade para o exercício do mandato representativo são vetores que asseguram a moralidade e garantem a legitimidade das eleições.

A presidente da Corte, Ministra Cármen Lúcia, apresentou alguns pontos como fundamento de seu voto no sentido de acompanhar a divergência. De acordo com ela,

a matéria foi expressamente analisada pelo Supremo no julgamento das (ADC) 29 e 30, bem como na (ADI) 4578. “Na minha compreensão, a matéria foi tratada e sequer foram opostos embargos declaratórios”, disse, ao acrescentar que o tema também foi “exaustivamente analisado no TSE”. Assim, a Ministra considerou aplicável a norma em questão. (2012, www.stf.jus.br - ADI 4578)

Deixando-se linhas dos votos do (RE) 929670, passar-se-á a partir deste momento expor de forma sucinta os votos da ADI 4578, bem como transcrever breves dizeres e demais considerações pertinentes que induziram os Ministros do Supremo Tribunal Federal em suas justificativas quando de seus votos, para tanto neste momento da pesquisa, depreende-se então do relatório dos ministros junto a ADI 4.578 - 16 de fevereiro de 2012, proposta pela Confederação Nacional das Profissões Liberais - CNPL, ao qual teve como relator Ministro Luiz Fux, e demais pares que na época julgaram, sendo estes Dias Toffoli; Gilmar Mendes; Celso Melo; Marco Aurélio; Cesar Peluso; Ayres Brito; Cármen Lúcia; Rosa Weber; Joaquim Barbosa e Ricardo Lewandowski.

Referida ADI teve como objetivo discutir a constitucionalidade da Lei da Ficha Limpa, a questão emblemática da Corte foi determinar a inaplicabilidade da lei para as Eleições de 2010, por fazer prevalecer o princípio da anterioridade eleitoral (art. 16 da CF/88), por conta de alguns argumentos de cunho jurídico, que se resumem em três linhas de raciocínio: a anterioridade como garantia do devido processo legal eleitoral; a igualdade de chances; o papel da corte na Justiça Constitucional. (DUARTE, 2012)

E assim determinou-se, improcedente da ADI 4578 por maioria dos votos, breve síntese de como votaram os ministros, importante observar que, as ADC 29 e 30 foi movida pelo Partido Popular Socialista (PPS) e pela Confederação da OAB, as quais buscavam demonstrar a constitucionalidade da aplicação da lei para fatos/atos tipificados na nova lei anteriores a ela, ou seja, sua aplicação a fatos e atos anteriores a sua publicação, e também para solucionar divergências existentes entre os TREs provocadas no TSE. Já a ADI movida pela Confederação Nacional das Profissões Liberais (CNPL), buscava pela inconstitucionalidade da lei da ficha limpa, com seguinte argumento exposto no texto de julgamento da ADI 4578, vejamos:

Nesta ADI, alega a Requerente que o dispositivo legal está inquinado de inconstitucionalidade formal, pois confere aos conselhos profissionais competência em matéria eleitoral, ao admitir que a violação a regimentos

internos elaborados por esses conselhos possa ocasionar a imposição de sanções de cunho eleitoral. Afirma, ainda, a inconstitucionalidade material, traduzida em violação do princípio da razoabilidade, ao equiparar decisões administrativas de conselhos profissionais a decisões colegiadas do Poder Judiciário para fins de imposição de inelegibilidades. Determinou-se a aplicação do procedimento do art. 12 da Lei nº 9.868/99 também a este feito. (2012, www.stf.jus.br)

Porém foi ação vencida, prevalecendo a possibilidade da retroatividade da lei aos casos anteriores a sua publicação, como também reconheceram a inelegibilidade de pessoas condenadas por decisão julgada nas turmas recursais por colegiados. Far-se-á uma síntese de como votaram os ministros:

Ministro Dias Toffoli baseou seu voto no *princípio da presunção de inocência*, salientando que só pode ser considerado inelegível o cidadão que tiver condenação transitada em julgado, bem como reza o artigo 15, inciso III, da Constituição Federal, considera que a Lei da Ficha Limpa permite que a inelegibilidade seja declarada após decisão de um órgão colegiado. Com relação à retroatividade da lei, o ministro votou pela sua aplicação aos fatos ocorridos anteriores à sua edição. (2012, www.stf.jus.br)

Ministro Gilmar Mendes baseou seu voto ao *princípio constitucional da segurança jurídica* (art. 5º, inciso XXXVI) segundo o ministro, a lei não pode retroagir para alcançar atos e fatos passados, sob pena de violação às normas constitucionais, e as constituições estaduais, assim como as leis orgânicas dos municípios, no entendimento de que a lei não pode retroagir para alcançar candidatos com processos em andamento, votou então pela inconstitucionalidade da lei. (2012, www.stf.jus.br)

Ministro Celso Melo votou pela inconstitucionalidade da regra da Lei Complementar 135/10 Lei da Ficha Limpa, que prevê a suspensão de direitos políticos sem decisão condenatória transitada em julgado. “[...]Não admito possibilidade que decisão ainda recorrível possa gerar hipótese de inelegibilidade[...]”. Votou pela inconstitucionalidade da lei, sua irretroatividade aos fatos e atos ocorridos anteriores a sua publicação, e só perderia seus direitos políticos de elegibilidade com o trânsito em julgado. (2012, www.stf.jus.br)

Ministro Marco Aurelio baseou-se no princípio da segurança jurídica entendeu que a norma não pode retroagir para alcançar fatos pretéritos, por isso ofende o inciso XXXVI do artigo 5º da Constituição Federal, assim julgou pela improcedência da ADC 29 quanto a retroatividade, porém julgou procedente a ADC 30 dando por constitucional a respectiva LC 135, e a ADN 4578 improcedente ao julgar que, a lei

não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada. (2012, www.stf.jus.br)

Ministro Cesar Peluso votou pela inconstitucionalidade, no sentido de que a Lei Complementar 135/2010 – Lei da Ficha Limpa, ao dispor sobre inelegibilidade, não pode alcançar fatos ocorridos antes de sua vigência, irretroatividade, assim o ministro concorda com o argumento de que o momento de aferir a elegibilidade de um candidato é o momento do pedido de registro de candidatura. [...] o juiz eleitoral tem que estabelecer qual norma vai aplicar para fazer essa avaliação assim deve ser uma lei vigente ao tempo do fato ocorrido, e não uma lei editada posteriormente [...]. (2012, www.stf.jus.br)

Ministro Ayres Brito: baseou-se ao *princípio da probidade administrativa e moralidade*, pois considera o defender a compatibilidade da Lei da Ficha Limpa com a Constituição Federal, pois entende que a Carta Magna [...] tinha mesmo que ser mais dura no combate à imoralidade e à improbidade. Porque a nossa história não é boa. Muito pelo contrário, a nossa história é ruim. [...] E aduz,

[...] a Lei da Ficha Limpa tem a ambição de mudar uma cultura perniciosa, deletéria, de maltrato, de malversação da coisa pública, para implantar no país o que se poderia chamar de qualidade de vida política, pela melhor seleção, pela melhor escolha dos candidatos, candidatos respeitáveis.

Assim foi a favor da retroatividade da aplicação da lei, e pela constitucionalidade da mesma, e com a inelegibilidade já com condenação em segundo grau por colegiado. (2012, www.stf.jus.br)

Ministro Ricardo Lewandowski entendeu estar-se diante de dois valores de natureza constitucional de mesmo nível suspensão de direitos políticos somente por meio de condenação criminal transitada em julgado (inciso III do artigo 15) e probidade administrativa e moralidade para o exercício do mandato considerada a vida pregressa do candidato (parágrafo 9º do artigo 14 da Constituição), “[...] A meu ver, são valores (os do parágrafo 9º do artigo 14 da Constituição) de igual dignidade e peso constitucional e é uma opção legislativa legítima, que foi feita pelo Congresso Nacional[...]”, assim votou pela constitucionalidade, pela irretroatividade da lei, e só ocorrendo a inelegibilidade só com o transito em julgado. (2012, www.stf.jus.br)

Ministra Carmen Lucia baseou-se ao princípio moral e proba, para a ministra, a democracia representativa demanda uma representação ética.

[...] Se não for ética, não é legítima [...] O ser humano se apresenta inteiro quando ele se propõe a ser o representante dos cidadãos, pelo que a vida pregressa compõe a persona que se oferece ao eleitor, e o seu conhecimento há de ser de interesse público, para se chegar à conclusão quanto à sua aptidão que a Constituição Federal diz, moral e proba, para representar quem quer que seja.

Assim votou pela constitucionalidade da lei, pela retroatividade da mesma sobre atos e fatos praticados anteriores a sua publicação, e a inelegibilidade já inicia com a condenação por um colegiado. (2012, www.stf.jus.br)

Ministra Rosa Weber baseou-se ao princípio da probidade e moralidade. E reforça a lei da ficha limpa é um

“[...] esforço hercúleo da população brasileira em trazer para a seara política uma norma de eminente caráter moralizador. O foco, é a coletividade, buscando preservar a legitimidade das eleições, a autenticidade da soberania popular e, em última análise, assegurar o processo de concretização do Estado Democrático de Direito [...] a elegibilidade dos candidatos deve ser verificada no momento em que pleiteiam o registro.

Assim, a ministra afirmou não ver na norma qualquer afronta a direito adquirido e retroação de lei. Assim votou pela constitucionalidade da lei, pela retroatividade da mesma sobre atos e fatos praticados anteriores a sua publicação, e a inelegibilidade já inicia com a condenação por um colegiado. (2012, www.stf.jus.br)

Ministro Joaquim Barbosa baseou-se ao *princípio da probidade administrativa e moralidade*, entende que a Lei da Ficha Limpa está em perfeita harmonia com o parágrafo 9º do artigo 14 da Constituição Federal o ministro “*observou que, se alguém está impedido de atuar na própria área de sua especialização, não há como admitir que possa cuidar da coisa pública*”. Assim votou pela constitucionalidade da lei, pela retroatividade da mesma sobre atos e fatos praticados anteriores a sua publicação, e a inelegibilidade já inicia com a condenação por um colegiado. (2012, www.stf.jus.br)

Relator Ministro Luiz Fux em seu voto foi parcialmente favorável à constitucionalidade da lei. Considerou improcedente a ADI 4578, por isso considerou seu voto, com base ao princípio da proporcionalidade, o ministro considerou aproximar uma flexibilização do princípio da presunção da inocência, do âmbito penal, para o âmbito do direito eleitoral. Além disso, o ministro acredita que a norma respeita o tripé

[...] adequação, necessidade e proporcionalidade [...] destacou que não foram ponderados apenas a moralidade de um lado e os direitos políticos passivos de outro, mas ao lado da moralidade está também a própria democracia”. [...]

entendeu que a balança deve pender em favor da constitucionalidade das hipóteses previstas na LC 135, pois opostamente ao que poderia parecer, a democracia não está em conflito com a moralidade, ao revés, uma invalidação do mencionado diploma legal afrontaria a própria democracia à custa do abuso de direitos políticos. (2012, www.stf.jus.br)

Assim votou pela constitucionalidade da lei, pela retroatividade da mesma sobre atos e fatos praticados anteriores a sua publicação, e a inelegibilidade já inicia com a condenação por um colegiado. (2012, www.stf.jus.br)

Deve-se observar que, antes mesmo do pleito eleitoral 2010, os então pré-candidatos a cargos eletivos e ou a assessoria jurídica de seus partidos, já o sabia das transformações que a legislação eleitoral estava para sofrer, eis que os movimentos sociais, assim como entidades de classe e organizadas em prol da causa já tinham iniciado movimentos voltados ao sistema político eleitoral desde o ano de 1998 como a lei “da compra de votos lei nº 9.840/99”, já quanto a Lei da Ficha Limpa, iniciando movimentos no ano 2000, como narrado em linhas acima

Ou seja, se o cidadão já vinham percorrendo larga data pedindo por mais moralidade e probidade de seus representantes, logico era que a respectiva lei da ficha limpa mais cedo ou mais tarde se exteriorizaria e que está era senão a vontade do verdadeiro soberano, ainda sabido é que tem-se como legalidade que, "Ninguém se escusa de cumprir a lei, alegando que não a conhece", respectiva ordem legal é desde 1942, introduzida pelo decreto-lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942, Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro.

Logo sendo o povo o verdadeiro soberano enquanto nação de um Estado Democrático de Direito, constituindo de fato o legislador constituinte, deve então ser respeitada sua vontade desde a origem desta, melhor, desde a data de sua elaboração enquanto luta e primeiras escritas de projeto, salientando que respectiva lei teve repercussão nacional como demonstrado em linhas acima, o que levou o povo às ruas e buscar respectiva lei de iniciativa popular fora os inúmeros escândalos de corrupção por seus representantes políticos, dizendo em outras linhas, a falta de moralidade e probidade destes, falaram mais forte para o constituinte soberano (povo) os levando à rua lutar e impor maior probidade e moralidade aos políticos que gostariam de lhes representar. Falando neste sentido, tem-se à razão consciente do eleitor que a anos acumulava-se exaustivamente fatos corruptíveis.

Extrai-se respectiva logica acima pela manifestação e citação proferida nos fundamentos do então relator da ADI 4578 Ministro Luiz Fux, quando este traz a

expressão “*expectativas legítimas*”, vejamos seus fundamentos expostos na ADI 4578.

Portanto, não havendo direito adquirido ou afronta à autoridade dacoisa julgada, a garantia constitucional desborda do campo da regra do art. 5º, XXXVI, da Carta Magna para encontrar lastro no princípio da segurança jurídica, ora compreendido na sua vertente subjetiva de proteção das expectativas legítimas. Vale dizer, haverá, no máximo, a expectativa de direito à candidatura, cuja legitimidade há de ser objeto de particular enfrentamento. Para tanto, confira-se a definição de expectativas legítimas por SØREN SCHØNBERG (Legitimate Expectations in Administrative Law. Oxford: Oxford University Press, 2003, p. 6):

[...] Uma expectativa é razoável quando uma pessoa razoável, agindo com diligência, a teria em circunstâncias relevantes. Uma expectativa é legítima quando o sistema jurídico reconhece a sua razoabilidade e lhe atribui conseqüências jurídicas processuais, substantivas ou compensatórias. (Tradução livre do inglês)

Questiona-se, então: é razoável a expectativa de candidatura de um indivíduo já condenado por decisão colegiada? A resposta há de ser **negativa**. Da exigência constitucional de **moralidade** para o exercício de mandatos eletivos (art. 14, § 9º) se há de inferir que uma condenação prolatada em segunda instância ou por um colegiado no exercício da competência de foro por prerrogativa de função, a rejeição de contas públicas, a perda de cargo público ou o impedimento do exercício de profissão por violação de dever ético-profissional excluirão a razoabilidade da expectativa. A rigor, **há de se inverter a avaliação: é razoável entender que um indivíduo que se enquadre em tais hipóteses qualificadas não esteja, a priori, apto a exercer mandato eletivo**.

Nessa linha de raciocínio, é de se pontuar que, mesmo sob a vigência da redação original da Lei Complementar n.º 64/90, o indivíduo que, condenado em segunda instância ou por órgão colegiado, por exemplo, teria, ao menos, a perspectiva de, confirmando-se a decisão em instância definitiva ou transitando em julgado a decisão desfavorável, de, no futuro, tornar-se inelegível e, caso eleito, perder o mandato. **Razoável, portanto, seria a expectativa de inelegibilidade e não o contrário**, o que permite distinguir a questão ora posta daquela examinada no RE 633.703 (Rel. Min. GILMAR MENDES), em que havia legítimas expectativas por força da regra contida no art. 16 da Constituição Federal, que tutelava, a um só tempo, o princípio da proteção da confiança e o princípio democrático.

(2012, www.stf.jus.br ADI 4578. <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=2257978>>)

Analisado o julgado da ADI. 4.578 traça-se tabela exemplificativa baixo para maior clareza os pontos em destaques votados e fundamentos pelos ministros quanto a Lei da Ficha Limpa:

| MINISTRO | COMO VOTARAM |
|--------------|---|
| DIAS TOFFOLI | RETROATIVIDADE – Presunção de inocência |

| | |
|---------------------|--|
| GILMAR MENDES | IRRETROATIVIDADE – Segurança jurídica |
| CELSO MELO | IRRETROATIVIDADE – Presunção de inocência |
| MARCO AURELIO | IRRETROATIVIDADE – Segurança jurídica |
| CESAR PELUSO | IRRETROATIVIDADE – Segurança jurídica |
| AYRES BRITO | RETROATIVIDADE – Probidade administrativa e moralidade |
| RICARDO LEWANDOWSKI | IRRETROATIVIDADE – Probidade administrativa e moralidade |
| CARMEN LUCIA | Constitucionalidade - RETROATIVIDADE – Probidade administrativa e moralidade |
| ROSA WEBER | RETROATIVIDADE – Probidade administrativa e moralidade |
| JOAQUIM BARBOSA | RETROATIVIDADE – Probidade administrativa e moralidade |
| LUIZ FUX | RETROATIVIDADE – princípio da proporcionalidade |

3.4 A (in)constitucionalidade da Lei da Ficha Limpa

Como bem explanado no decorrer deste capítulo a Lei da Ficha Limpa veio alterar a Lei de Inelegibilidade ou Lei Complementar nº. 64 de 1990, a qual tinha como escopo definir algumas situações de inelegibilidade. Com o passar do tempo, e mesmo com a coerção da respectiva lei sobre atos e fatos descritos com ilícitos pela citada lei, as práticas corruptíveis ainda proliferavam, verificando-se incompletude da respectiva lei, qual demonstrava ineficácia em sua atuação pratica em barrar candidatos inaptos para o exercício de cargos públicos, diante isto, a incompreensão de instituições como MCCE, CBJP/CNBB, OAB entre outras, junto com o povo brasileiro sentiram a necessidade e preocupação em uma nova regulamentação,

então que nasce a Lei Complementar nº 135 de 4 de junho de 2010, depois de inúmeras alterações.

Assim a visão geral que se tem deste subtítulo, está em encontrar pontos que ferem artigos da Constituição Federal, bem como mostrar as mudanças ocorridas no sistema eleitoral brasileiro através da atualização da Lei Complementar nº 64 de 18 de maio de 1990, mais conhecida como “Lei das Inelegibilidades” pela então lei 135/10.

E assim identificar se a Lei Complementar nº 135 de 04 de junho de 2010 contraria dispositivos e/ou princípios constitucionais que venha lhe tornar inconstitucional, bem como algumas das principais controvérsias sustentadas por parte da doutrina, e de que maneira essa lei se encaixa em nosso ordenamento jurídico pátrio.

Bem, em um primeiro momento é preciso compreender a importância da Lei da Ficha Limpa encontra-se entorno do ordenamento jurídico, assim como para a sociedade brasileira. Subsidiariamente analisa-se sua constitucionalidade aos olhos de doutrinadores, TSE e STF, bem como as causas de elegibilidade e inelegibilidade impostas pela respectiva legislação.

Para os ensinamentos de Pedroso (2016), há princípios que ferem a Constituição Federal, bem como considera o (a) Princípio da presunção de inocência; b) Princípio da probidade administrativa; e c) Princípio da moralidade. Assim como trabalhar-se-á previamente os ensinamentos do respectivo autor, diante ao discurso de aplicação do mesmo.

Ao que tange ao princípio da presunção de inocência, Pedroso (2016) aduz que “o STF, por sua composição plenária, firmou entendimento de que o status de inocência prevalece até o trânsito em julgado da sentença final, ainda que pendente recurso especial ou extraordinário”. Bem como deste princípio é possível vislumbrar o direito de todo e qualquer cidadão brasileiro perante o artigo 5º LVII da Carta Magna. Porém para o legislador, respeitar este princípio, é preciso que esteja em consonância e acordo ao ato prática de forma ilícita perante sua liberdade e promovendo a ação de demonstrar sua defesa. Bem como o Supremo Tribunal, deixa claro. Vejamos como votou o Ministro Ricardo Lewandowski no RE 630.147/DF:

Quanto à suposta violação do princípio da presunção de inocência, destaco, inicialmente, que a LC 135/2010, como já dito, buscou resguardar a “probidade administrativa, a moralidade para o exercício

do mandato, considerada a vida pregressa do candidato”, valores constitucionais do mais alto quilate. Nessa linha, para os fins de inelegibilidade, penso que a Constituição conferiu especial destaque a tais valores, sem, contudo, impor maiores sacrifícios ao princípio da não culpabilidade [...] (2012, www.stf.jus.br)

Quanto ao princípio da probidade administrativa, Pedroso (2016), aduz que, o processo eleitoral tem como fundamentação o princípio da vida pregressa proba. E o bem tutelado é de natureza coletiva e não individual, neste caso o interesse público se sobrepõe sobre o interesse privado. Este princípio tem sua raiz basilar, elencada ao mais antigo teorema do latim *candidatus*, que significa “aquele que veste roupa branca”, representando à pureza, a honestidade, a idoneidade moral para o exercício do cargo postulado.

Para ser um representante político então, a primazia pautada em boa índole moral, conduta proba, bem como uma vida pregressa digna era fundamental, para o cargo de liderança. (PEDROSO, 2016)

Sobre o terceiro e último princípio entende que, a moralidade do servidor político, devem ser moralmente aceitos pela sociedade, e refletem em uma vida pregressa marcada pela conduta ilibada, caráter probo e honesto, e nenhum fato desabonador de sua conduta. A legislação brasileira deveria prever em algum dispositivo a não permissão do deferimento de pedidos de candidaturas cujos candidatos já estivessem condenados, sem trânsito em julgado, constituindo uma espécie de inelegibilidade de cunho criminal. (PEDROSO, 2016)

Para adentrar ao assunto da constitucionalidade da Lei, com os olhos voltados aos princípios, é possível compreender uma corrente doutrinária ao qual, respeita e defende a constitucionalidade da Lei de Ficha Limpa, bem como ao entendimento STF, a Lei da Ficha Limpa não impõe uma pena, mas sim um requisito de elegibilidade que deve ser observado no momento do registro da candidatura do aspirante a cargo político. Do ponto de vista do STF, não há que se falar em presunção de inocência, mas sim de condição de elegibilidade. (PEDROSO, 2016)

Contudo, há correntes que trabalham a inconstitucionalidade da Lei, firmada neste princípio, bem como ensina Pereira (2010), a Lei da Ficha Limpa “subverte o processo eleitoral mediante restrições ao exercício de direito de natureza política e ao arrepio de princípios do Direito”.

Um deles, a irretroatividade da norma jurídica (art. 5º, XL, CF/88), avulta em importância quando se considera que, entre nós, sempre se reconheceu que o efeito retro-operante é danoso à estabilidade dos direitos e às pretensões concebidas pelo juízo político do legislador, especialmente nos casos em que o efeito se aplica a uma situação anteriormente não passível de sanção. Além de sofrer o repúdio da consciência jurídica, a retroatividade encerra uma contradição no âmago do Estado, porquanto os negócios garantidos e protegidos pelas suas leis não podem, sob quaisquer pretextos, ser sumariamente destituídos de eficácia. (PEREIRA, 2010)

Neste sentido, é vista a Lei da Ficha Limpa como uma ofensa à Constituição Federal, e os efeitos de sua irretroatividade a tornariam sem qualquer forma normativa jurídica para repreender os candidatos que supostamente estariam impedidos de candidatar-se novamente.

Há ainda um segundo ponto que transforma a Lei da Ficha Limpa inconstitucional, se refere à agressão da norma à tradição de ajustamento das modificações do processo eleitoral a anterioridade anual (art. 16, CF/88), a impedir que o processo seja alterado por conveniências momentâneas ou decisões casuísticas de qualquer ordem, chamado princípio da anualidade da legislação eleitoral. (PEREIRA, 2010)

Ainda mais na obra de (ASSUNÇÃO, 2010, p. 104), relata o que um dos ministros do TSE dissera à época do feito, “o TSE ignorou o princípio da irretroatividade [...] é deslavadamente inconstitucional”. Ademais, tal manifestação do Ministro Grau, tornou um reboliço na época, pois, ofendeu uma iniciativa popular e os representantes das ONG's e instituições democráticas que lutaram pela aprovação da respectiva Lei.

A época também havia manifestações contrárias à lei 135/2010, que tinham como alvo a presunção de inocência, ou seja, necessidade da condenação confirmada com o trânsito em julgado, a retroatividade da lei, mas para o procurador eleitoral Renato Brill de Goés, essa questão estava clara, vejamos: não há dúvidas de que a Lei da Ficha Limpa traz novas causas de inelegibilidades e considera a vida pregressa do candidato. Essa é a oportunidade da Justiça Brasileira passar o Brasil a limpo. A capital Federal tem que dar exemplo. (ASSUNÇÃO, 2010)

Com isso as consequências da lei foram sendo as mais inusitadas possíveis, exemplo disso foram as inúmeras desistências dos candidatos à época, bem como conta Assunção (2010): No Paraná, o deputado estadual Alcen Guerra, concorria à reeleição, acabou desistindo do registro no ter local antes de ter sua candidatura impugnada. Justamente por responder a uma ação penal no STF por causa de supostas irregularidades quando foi prefeito de Pato Branco, sobre superfaturamento

em obras da prefeitura. Também na mesma época, mais fatos se tornavam alarmantes frente a inovação, como por exemplo São Paulo, com a ocorrência de 39 impugnações de candidaturas, pairando como o primeiro colocado em fichas sujas, seguido por Rondônia (24), Minas Gerais (16) e Pernambuco (15), Bem como Rio de Janeiro qual não ficou atrás, com 11 candidatos cassados e uma renúncia de Joaquim Roriz para escapar de um processo de cassação. (ASSUNÇÃO, 2010)

Mais um dos holofotes à época estava o TSE apreciando pela segunda vez a questão da validade da Lei para as eleições do ano de 2010, e como se esperado, mais uma vez a tese de que a Ficha Limpa não interfere no processo eleitoral prevaleceu, ou seja, poderia sim ser aplicada as eleições de 2010. (ASSUNÇÃO, 2010)

E não demorou, para aparecer os julgados do TSE, bem como se discutiu o indeferimento da candidatura por condição de inelegibilidade prevista na Ficha Limpa, impedindo assim a candidatura do deputado estadual Cearense Francisco Chagas, como também sendo aplicando a regra de oito anos de inelegibilidade. (ASSUNÇÃO 2010)

Com todo o rebuliço causado naquele ano, ainda assim se concentrava a corrente contrária, bem como, alguns nomes conhecidos como Gilmar Mende, José Dias Toffoli, Marco Mello, Celso de Mello e o já mencionado anteriormente Eros Grau. Mas porventura contrários aqueles nomes como Ellen Gracie e Cezar Peluso, e os favoráveis a lei, Carlos Ayres Britto, Ricardo Lewandowski, Cármen Lúcia, Joaquim Barbosa, obtendo assim um resultado de 5 a 5, para que se evitasse novo empate no caso do julgamento de Roriz (mais um candidato com o nome sujo, a ser julgado), assim chegaram a um acordo de proposta regimental, segundo a qual foi acatada a decisão anterior do TSE, prevendo o uso da lei ainda nas eleições de 2010.

Deste julgamento descrito acima que havia sido suspenso “por um pedido de vista do ministro José Antônio Dias Toffoli, teve continuidade no dia seguinte e o voto de Toffoli tornou-se favorável ao recurso de Roriz que considerou que o artigo 16 da Constituição, ao tratar do princípio da anualidade da lei eleitoral, não faz distinção entre normas. Para ele, o dispositivo determina que leis que alterem o processo eleitoral não se aplicam à eleição que ocorra até um ano da data de sua vigência.

Nesta ocasião, a ministra Cármen Lúcia Antunes Rocha se manifestou pela aplicação da lei às eleições, ressaltou que a Lei da Ficha Limpa, veio com 16 anos de atraso, atende a um anseio da população brasileira por moralidade e probidade

administrativa na vida pública. A ministra citou precedentes do STF no sentido de que as leis que complementam o regime constitucional de inelegibilidades têm vigência imediata e afastam a incidência do artigo 16 (art. 14, parágrafo 9º) da Constituição, pois não alteram o processo eleitoral. (LIMA, 2010)

Também o ministro Joaquim Barbosa disse que os dispositivos na lei não chegam a interferir no processo eleitoral, que se inicia no momento dos registros de candidaturas. Para ele, as normas não beneficiam este ou aquele partido ou candidato. (LIMA, 2010)

O ministro Ricardo Lewandowski, que também era a época presidente do Tribunal Superior Eleitoral, afirmou (TSE) que a norma não altera o processo eleitoral, uma vez que a Lei da Ficha Limpa não trouxe casuismo ou mudança na chamada paridade de armas. (LIMA, 2010)

O ministro Gilmar Mendes, nesse sentido, entendeu que não foi alcançada pela anualidade prevista no artigo 16, disse o ministro, porque foi promulgada para preencher um vazio legislativo existente à época. (LIMA, 2010)

A ministra Ellen Gracie, que votou pela plena aplicabilidade da Lei da Ficha Limpa nas eleições de outubro e acompanhou integralmente o voto do relator, disse que a norma questionada não fere o disposto no artigo 16 da Constituição. (LIMA, 2010)

O ministro Celso de Mello seguiu na afirmativa de que, a lei não deve ser aplicada nas eleições de 2010, em respeito ao postulado da anterioridade eleitoral, enunciado no artigo 16 da Constituição.

O presidente na época do STF, Cezar Peluso, se somou aos votos contrários a Lei da Ficha Limpa. O ministro acompanhou o entendimento de que a lei não deve produzir efeitos para as eleições anteriores a sua publicação e acrescentou que, por se tratar de uma sanção, não pode retroagir para prejudicar aqueles que foram condenados antes de sua promulgação. (LIMA, 2010)

Consegue-se observar a repercussão da lei da ficha limpa junto aos Tribunais, os pesquisadores (autores) citados demonstram o como foi vista e aceita respectiva norma e aplicabilidade da mesma pelos Ministros da Suprema corte inclusive, a lei em questão buscara mais efetividade ética e virtudes, também com a aplicação retroativa da mesma, se buscou dar celeridade e imediata aplicabilidade na promoção do ideário da luta cidadão pela respectiva legislação ao sentir dos estudos até aqui realizados.

Contudo foi possível visualizar que a manifestação de alguns julgadores contrários à nova normatização jurídica (legislação esta que buscava pelo clamor do povo) sugere a pensar que, seria possível haver a possibilidade de que estavam defendendo candidatos antiéticos, ou a ordem jurídica constitucional? Ou só se trata de mera impressão, de uma e outra?

O problema aqui é perguntar até que ponto a retroatividade da presente lei fortalece ou enfraquece o sistema democrático? A ou não constitucionalidade, se bem que esta resposta se fez pacificada com o julgamento da ADI 4578, qual indeferiu a ADI e acolheu as ADCs 29 e 30, julgando pela constitucionalidade da lei.

Com o voto do ministro presidente, o Supremo Tribunal Federal concluiu nesta quinta-feira (16) a análise conjunta das Ações Declaratórias de Constitucionalidade (ADCs 29 e 30) e da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI 4578) que tratam da Lei Complementar 135/2010, a Lei da Ficha Limpa. **Por maioria de votos (7 x 4), prevaleceu o entendimento em favor da constitucionalidade da lei**, que poderá ser aplicada nas eleições deste ano, alcançando atos e fatos ocorridos antes de sua vigência. (2012, www.stf.jus.br <https://www2.stf.jus.br/portalStfInternacional/cms/destaquesClipping.php?sigla=portalStfDestaque_pt_br&idConteudo=200628>) grifamos.

A moralidade e a probidade administrativa, estão para o político ou agente público, assim como deveria estar para o eleitor? Existe uma moralidade e probidade cidadã, ou trata-se de uma ética ou moral? A iniciativa popular na elaboração da lei da ficha limpa, ao buscar por mais moralidade e probidade de seus representantes políticos e o alcance e efeitos, é um sinal de maturidade democrática, ou um sinal de desconhecimento por parte do cidadão no que se refere as funções do direito, como a segurança jurídica, ou é a constitucionalização do direito diante a vontade do legislador constituinte se manifestando pelas vozes da rua? O que deve atender os Tribunais, um discurso de aplicação que se volte aos anseios sociais, ou intimar o congresso para melhorar os efeitos da regra, até que ponto se omitir ou impor-se pode ser democrático ou ativismo judicial?

Respectivas perguntas tentar-se-ão ser respondidas na conclusão dos estudos, porem deve-se ter em mente que, a verdade não é absoluta, a verdade é aquilo que a maioria diz ser. (HABERMAS, 1987a)

4 COMPETÊNCIAS E ATRIBUIÇÃO DAS CORTES CONSTITUCIONAIS NO CONSTITUCIONALISMO CONTEMPORÂNEO

Neste capítulo será analisado o papel do Supremo Tribunal Federal em especial, mas assim como os papéis das cortes superiores. Para tanto, inicialmente serão abordados os modelos de cortes constitucionais e composição e atribuições do Supremo Tribunal Federal brasileiro. Após, analisa-se a tutela dos direitos fundamentais através da natureza contramajoritária das cortes constitucionais.

Também será objeto de análise do presente capítulo a natureza normativa da segurança jurídica e da presunção de inocência e, por fim, a decisão do STF correlacionada com a aplicação retroativa da Lei da Ficha Limpa.

O STF foi estruturado segundo modelo constitucional pátrio como guardião da Constituição Federal. Respectivo órgão maior do Poder Judiciário não é eleito diretamente pelo cidadão brasileiro como ocorre com o Poder Executivo e Poder Legislativo, porém a este foi outorgado o papel de proteção dos direitos fundamentais implícitos e explícitos na Constituição.

4.1 Modelos de cortes constitucionais na estrutura dos Estados e a composição e atribuições do Supremo Tribunal Federal brasileiro

Dentre os modelos de cortes constitucionais, cabe primeiramente realizar apanhado geral sobre a temática para, após, discorrer sobre o modelo da atual corte constitucional brasileira, o Supremo Tribunal Federal (STF).

Efetuando breve retrospecto histórico, Leal (2007) refere que com a democratização social trazida pelo *Welfare State* e com o pós II Guerra Mundial que trouxe a redemocratização dos países que saíram dos regimes autoritários e abarcaram em suas Constituições, positivando, direitos fundamentais e sociais, ocorreu redefinição na relação entre os poderes, passando a ter maior notoriedade o Poder Judiciário, o que resultou no Estado Democrático de Direito e nos Tribunais Constitucionais. É neste novo modelo que nota-se “o acesso à justiça assume um papel de fundamental importância, através do deslocamento da esfera de tensão, até então calcada nos procedimentos políticos, para os procedimentos judiciais.” (LEAL, 2007, p. 42).

A expansão dos Tribunais Constitucionais, ou Cortes, e da justiça constitucional é um tema que ganhou forte relevância principalmente nos séculos XX e XXI,

principalmente ao trazer que a justiça constitucional traz o respeito a Constituição e aos direitos fundamentais para os sistemas políticos. (BARACHO, 2001).

O Conselho Constitucional francês (*Conseil Constitutionnel*) possui nove membros, os quais possuem mandato não renovável de nove anos, sendo o cargo mais longo dos órgãos constitucionais. Referido Conselho exerce um papel de controle preventivo obrigatório sobre as leis orgânicas e regulamentos parlamentários sobre leis e tratados (PEGORARO, 2005).

Nos Estados Unidos há a presença do *judicial review*, o qual é exercido pela Suprema Corte, a qual atualmente conta com nove membros, os quais são escolhidos pelo Presidente e confirmados através de voto de maioria do Senado.

Lá, a Constituição possui maior rigidez e é mais restrita, servindo de parâmetro de legitimidade das leis ordinárias, de modo a estabelecer uma hierarquia de fontes implícita, a qual foi assentada no caso *Marbury v. Madison*¹². A análise da conformidade de leis com a Constituição deve ser efetuada por referida Corte e, pelos demais juízes, de modo a declarar nulas aquelas que se encontrarem em desconformidade com os preceitos constitucionais (PEGORARO, 2005).

Na Áustria a Suprema Corte possui quatorze membros, os quais são nomeados pelo Presidente, mas são escolhidos em parte pelo Governo Federal e parte pelo Parlamento Federal, além de seis suplentes para substituição em caso de doenças etc.

No modelo austríaco, Pegoraro (2005) relembrando as ideias kelsenianas diz que, também Kelsen teria partido do conceito de Constituição como norma superior a todas as outras. Ademais, referia que a verificação de legitimidade das leis com a Constituição deveria ser efetuada por um Tribunal superior, com independência garantida através de sua inamovibilidade, não sendo cabível aos juízes de instâncias inferiores, modelo qual perdura até hoje (PEGORARO, 2005).

Na Alemanha a Corte Constitucional é formada por 16 membros, os quais se dividem em duas turmas. Seus mandatos são de 12 anos, sem direito a reeleição, sendo metade escolhidos pelo parlamento baixo e a outra metade pelo parlamento alto.

¹² Através deste caso emblemático, decidido em 1803 pela Suprema Corte dos Estados Unidos, foi desenvolvido e estruturada a competência da Suprema Corte para exercer o controle de constitucionalidade, afastando as leis federais que contrariam a Constituição.

Em referido país, o controle de constitucionalidade das leis é de dois tipos: concreto e abstrato. No controle concreto há a necessidade de um procedimento judicial, onde se discute a interpretação de norma constitucional, havendo mais de um interessado no caso em tela, constituindo uma coletividade. Já no controle abstrato, não há necessidade de procedimento judicial, mas é analisada a constitucionalidade de normas que estão sendo promulgadas, quanto a sua validade e eficácia (PEGORARO, 2005).

Na Espanha, o Tribunal Constitucional é composto por 12 membros, os quais são nomeados através de decreto real. São indicados pelo Congresso, pelo Senado, Governo e pelo Conselho Geral do Poder Judiciário.

Referido Tribunal Constitucional espanhol deve ser provocado através de recurso de amparo, onde qualquer pessoa, física ou jurídica, pode questionar quando ocorrer lesão de situação jurídica protegida, como violação de direitos ou de liberdade, além do Defensor do Povo (Presidente do Governo) e do Ministério Público (PEGORARO, 2005).

Quanto à composição e atribuições do Supremo Tribunal brasileiro, primeiramente cabe apresentar histórico acerca da criação e formação de referido tribunal. Sabe-se que, em um primeiro momento o Brasil foi colônia de Portugal, de modo que havia as capitânicas hereditárias e que, seus donos possuíam amplos poderes, na esfera administrativa, judicial e policial, para a colonização do Brasil. Os primeiros tribunais foram instituídos, em meados de 1609, com a nomenclatura de “Relação do Brasil”, primeiramente instalada na Bahia e, após, com uma segunda sede no Rio de Janeiro, os quais eram compostos por dez desembargadores em cada (2018, www.stf.jus.br).

Com a vinda da família real para o Brasil, fugindo dos ataques das tropas de Napoleão e, a impossibilidade de remessa dos agravos ordinários e apelações para a Casa de Suplicação de Lisboa, foi necessária a criação de uma Casa de Suplicação no Brasil em 1808, a qual foi instalada no Rio de Janeiro, extinguindo a Relação do Rio de Janeiro, passando a ser considerada como o Superior Tribunal de Justiça, passando a ser integrado por 17 juizes (2018, www.stf.jus.br).

No momento em que o Brasil deixou de ser colônia de Portugal, sendo instituída a República do Brasil. Deste modo, passa a existir o Supremo Tribunal Federal, nomenclatura instituída na Constituição Provisória de 1890. Com a promulgação da Constituição de 1891, foi dedicada ao Supremo Tribunal Federal o controle de

constitucionalidade das leis, sendo referido órgão composto inicialmente por 15 juízes, que passam a exercer o cargo de Ministros, nomeados pelo Presidente e confirmados pelo Senado (2018, www.stf.jus.br).

Após a Revolução de 1930, foi reduzido o número de Ministros para onze. Na Constituição de 1934, seu nome foi alterado para Corte Suprema, sendo restabelecido o nome de STF na Constituição de 1937. Em decorrência do regime militar, o número de ministros subiu para 16 e, após restabelecimento da democracia, seu número retornou para 11 e, atualmente, na Constituição de 1988 consta expressamente a competência basilar de guardião da Constituição (2018, www.stf.jus.br).

As atribuições do STF constam dentre os artigos 101 a 103 da Constituição Federal. No artigo 101 têm-se a menção ao número de ministros e requisitos mínimos para investidura em referido cargo, como idade superior a trinta e cinco anos, notável saber jurídico e reputação ilibada. No artigo seguinte, 102, há a menção de referido órgão como guarda da Constituição e suas competências para julgar, de forma originária e mediante recurso. O artigo 103 fala especificamente sobre a ação direta de inconstitucionalidade e a ação declaratória de constitucionalidade. Há também menção sobre a possibilidade de criação pelo STF de súmula vinculante e informações sobre a composição do Conselho Nacional de Justiça (CNJ).

Atualmente o STF é composto pelos seguintes ministros: José Celso de Mello Filho, Marco Aurélio Mendes de Farias Mello, Gilmar Ferreira Mendes, Enrique Ricardo Lewandowski, Carmen Lúcia Antunes Rocha, José Antônio Dias Toffoli, Luiz Fux, Rosa Maria Pires Weber, Luís Roberto Barroso, Luiz Edson Fachin e Alexandre de Moraes (2018, www.stf.jus.br).

No que tange aos papéis e atribuições dos tribunais constitucionais, têm-se que, no mundo inteiro, supremas cortes e tribunais constitucionais desempenham ao menos três grandes papéis ou funções. O primeiro papel é contramajoritário, que é um dos temas mais analisados pelas teorias constitucionais dos mais diversos países. O segundo papel é um papel representativo, o qual

ocorre quando atuam (i) para atender demandas sociais que não foram satisfeitas a tempo e a hora pelo Poder Legislativo, (ii) bem como para integrar (completar) a ordem jurídica em situações de omissão inconstitucional do legislador (BARROSO, 2018).

Em terceiro, tem-se o papel de vanguarda iluminista, que serve para proteção de direitos fundamentais e superação de preconceitos e discriminações (BARROSO, 2018).

No Brasil não há distinção dos demais países quanto ao controle efetuado pelos tribunais constitucionais, havendo, dessa forma, a presença destes papéis acima mencionados. Deste modo, importa apresentar o modelo brasileiro de jurisdição constitucional tendo em vista a discussão pertinente neste trabalho, de modo a uma maior compreensão para uma análise posterior, acerca do protagonismo do Supremo Tribunal Federal.

Segundo Barroso (2018) o Brasil possui um modelo próprio de controle de constitucionalidade, o qual assimila aspectos do sistema americano e do sistema europeu.

Cabe trazer apontamentos acerca da diferença entre os modelos americano e europeu de Tribunais Constitucionais, ressaltando que o sistema brasileiro abrangeu ambos em seu ordenamento jurídico. Os dois modelos não passaram pelos mesmos processos históricos e revolução, de modo que o modelo europeu possuiu alteração na ordem do Estado, o que resultou na necessidade de se efetuar uma reestruturação e de formulação de leis assecuratórias de direitos. No modelo americano as mudanças estavam mais focadas na política, e não em estruturas sociais (LEAL, 2007).

No modelo americano, apresenta Novais (2012), desde a revolução liberal a Suprema Corte americana era a responsável pela interpretação da distribuição constitucional dos poderes e da defesa das garantias constitucionais, delimitando a atuação dos poderes públicos. Dentre as decisões efetuadas, houve decisões que priorizavam o direito de propriedade sobre os demais, principalmente contra políticas públicas no final do século XIX, porém, o poder judicial americano assumia o papel de "depositário institucional da interpretação e da distribuição constitucional dos poderes e da defesa das garantias constitucionais através da delimitação da actuação dos poderes públicos incluindo do próprio legislador democrático" (NOVAIS, 2012, p. 186). Na segunda metade do século XX o Supremo Tribunal americano se afirmou de forma plena como defensor das liberdades e da igualdade entre os cidadãos através de fiscalização legislativa incidental e decisão de recursos a sentenças judiciais.

Na Europa ocorreram diversos fatores que não permitiram que ocorresse o controle constitucional pelos juízes da mesma forma que ocorreu nos Estados Unidos, tais como a soberania do Parlamento, a confiança incondicional na lei e uma

desconfiança histórica sobre os juízes, de tal forma que existia a inviabilidade de importação do *judicial review* americano, pois o mesmo traria insegurança jurídica nos países com tradição de direito romano, modelo diferente do americano, que utiliza o *common law* com a força de precedentes. (NOVAIS, 2012).

A Europa passou por uma ruptura revolucionária não sofrida pelos Estados Unidos, os direitos fundamentais eram vistos a medida da lei, não sendo normas máximas que irradiavam sobre as leis. Kelsen em sua teoria pura do direito propõe uma jurisdição constitucional especializada, trazendo a constituição como norma máxima do ordenamento.

O Tribunal Constitucional [...] contribuía, no seu domínio especializado, para assegurar a unidade sem brechas do sistema jurídico, erradicando da ordem jurídica a lei que não tivesse sido produzida de acordo com o escalão superior, o constitucional, donde recolhia validade e a que devia observância. (NOVAIS, 2012, p. 191).

Desta forma, ocorreu a reafirmação da dignidade da pessoa humana como centro da proteção, porém sob um novo sentido. Esse novo modelo constitucional ocorreu na retirada de lições anteriores aplicadas e não exitosas como a concepção dos direitos fundamentais como núcleo da Constituição e a preocupação com a garantia, efetividade e aplicabilidade direta da Constituição e dos direitos fundamentais enquanto normas jurídicas.

Assim, do sistema americano importou-se o controle incidental e concreto, que consiste na interpretação da Constituição pelos juízes ao julgar os casos que lhe são submetidos, podendo deixar de aplicar norma que considere inconstitucional. Do sistema europeu importou-se a possibilidade de ajuizamento de ações diretas perante a Suprema Corte onde se discute a constitucionalidade ou não de leis.

Em referência ao controle de constitucionalidade americano, ressalta-se que na Constituição americana não há previsão de controle judicial de constitucionalidade das leis, porém, a Suprema Corte do país, no famoso julgamento, já mencionado, de *Marbury v. Madison*, em 1803, o entendeu como presente na supremacia constitucional, conforme a decisão de John Marshall, presidente da Suprema Corte americana no momento (SOUZA NETO; SARMENTO, 2012, p. 18).

O controle de constitucionalidade americano, conhecido como *judicial review*, pode ser exercido por qualquer juiz diante de caso concreto a esse apresentado. Neste caso, a norma não se torna inconstitucional, apenas possui sua aplicação

retirada do caso concreto em tela. Consiste no que é considerado como controle difuso de constitucionalidade no Brasil (SOUZA NETO; SARMENTO, 2012).

Não obstante, Hans Kelsen efetuou entendimento do controle de constitucionalidade de modo diverso. Entendeu que seria fundamental que a própria Constituição possuísse mecanismo capaz de retirar da ordem jurídicas normas que contrariassem seus dispositivos. Ademais, tal mecanismo constitucional não deveria ser utilizado por todo e qualquer juiz, mas sim, que este fosse atribuído apenas a corte constitucional (SOUZA NETO; SARMENTO, 2012).

Desta feita, tem-se o surgimento do controle concentrado de constitucionalidade, o qual, além de ser exercido exclusivamente pela corte constitucional, não abordaria casos concretos, mas de forma abstrata exerceria a função de legislador negativo, invalidando as normas que afrontassem os preceitos constitucionais (SOUZA NETO; SARMENTO, 2012).

Tais instrumentos de controle de constitucionalidade constituem uma segurança para a população, no momento em que os órgãos representativos não estão gerando muita confiança acerca da proteção e garantia de direitos básicos.

Em quadros como esse, o controle jurisdicional de constitucionalidade pode se converter numa peça importante nas engrenagens do Estado, protegendo as minorias políticas e sociais do arbítrio das majorias, salvaguardando direitos fundamentais e assegurando a observância das regras do jogo democrático. O insulamento do Poder Judiciário diante dos resultados da política eleitoral pode funcionar aqui não como defeito, mas como virtude, possibilitando que ele exerça de forma mais independente o papel de guardião da Constituição. Ademais, em Estados federais, o controle de constitucionalidade desempenha também um papel crucial na preservação da partilha constitucional das competências entre os entes políticos. Isso porque, sem ele, um ente poderia editar norma que invadisse competência alheia sem que fosse possível invalidá-la. De todo modo, conforme aprofundaremos mais a frente, o risco de incursão excessiva da política pela jurisdição constitucional existe, e não pode ser menosprezado (SOUZA NETO; SARMENTO, 2012, p. 20).

Nota-se, deste modo, a importância do desempenho das funções do STF, não apenas controlando a constitucionalidade ou não das normas, mas como um reforço a fim de gerir uma maior segurança e confiabilidade para a população, principalmente no cenário atual.

Sem embargo de desempenhar um poder político, o Judiciário tem características diversas das dos outros Poderes. É que seus membros não são investidos por critérios eletivos nem por processos majoritários. E é bom que seja assim. A maior parte dos países do mundo reserva uma parcela de

poder para que seja desempenhado por agentes públicos selecionados com base no mérito e no conhecimento específico. Idealmente preservado das paixões políticas, ao juiz cabe decidir com imparcialidade, baseado na Constituição e nas leis. Mas o poder de juizes e tribunais, como todo poder em um Estado democrático, é representativo. Vale dizer: é exercido em nome do povo e deve contas à sociedade (BARROSO, 2010a, p. 437).

Importa ressaltar que o Supremo Tribunal Federal brasileiro é o efetivo guardião da Constituição. Ao exercer referida função, afirma referido texto legal como indisponível, sendo o ponto inicial para a ordem política e social, evitando que o poder político não tenha regras. Desta forma, O STF é o garantidor do processo político democrático, tendo a responsabilidade de incorporar diferenças através dos direitos fundamentais (REPOLÊS, 2008).

Para Barroso (2010a), o papel do judiciário em especial do Supremo Tribunal Federal seria como um combustível que incendiaria o debate teórico/filosofia, dando impulso a estes sob um prisma de uma nova forma de interpretar a constituição, seria o constitucionalismo contemporâneo, para o autor, respectiva forma de interpretar e aplicar a constituição federal assume inúmeras formas, entre estas o ativismo versus contenção judicial; interpretativismo versus não interpretativismo; constitucionalismo popular versus supremacia judicial.

Deste modo, após análise dos modelos de tribunais constitucionais, apresentação do modelo adotado pelo Brasil e dos papéis atribuídos a este, cabe, no item seguinte, fazer menção acerca da natureza contramajoritária de referidos tribunais, seja no Brasil, seja nos demais países, de modo a apresentar como ocorre a proteção dos direitos fundamentais das minorias, mesmo que referida proteção vá ao encontro da opinião da grande maioria, tendo em vista que este é nisto que consiste o papel contramajoritário: garantir e proteger os direitos das minorias de possíveis opressões da maioria.

4.2 A natureza contramajoritária das cortes constitucionais: a tutela dos direitos fundamentais

Conforme brevemente exposto no item anterior, as cortes constitucionais, dentre seus papéis, desempenham o papel contramajoritário. Este papel possibilita que as cortes supremas invalidem leis e atos normativos, sejam do Legislativo quanto do Executivo.

Antes do ingresso quanto às discussões acerca do papel contramajoritário dos tribunais, importa ressaltar a importância da observância e proteção dos direitos fundamentais. Conforme Novais (2012), baseado na teoria de Ronald Dworkin, os direitos fundamentais devem ser utilizados como trunfos contra a maioria, de forma a ser uma necessidade de levar a Constituição mais a sério, pois os poderes constituídos não podem discriminar o que a Constituição reconhece como direito fundamental.

Ter direitos fundamentais como trunfos possui vários significados. Primeiramente, significa possuir uma posição juridicamente garantida contra as decisões da maioria política. Ademais, acrescenta-se que há situações em que o poder público não pode utilizar-se de tal argumento para restrições e, caso ocorram restrições, as mesmas devem observar os princípios constitucionais. Há também a posição de que a autonomia e liberdade individual devem ser protegidas contra ameaças e lesões pelo Estado e a promoção de acesso igualitário dos particulares aos bens protegidos pelos direitos fundamentais (NOVAIS, 2012).

Tal entendimento dos direitos fundamentais como trunfos foi acolhida quando os Estados constitucionais retiraram as consequências institucionais de indisponibilidade e vinculação das entidades públicas aos direitos fundamentais, através de uma reestruturação do Estado de Direito, estando todos os poderes sujeitos à jurisdição constitucional, cabendo aos Tribunais Constitucionais a responsabilidade de defesa de lesões à direitos fundamentais (NOVAIS, 2012).

É através do reconhecimento do papel contramajoritário dos direitos fundamentais que os mesmos se defendem das inúmeras tentações de funcionalização e instrumentalização, de modo a desenvolverem suas potencialidades de garantias efetivas de liberdade e autonomia individual de forma plena (NOVAIS, 2012).

É que é, precisamente, quando se sustenta uma posição que não tem o apoio da maioria ou, mais ainda, que é impopular aos olhos da maioria ou merece o seu repúdio ativo e até violento, que os direitos fundamentais são verdadeiramente úteis e o conceito de Estado de Direito revela mais-valia, força própria e autonomia dogmática relativamente ao conceito de democracia (NOVAIS, 2012, p. 59).

Referido comentário, para Novais (2012), refere-se ao fato de que em uma democracia, quando abordam-se direitos políticos ou liberdade, relacionada entre

diferentes concepções ou interesses, as posições majoritárias, ou as que recebem o apoio da maioria dos cidadãos, não necessitam de direitos fundamentais, desde que as regras democráticas estejam garantidas, para consolidarem opiniões dominantes.

São precisamente as posições majoritárias, as posições de um indivíduo isolado ou acompanhado de outros que como ele se sentem discriminados, que estão sujeitos à pressão, muitas das vezes avassaladora e tendencialmente abusiva da parte da maioria, que têm necessidade de se socorrer da proteção e das garantias do Estado de Direito. Essa ajuda é tão mais necessária quanto mais a posição que sustentam é impopular ou gera sentimentos de rejeição mais fortes (NOVAIS, 2012, p. 59).

Necessário se faz, desse modo, o apoio do Estado de Direito à proteção e garantia dos direitos fundamentais da posição menos favorecida, a fim de garantir a estes o mesmo direito que todos têm a escolher seus planos de vida, suas posições, a ter as mesmas possibilidades e oportunidades, de modo a viver com igual dignidade que os demais (NOVAIS, 2012).

Deste modo, é possível que juízes, os quais não foram eleitos pela população, sobreponham sua interpretação da Constituição àquela dos agentes públicos eleitos, o que ficou caracterizado como “dificuldade contramajoritária” (BARROSO, 2018).

O déficit democrático do Judiciário, decorrente da dificuldade contramajoritária, não é necessariamente maior que o do Legislativo, cuja composição pode estar afetada por disfunções diversas, dentre as quais o uso da máquina administrativa nas campanhas, o abuso do poder econômico, a manipulação dos meios de comunicação. O papel do Judiciário e, especialmente, das cortes constitucionais e supremos tribunais deve ser resguardar o processo democrático e promover os valores constitucionais, superando o déficit de legitimidade dos demais Poderes, quando seja o caso; sem, contudo, desqualificar sua própria atuação, exercendo preferências políticas de modo voluntarista em lugar de realizar os princípios constitucionais. Além disso, em países de tradição democrática menos enraizada, cabe ao tribunal constitucional funcionar como garantidor da estabilidade institucional, arbitrando conflitos entre Poderes ou entre estes e a sociedade civil. Estes os seus grandes papéis: resguardar os valores fundamentais e os procedimentos democráticos, assim como assegurar a estabilidade institucional (BARROSO, 2010a, p. 443).

Entende-se que tal natureza majoritária é legítima dos tribunais, principalmente pelo fato de atuarem em nome da Constituição para proteger direitos fundamentais, mesmo contra a vontade das majorias. O nível de judicialização no país é muito alto, em razão da Constituição ser bastante abrangente, cuidando de diversas matérias, as quais em outros países não se encontram no texto constitucional (BARROSO, 2018).

No Brasil, a jurisdição constitucional vem expandindo-se após a Constituição de 1988, pois é a partir desta que é redescoberta a cidadania e ocorre a conscientização das pessoas quanto a seus próprios direitos. Ademais, com a ampliação de direitos, ações e ampliação da legitimidade ativa para tutela de interesses, juízes e tribunais passaram a desempenhar um papel simbólico importante para a sociedade (BARROSO, 2010a).

Segundo Barroso (2010a) nos últimos anos houve uma ascensão do poder judiciário no Brasil, isto ocorreu ao passo que, este poder começa a desempenhar um papel tanto político também. Ocorre-se respectiva característica quando este poder exerce com maior liberdade seus poderes democráticos e suas garantias da magistratura enquanto juízes e tribunais deixam de ser apenas técnico especializado e passam a desempenhar respectivo papel político ao dividir espaços com o Legislativo e o Executivo. Possivelmente se tem isto diante a omissão ou agressão direta aos preceitos constitucionais, havendo então a necessidade do poder judiciário se fazer presente em muitos casos decisões de cunho político, sendo que, respectivos atos aproximaram o Poder Judiciário da sociedade, impondo reformas estruturais e suscitando questões complexas acerca da extensão de seus poderes.

Ainda em Barroso (2012) salienta o papel político e contramajoritário dos órgão jurisdicionais em especial o Supremo Tribunal Federal, para o autor os membros do Poder Judiciário – juízes, desembargadores e ministros – não são agentes públicos eleitos. Por mais que não passaram por um sufrágio sem a vontade popular, estes mesmo assim desempenham inegavelmente um poder político, inclusive de invalidar atos dos outros dois poderes.

A possibilidade de um órgão não eletivo como o Supremo Tribunal Federal sobrepor-se a uma decisão do Presidente da República – sufragado por mais de 40 milhões de votos – ou do Congresso – cujos 513 membros foram escolhidos pela vontade popular – é identificada na teoria constitucional como dificuldade contramajoritária.(BARROSO. 2012, p. 28)

Reconhece-se o princípio de que a magistratura se encontra vinculada com as normas constitucionais e não aos valores sociais majoritários, conduzindo, desta forma, a um discurso hermenêutico idealista, onde compreende-se que o direito possui soluções para todos os casos “inclusive para os mais difíceis, e que os magistrados devem resolver esses casos por meio de uma interpretação cuidadosa e uma articulação criteriosa dos princípios constitucionais” (COSTA, 2013, p. 13).

Como reconhece Barroso (2010b, p. 15), o discurso judiciário padrão indica que “juízes são independentes da política e limitam-se a aplicar o direito vigente, de acordo com critérios aceitos pela comunidade jurídica”. Ademais, na emenda do MS 26.603 afirma-se quanto a interpretação judicial:

O exercício da jurisdição constitucional, que tem por objetivo preservar a supremacia da Constituição, põe em evidência a dimensão essencialmente política em que se projeta a atividade institucional do Supremo Tribunal Federal, pois, no processo de indagação constitucional, assenta-se a magna prerrogativa de decidir, em última análise, sobre a própria substância do poder (STF, MS n. 26.603).

Ademais, em relação a interpretação de normas constitucionais efetuadas pelos tribunais superiores, discute-se acerca da peculiaridade destes de lidar com textos cujas alterações são dificultadas pelas autoridades políticas, o que, conforme Costa (2013, p. 17) “chegou a merecer uma denominação própria desde o início do século XX, e que está em voga na dogmática brasileira contemporânea: mutação constitucional”.

Ressalta-se também que, deste modo, “é crescente o número de julgamentos em que a atuação judicial ultrapassa o sentido literal possível das normas, dando margem a uma atuação judicial de caráter eminentemente criativo” (COSTA, 2013, p. 18). O que pode ser vislumbrado através das decisões que o STF vem tomando. Exemplo dessa atuação judicial de caráter criativo é, inclusive, a decisão referente a retroação dos efeitos das decisões da Lei da Ficha Limpa, objeto de análise neste trabalho científico.

Deste modo, ingressa-se na discussão acerca da tutela dos direitos fundamentais e o “direito” de que o STF julgue, a seu bel prazer e, sem observância das questões democráticas.

Se realmente queremos uma jurisdição constitucional efetiva e eficiente na tutela dos direitos não devemos admitir que ela assuma uma postura onipotente e onisciente e ignore a legitimidade da deliberação democrática na concretização das normas constitucionais. Defender qualquer forma de supremacia judicial é certamente a forma mais segura de produzir um movimento de reação contra as funções atribuídas ao Poder Judiciário nas democracias constitucionais contemporâneas. A preservação dos métodos de auto restrição judicial somente faz sentido se os inserirmos no propósito de assegurar que a jurisdição constitucional não se deixe seduzir pelos seus próprios poderes e asfixie a democracia em nome da proteção dos direitos fundamentais (MELLO, 2004, p. 306).

No que tange a percepções negativas da atuação contramajoritária do STF, discussões encontram-se principalmente no fato de que os juízes, mesmo sem serem eleitos, podem invalidar decisões adotadas pelo legislador, sendo que este último foi escolhido pelo povo através das eleições. Deste modo, há opiniões de que, questões emblemáticas, tais como eutanásia, aborto etc., deveriam ser decididas pelo povo e seus representantes eleitos, e não a magistrados (SOUZA NETO; SARMENTO, 2012).

O cerne da dificuldade contramajoritária encontra-se no reconhecimento de que, diante das lacunas legais e falta de determinação de determinados termos, além de colisões entre normas, quem as interpreta não participa de seu processo de criação. Deste modo, encontra-se a crítica no sentido de que a jurisdição constitucional confere aos juízes um “poder constituinte permanente”, tendo em vista que lhes é permitido moldar a Constituição de acordo com suas preferências políticas e valorativas, em contrapartida com o que foi proposto, no momento específico pelo legislador eleito, o que leva inúmeras correntes de pensamento a rejeitar a jurisdição constitucional e o ativismo judicial em seu exercício (SOUZA NETO; SARMENTO, 2012).

Ressalta-se que o termo ativismo judicial não deve ser confundido com a judicialização. A judicialização é resultado de um processo histórico, tendo como principal característica o protagonismo do Poder Judiciário, resultante de fatores que levam a uma transferência de decisões estratégicas contemplando temas fundamentais da sociedade que caberiam para poderes como o Executivo e Legislativo para o Judiciário, convertendo o direito em cada vez mais um direito judicial, sendo integrado o texto normativo com o caso concreto, havendo modificação na compreensão interpretativa associada com a “nova hermenêutica”. Suas características são a transferência de decisões estratégicas para o Judiciário, principalmente para os Tribunais Constitucionais, decisões estas sobre temas polêmicos e como suas causas a supremacia, o caráter principiológico e a tutela e proteção dos direitos fundamentais, a ampliação e alcance da Constituição, a constitucionalização do direito, fatores culturais e fatores operacionais e jurídicos. (LEAL, 2012).

Quanto ao ativismo, Novais (2012) afirma que há acentuação da politização da jurisdição constitucional quando se atribui a Supremos Tribunais e Tribunais Constitucionais a competência para fixarem a sua própria competência e o alcance

dos efeitos das suas decisões. Aborda a discricionariedade do modelo americano em escolher quais casos irá atuar, valendo-se da relevância material ou repercussão geral (como é o caso brasileiro), a qual afasta a passividade do Supremo Tribunal.

No Estado Democrático de Direito parte-se para uma atividade mais intensa do judiciário, onde, pelo fato de abranger mais direitos, a Constituição passa a ser uma norma mais aberta. Desse modo, os Tribunais passam a ter que efetuar seus julgados utilizando-se de elementos hermenêuticos e trazendo definições em suas decisões sobre a extensão desses direitos, especialmente quando se encontram em conflito com outros direitos fundamentais. Passa-se a uma concepção do indivíduo sob o viés da solidariedade, sendo visto como membro de uma sociedade. (LEAL, 2007).

A Constituição passa a ser compreendida como uma expressão máxima dos valores eleitos pela sociedade que a adota, ou seja, uma materialização do contrato social de uma ordem democrática, definição trazida pela autora sobre o Estado democrático de direito. A norma, nesse contexto, passa a ser concebida como o resultado da interpretação do texto, interpretação esta que deve ocorrer considerando sua relação com os fatos do mundo que o cerca.

Leal (2007) analisa os fundamentos que demarcam a posição ativa da jurisdição constitucional em meio à democracia. Abordando o Tribunal Constitucional alemão, traz que um aspecto marcante foi sua capacidade construtiva, com a finalidade de consolidar os direitos fundamentais, construindo a ideia de que estes possuem uma dupla dimensão, um caráter subjetivo e outro objetivo. A vinculação de todo ordenamento jurídico aos direitos fundamentais, na concepção de direito objetivo, traz que estes fornecem diretrizes para a aplicação e para a interpretação de todo o direito infraconstitucional, o que é considerado como a eficácia de irradiação, o que não exclui a existência dos demais ramos do direito, apenas faz com que estes se encontrem, de certa forma, influenciados pela Constituição. Tal vinculação também ocorre de forma horizontal, onde, mediante conflito desses direitos fundamentais, a decisão ocorrerá mediante sopesamento dentre eles e a utilização do princípio da proporcionalidade.

Sobre o sopesamento, Leal (2007) citando Alexy, traz reflexão acerca dos conflitos existentes entre os direitos fundamentais e democracia, onde a aplicação daqueles somente pode ocorrer através de um sopesamento, exigindo de tal forma, uma interpretação e a necessidade de uma decisão, pelo fato de que alguém, em algum momento, precisa decidir sobre o conflito em aberto. A instituição de tais direitos

não resolveu o problema de sua institucionalização, visto os problemas trazidos pelo seu caráter vinculante. O sopesamento pressupõe três passos: avaliação dos danos da não-realização do princípio; determinação da importância do princípio contrário e; a verificação de se a importância do princípio contrário justifica a lesão do outro direito em pauta. Também há um sopesamento entre o princípio material de proteção aos direitos fundamentais e o princípio formal da competência do legislador no sistema democrático.

Quanto a críticas acerca da jurisdição constitucional, as mais pertinentes referem-se sobre a visão dos Tribunais constitucionais como “senhores da Constituição”. Leal (2007), ao referir Streck, aponta que não há como existir um Estado democrático sem uma justiça constitucional e nem os princípios protegidos sem a atuação da mesma. De tal forma que se questiona quais os fundamentos e como tal controle constitucional deve funcionar. Diante de tal questionamento, são apresentadas duas correntes antagônicas, uma primeira, substancialista, onde há a defesa do papel do judiciário na garantia e na concretização dos direitos constitucionais estabelecidos e, uma segunda procedimentalista, onde a função do órgão judicial consiste em assegurar processos democráticos.

As críticas contra a jurisdição constitucional também tendem a oscilar, de acordo com as inclinações políticas adotadas pelos tribunais, seja ele em um momento mais conservador, seja em outro mais liberal. O que influencia, inclusive, na mudança de interpretações ocorridas em momentos anteriores.

Importante salientar que, há quem descarte a existência de dificuldade contramajoritária no controle de constitucionalidade. Primeiro, porque entende-se que a atuação do judiciário não está em desencontro com a opinião da população. Neste sentido, Souza Neto e Sarmiento (2012, p. 23) referem que:

No cenário brasileiro, este argumento impressiona, haja vista a ampla crise da nossa democracia representativa, que se reflete em frequentes pesquisas de opinião, nas quais nossa população brasileira afirma não confiar no Poder Legislativo e nos partidos.

Outro argumento que ganha destaque nessa seara é o de que a democratização da jurisdição constitucional teria superado a dificuldade contramajoritária. Referido argumento se sustenta na abertura da participação democrática da sociedade civil, com o aumento dos legitimados ativos para

propositura de ações diretas, além da figura do *amicus curiae* (SOUZA NETO; SARMENTO, 2012, p. 23).

De outro modo, afirma-se que a democracia não está relacionada com a prevalência da vontade das maiorias, mas sim a um ideal político, mais complexo, o qual envolve o respeito aos direitos fundamentais e aos valores democráticos. Souza Neto e Sarmento (2012) referem que, caso não fosse dessa forma, o governo nazista poderia ser considerado democrático, pois a ascensão ao poder ocorreu através de eleições, além do governo possuir o apoio da população, na maior parte do tempo, o que, justifica ser perfeitamente compatível com a democracia o controle jurisdicional de constitucionalidade, voltado para a proteção de direitos e valores.

Importa mencionar que a jurisdição constitucional e a democracia não andam, na maior parte do tempo de mãos dadas, tendo em vista uma tensão entre as mesmas, principalmente a partir do momento em que a jurisdição constitucional passa a ser concebida como ponto central para que sejam sanados os conflitos políticos, sociais e morais mais relevantes da sociedade (SOUZA NETO; SARMENTO, 2012, p. 24).

Sob o ângulo normativo, favorece-se um governo à moda platônica, de presumidos sábios, que são convidados a assumir uma posição paternalista diante de uma sociedade infantilizada. E se não é correto, no debate sob a legitimidade da jurisdição constitucional, idealizar o Legislativo como encarnação da vontade geral do povo, tampouco se deve cometer o mesmo erro em relação ao Judiciário, supondo que os juízes constitucionais sejam sempre agentes virtuosos e sábios, imunes ao erro, sem agenda política própria e preocupados apenas com a proteção dos direitos fundamentais, dos valores republicanos e dos pressupostos da democracia (SOUZA NETO; SARMENTO, 2012 p. 24).

É, deste modo que podem ser notadas as dificuldades encontradas para o controle contramajoritário exercido em favor dos direitos fundamentais os quais, muitas vezes, ficam em dissonância com a vontade da maioria, sendo em diversos momentos não compreendidos ou simplesmente não sopesados, a fim de que o clamor da gritante maioria assuma todas as situações. Porém, apesar de ressaltar o importante papel exercido pelo STF nesse sentido, de combater a visão da maioria a fim de assegurar garantias das referidas minorias, levanta-se o questionamento de que, sempre as decisões tomadas por referido tribunal superior são as melhores para o caso em análise?

4.3 A natureza normativa dos valores constitucionais da segurança jurídica e da presunção de inocência

A fim de uma melhor compreensão acerca dos valores constitucionais de segurança jurídica e presunção de inocência, importa ressaltar que referidos valores devem ser vislumbrados a partir da máxima da dignidade da pessoa humana.

Sarmiento (2016) refere que, dentre as múltiplas funções atribuídas ao princípio da dignidade da pessoa humana, os mais relevantes são relacionados com o fator de legitimação do Estado e do Direito, como norte para a hermenêutica jurídica, como diretriz para ponderação entre interesses conflitantes, como fator de limitação de direitos fundamentais, como parâmetro para o controle de validade de atos estatais e particulares, como critério para identificar direitos fundamentais e como fonte de direitos não enumerados no texto constitucional.

A legitimidade do Estado e da ordem jurídica se amparam em duas ideias fundamentais, a democracia e o respeito aos direitos humanos, os quais se fundamentam da mesma compreensão da dignidade humana, ou seja, as pessoas devem ser respeitadas como iguais e tratadas como sujeitos e não objetos (SARMENTO, 2016).

Desta forma, para exercer referidos papéis e funções, o princípio da dignidade da pessoa humana possui alguns componentes, tais como o valor intrínseco da pessoa, vedando sua instrumentalização em favor de interesses de terceiros; igualdade, que visa a rejeição de hierarquias sociais e culturais; autonomia, em suas esferas privada e pública; o mínimo existencial, que se relaciona com as condições indispensáveis para uma vida digna e; o reconhecimento, que se conecta com o respeito a identidade individual e coletivas das pessoas, seja nas instituições, práticas sociais e relações intersubjetivas (SARMENTO, 2016).

Passando para a análise dos valores constitucionais da segurança jurídica e presunção da inocência, tem-se que referidos valores são objeto de análise no julgamento da constitucionalidade ou não da Lei da Ficha Limpa, sendo citados nos votos. Para tanto, faz-se necessário apresentação acerca de referidas normas para uma melhor compreensão e concordância (ou não) com os elementos apresentados nos votos.

Primeiramente, a partir de uma análise superficial, tem-se que as Constituições e a normativa internacional, em sua maioria, não especificam os contornos do direito

à segurança, sem uma especificação de sua área de abrangência. Deste modo, tem-se como uma definição que a mesma pode ser considerada como uma cláusula geral, abrangendo manifestações específicas, tais como segurança social, segurança pública e segurança jurídica, a qual é objeto de análise no presente item (SARLET, 2005).

Apesar de não haver uma previsão expressa no texto constitucional quanto à segurança jurídica, tem-se a mesma presente através de diversos dispositivos, como o princípio da legalidade, direito a não ser obrigado a fazer nada senão em virtude de lei, proteção do direito adquirido, da coisa julgada e do ato jurídico perfeito, irretroatividade da lei penal desfavorável, garantias do devido processo legal, contraditório e ampla defesa, dispositivos estes presentes no artigo 5º da Constituição.

Sarlet (2005) menciona que, diante da instabilidade institucional presenciada na atualidade, verifica-se que, cada vez mais, o reconhecimento da eficácia e efetividade do direito a segurança vem assumindo papel de destaque na constelação dos princípios e direitos fundamentais.

Sarlet (2005) faz menção as dimensões de eficácia e efetividade da segurança jurídica quando refere que a mesma reflete uma ideia de proteção à pessoa, relacionada com seus direitos fundamentais e, a própria ordem jurídica contra medidas que retrocedam, de modo a reduzir e/ou suprimir posições jurídicas já consolidadas, situações as quais resultariam em retrocesso social e, estariam por violar a dignidade da pessoa humana.

Conforme Canotilho apud Sarlet (2005) a segurança jurídica exige confiabilidade, clareza, racionalidade e transparência dos atos do poder público quanto a segurança do cidadão. Desta forma, exige, em sua dimensão objetiva, um patamar mínimo de continuidade do direito e, na dimensão subjetiva, a proteção da confiança do cidadão em referida continuidade da ordem jurídica.

Ademais, a confiança atua como elemento de extrema relevância para a legitimidade constitucional de leis e atos de cunho retroativo, até porque a proibição de retroatividade de certos atos do poder público possui fundamento na necessidade de proteção da confiança do cidadão na estabilidade de suas posições jurídicas e do próprio ordenamento, protegendo, desta forma, as expectativas de direitos, além da necessidade de estabelecimento de regras de transição razoáveis, quando ocorra alteração de determinados regimes jurídicos (SARLET, 2005).

Neste contexto, um dos principais desafios a serem enfrentados é o de hierarquizar, de forma correta, o direito à segurança jurídica e a necessidade de, em prol do interesse público, proceder os ajustes necessários e indispensáveis para que, de certo modo, seja reestabilizada a segurança (SARLET, 2005).

Falar de segurança jurídica não é fácil, pois a mesma engloba diversos contornos e nuances da sociedade. No caso analisado no presente trabalho, o questionamento que se levanta faz referência à decisão do STF quanto a Lei da Ficha Limpa e uma violação, ou não, da segurança jurídica quando se fala de retroatividade das condenações.

Do mesmo modo, existe questionamentos quanto a violação, ou não, da presunção de inocência, pelo fato de que há um preceito constitucional onde ressalta-se que ninguém será condenado sem prévia tipificação como crime.

Canotilho e Moreira, citados por Barbagalo (2015) referem que não é fácil determinar o sentido do princípio da presunção de inocência, pois o mesmo pode levar a proibição de antecipação de medidas de investigação e cautelares e à proibição de suspeitas sobre a culpabilidade.

Autores como Gomes Filho, citado por Barbagalo (2015) referem que a presunção de inocência possui um sentido ideológico ou político, na medida em que exprime uma orientação ao legislador, da liberdade do acusado diante do interesse coletivo à repressão penal.

A presunção de inocência possui uma estrutura dualista. Em face do Estado como direito subjetivo, podendo ser invocada por qualquer acusado em processo de natureza sancionatória e, em sua dimensão objetiva, opera como um princípio constitucional, retratando um sistema de valores que deverão ser observados em toda a aplicação do direito (BACELLAR FILHO, 2009).

O reconhecimento da presunção de inocência como direito humano fundamental encontra-se entrelaçada com o pós-Segunda Guerra Mundial e a ressignificação do Direito Constitucional ocidental, que resultaram na valorização da dignidade da pessoa humana. Desta forma, a mesma surge tanto na legislação constitucional quanto em tratados e declarações internacionais (BACELLAR FILHO, 2009).

Dessa forma, pode-se citar o artigo 11, 1 da Declaração Universal dos Direitos do Homem de 1948, onde refere-se que toda pessoa acusada de ato delituoso tem o direito de ser presumida inocente, até que sua culpabilidade seja provada de acordo

com a lei. A Convenção Europeia sobre Direitos Humanos, de 1950, também faz menção a presunção de inocência enquanto sua culpabilidade não tiver sido legalmente provada e, o Pacto de San José da Costa Rica, de 1969, que faz menção a toda pessoa acusada se presumir inocente enquanto sua culpa não for provada de forma legal (BACELLAR FILHO, 2009).

No ordenamento jurídico brasileiro, foi apenas na Constituição de 1988 que o princípio da presunção da inocência foi recepcionado expressamente, no artigo 5º, inciso LVII “Ninguém será condenado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”.

No direito brasileiro, é nítida a sua íntima conexão com diversos princípios constitucionais, pois o fundamento último da presunção de inocência repousa na proteção da liberdade e da dignidade do cidadão, que só estarão efetivamente resguardadas quando uma série de garantias for rigorosamente observada. Cuida-se, portanto, de uma opção pelo indivíduo, como reação jurídica às arbitrariedades do Estado, externada através do principal fundamento da República Federativa do Brasil, que constitui a base antropológica comum da Constituição de 1988: a dignidade da pessoa humana (BACELLAR FILHO, 2009, p. 33).

A presunção de inocência se correlaciona com o direito fundamental à ampla defesa e ao contraditório, de modo que, se o acusado se presume inocente no curso do processo, são devidas as mesmas condições materiais para o exercício de sua defesa, a fim de haja uma paridade de armas entre acusação e acusado (BACELLAR FILHO, 2009).

Discussões acerca da (má) aplicação do princípio da presunção de inocência encontram-se na correlação entre as esferas administrativas e criminal, de modo que se refere que ambas são independentes, além de que, a absolvição na esfera penal deve ser prevalente quando tivesse por fundamento a negativa da ocorrência do fato ou de sua autoria, devendo excluir-se a hipótese de absolvição por falta de provas (BACELLAR FILHO, 2009).

Barbagalo (2015) refere que o STF, utilizando-se da “independência de instâncias” não reconhecia a aplicação da presunção de inocência em procedimentos administrativos, admitindo, por exemplo, demissão de servidores públicos que fossem processados criminalmente antes do trânsito em julgado.

O exercício do poder disciplinar pelo Estado não está sujeito ao prévio encerramento da *persecutio criminis* que venha a ser instaurada perante órgão competente do Poder Judiciário. As sanções penais e administrativas,

qualificando-se como respostas autônomas do Estado à prática de atos ilícitos cometidos pelos servidores públicos, não se condicionam reciprocamente, tornando-se possível, em conseqüência, a imposição da punição disciplinar independentemente de prévia decisão da instância penal. Com a só exceção do reconhecimento judicial da inexistência de autoria ou da inocorrência material do próprio fato, ou, ainda, da configuração das causas de justificação penal, as decisões do Poder Judiciário não condicionam o pronunciamento censório da Administração Pública (Supremo Tribunal Federal, MS 21029, Rel. Min. Celso de Mello, Tribunal Pleno, j. 15.06.1994, DJ 23-09-1994).

Em dissonância com referida aplicação efetuada pelo STF, Lobo (1996) citado por Barbagalo (2015) refere que a presunção de inocência deve ser aplicada sem exceções, ao ordenamento administrativo, de modo a ser garantido o direito de não sofrer sanção que não tenha fundamento em uma atividade provatória prévia sobre a qual o órgão competente possa fundamentar um juízo de culpabilidade.

Um problema que a presunção de inocência encontra, atualmente, é a mídia, a qual leva o público a julgamentos nem sempre condizentes com a realidade dos fatos, tendo em vista a “notícia-espetáculo” ser uma mercadoria lucrativa para as empresas de comunicação.

No que tange à presunção de inocência e a decisão sobre a retroatividade das decisões acarretando na inelegibilidade dos condenados, como fica a questão da presunção de inocência? Referidas decisões não deveriam valer apenas para próximas eleições? E mais, o período de inelegibilidade não deveria correr conjuntamente com a pena?

São questionamento que ficam, de certo modo, em aberto em relação a referida lei, de modo que, mesmo havendo decisão do STF acerca da constitucionalidade total da mesma, geram dúvidas aos operadores do direito e, a população mais atenta. Deste modo, como fica a confiabilidade da população em relação a um legislativo e a um judiciário que, aparentemente, passam a decidir de modo a violar a segurança jurídica e a presunção de inocência? Há realmente a observância de referidos valores normativos?

4.4 A decisão do STF pela aplicação retroativa da Lei da Ficha Limpa: ameaça ao Estado Democrático de Direito face ao debate da presunção de inocência e a segurança jurídica?

No ponto central do trabalho é abordada, por fim a Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) nº 4.578 do Distrito Federal, a qual foi, e ainda é, bastante

enigmática, pois trouxe a pauta a questão da aplicação retroativa da Lei da Ficha Limpa e o possível conflito com princípios constitucionais.

Conforme analisado em capítulo anterior, o que não se pode negar é que, no momento em que referida lei foi promulgada, esteve em acordo e consonância com os anseios da população, principalmente com a forte relevância de situações de corrupção que chegaram até a mídia.

O objeto de análise da referida ADI é a Lei Complementar 135/2010, a qual altera a Lei Complementar 64/1990, incluindo hipóteses de inelegibilidade que visam a proteger a probidade administrativa e a moralidade no exercício do mandato.

AÇÕES DECLARATÓRIAS DE CONSTITUCIONALIDADE E AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE EM JULGAMENTO CONJUNTO. LEI COMPLEMENTAR Nº 135/10. HIPÓTESES DE INELEGIBILIDADE. ART. 14, § 9º, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. MORALIDADE PARA O EXERCÍCIO DE MANDATOS ELETIVOS. INEXISTÊNCIA DE AFRONTA À IRRETROATIVIDADE DAS LEIS: AGRAVAMENTO DO REGIME JURÍDICO ELEITORAL. ILEGITIMIDADE DA EXPECTATIVA DO INDIVÍDUO ENQUADRADO NAS HIPÓTESES LEGAIS DE INELEGIBILIDADE. **PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA (ART. 5º, LVII, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL): EXEGESE ANÁLOGA À REDUÇÃO TELEOLÓGICA, PARA LIMITAR SUA APLICABILIDADE AOS EFEITOS DA CONDENAÇÃO PENAL.** ATENDIMENTO DOS PRINCÍPIOS DA RAZOABILIDADE E DA PROPORCIONALIDADE. OBSERVÂNCIA DO PRINCÍPIO DEMOCRÁTICO: FIDELIDADE POLÍTICA AOS CIDADÃOS. VIDA PREGRESSA: CONCEITO JURÍDICO INDETERMINADO. PRESTÍGIO DA SOLUÇÃO LEGISLATIVA NO PREENCHIMENTO DO CONCEITO. CONSTITUCIONALIDADE DA LEI. AFASTAMENTO DE SUA INCIDÊNCIA PARA AS ELEIÇÕES JÁ OCORRIDAS EM 2010 E AS ANTERIORES, BEM COMO E PARA OS MANDATOS EM CURSO (grifos próprios).

Em referido julgado, levantou-se a questão da possibilidade, ou não, da retroatividade das decisões condenatórias relacionadas com crimes cometidos por detentores de “cargos públicos eletivos”, tendo em vista a vedação ao retrocesso constante no artigo 5º, inciso XXXVI da Constituição Federal “XXXVI - a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada”, a presunção da inocência, “XXXIX - não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal” e o princípio da segurança jurídica, o qual pode ser demonstrado, no caso em tela através do inciso “XL - a lei penal não retroagirá, salvo para beneficiar o réu”.

As alegações na decisão de referida ADI são no sentido de que referida Lei Complementar não deve enquadrar-se na vedação constitucional, pois trata-se apenas de adequação ao sistema normativo pretérito, ou seja, trata-se de expectativa

de direito. Também se ressalta que referidas inelegibilidades são temporárias, não perdurando toda a vida do condenado.

A decisão tem como escopo o artigo 14, parágrafo 9º da Constituição Federal, onde há a designação de que

§ 9º Lei complementar estabelecerá outros casos de inelegibilidade e os prazos de sua cessação, a fim de proteger a probidade administrativa, a moralidade para exercício de mandato considerada vida pregressa do candidato, e a normalidade e legitimidade das eleições contra a influência do poder econômico ou o abuso do exercício de função, cargo ou emprego na administração direta ou indireta.

Na decisão, defende-se que há uma compreensão harmônica entre o princípio da presunção da inocência e o da moralidade administrativa, compreendida como uma limitação à atividade da administração pública conforme artigo 37 da Constituição, de modo que não há que se falar em inconstitucionalidade da norma prevista na Lei 15/2010.

Conforme exposto no que tange ao histórico da lei e aos votos do julgamento, tem-se, presente no voto do relator Luiz Fux diversos pontos onde este defende que não há uma afronta a preceitos constitucionais na Lei Complementar. Seus argumentos são no sentido de que o exame da vida pregressa do candidato é suficiente para autorizar que o legislador preveja hipóteses de inelegibilidade levando em consideração fatos já passados e que, se fossem em sentido diverso, tal lei teria seu conteúdo ineficaz.

Ademais, Fux reforça que inelegibilidade não se trata de pena, mas de uma restrição do direito de ser votado, o que afasta a aplicação da irretroatividade das leis penais no tempo, mesmo com a consideração de fatos anteriores. Acrescenta ainda, citando Canotilho (2001) que a retroatividade consiste numa ficção de decretar a validade e vigência de uma norma a partir de um marco temporal anterior a sua entrada em vigor e a ligação dos efeitos jurídicos de uma norma a situações existentes antes de entrar em vigor.

Canotilho (2001) refere-se a duas retroatividades, a autêntica e a inautêntica, onde a primeira consiste em gerar efeitos sobre situações anteriores e a segunda consiste na atribuição de efeitos futuros a situações já existentes. No Brasil, a retroatividade autêntica é vedada pelo texto constitucional, enquanto que a segunda não, onde pode a lei atribuir novos efeitos jurídicos a fatos ocorridos anteriormente.

Fux defende que não há direito adquirido de candidatar-se, tendo em vista que a elegibilidade é a adequação da pessoa ao regime jurídico do processo eleitoral, desde que a mesma não preencha nenhum dos requisitos que a torne inelegível.

Vale dizer, o indivíduo que tenciona concorrer a cargo eletivo deve aderir ao estatuto jurídico eleitoral. Portanto, a sua adequação a esse estatuto não ingressa no respectivo patrimônio jurídico, antes se traduzindo numa relação ex lege dinâmica (FUX, VOTO NO ADI 4578, p. 18).

Referida alteração no que tange ao limite de 8 anos trazida pela Lei Complementar em discussão não se trata de um agravante de pena, pois o legislador distinguiu a inelegibilidade das condenações, como consta, por exemplo no art. 1º, I, “e”, da Lei Complementar 64/90 que expressamente impõe a inelegibilidade para período posterior ao cumprimento da pena.

A discussão de que violaria o princípio da segurança jurídica, em seu sentido subjetivo, também cai por terra com a afirmação de que o que existe, em relação aos candidatos é uma mera expectativa de direito à candidatura.

Questiona-se, então: é razoável a expectativa de candidatura de um indivíduo já condenado por decisão colegiada? A resposta há de ser **negativa**. Da exigência constitucional de **moralidade** para o exercício de mandatos eletivos (art. 14, § 9º) se há de inferir que uma condenação prolatada em segunda instância ou por um colegiado no exercício da competência de foro por prerrogativa de função, a rejeição de contas públicas, a perda de cargo público ou o impedimento do exercício de profissão por violação de dever ético-profissional excluirão a razoabilidade da expectativa. A rigor, **há de se inverter a avaliação: é razoável entender que um indivíduo que se enquadre em tais hipóteses qualificadas não esteja, a priori, apto a exercer mandato eletivo** (FUX, VOTO ADI 4578, p, 20).

Ademais, quanto a possível violação do princípio da presunção de inocência, tem-se que não há determinação legal específica no que tange ao direito eleitoral e sim, ao direito penal e processual penal. Desta forma, a presunção de inocência pode e deve ser relativizada para fins eleitorais, tendo em vista que encontra justificativas razoáveis para tanto, podendo ser citada, por exemplo, a constante judicialização da política pela qual o país passa.

Demais disso, é de meridiana clareza que as cobranças da sociedade civil de ética no manejo da coisa pública se acentuaram gravemente. Para o cidadão, hoje é certo que a probidade é condição inafastável para a boa administração pública e, mais do que isso, que a corrupção e a desonestidade são as maiores travas ao desenvolvimento do país (FUX, ADI 4578, p. 25).

Acrescenta-se a justificativa de que, caso não fosse observada a relativização da presunção da inocência no direito eleitoral, haveria uma violação à vedação do retrocesso, de modo a atingir a moralidade e probidade. Neste sentido, Martins (2007, p. 133) refere que

embora a presunção de inocência pudesse indicar a legitimidade das hipóteses de inelegibilidade, o § 9º do art. 14 estende os princípios da moralidade e da probidade à regulação da matéria, razão pela qual avulta a incoerência do fato do acesso a cargos de natureza administrativa, cuja liberdade para disposição da coisa pública é incomparavelmente menor do que aquela detida por agente político, possa ser restringido por inquérito policial, medida de todo louvável na maioria dos casos, enquanto parlamentares e chefes do Executivo possam transitar pela alta direção do Estado brasileiro com folhas corridas medidas aos metros.

Antes de fechar respectivo capítulo conveniente se faz citar as pesquisas da Desembargadora do Tribunal de Justiça do Distrito Federal Andrighi (1998, p. 42) a autora em estudos traz em sua obra a Democratização da justiça ações realizadas pela Suprema Corte Uruguaia referente aos efeitos causados pelos processos judiciais, demora na decisão e respectivos resultados destes quais causam problemas à saúde de algumas pessoas envolvidas nos litígios, vejamos o que a mesma nos passa:

Está cientificamente comprovado pela medicina que, a pendência de processo judicial ou a falta de condições de acesso à solução de um problema jurídico causa sofrimento que se manifesta sobre forma de aflição, de angústia, evoluindo para males psicossomáticos. A questão é de tamanha relevância que a suprema corte de justiça do Uruguai firmou convênio de cooperação interinstitucional com ministério da Saúde pública, instalando nas dependências dos hospitais centros de problemas jurídicos.

Ainda quanto ao voto do Ministro Toffoli, este, faz menção a necessidade do STF de proteger as maiorias delas mesmas, de forma que cabe a este o papel de restringir a vontade popular para proteger o equilíbrio da democracia. Deste modo, pode-se levantar o questionamento de que, estaria o legislador, no momento de redação de referida lei complementar atuando de forma contramajoritária? Ou estaria apenas atendendo a um clamor social do qual se desprende a atuação em relação a punir candidatos políticos? Diante as considerações acima e direcionando-se no intuito da respostas ao problema, passamos para a conclusão do mesmo.

5 CONCLUSÃO

Após uma revisão doutrinária entre obras de cientistas, estudiosos políticos, jurídicos e da ciência do direito, assim como as decisões de julgados passados e bem contemporâneo a conclusão deste trabalho fico, inclusive decisão recente envolvendo o julgado da prisão em segunda instancia antes o transito em julgado na esfera penal, com a respectivo estudo a pesquisa percorreu caminhos históricos, fáticos e filosóficos capítulo à capítulo, assim apurando no primeiro capítulo voltado a pesquisar o fenômeno do constitucionalismo contemporâneo como fenômeno em especial a ideia dos princípios como norma, assim respectivo capítulo que se iniciou a pesquisa denominou-se de “paradigma democrático do estado sob prisma do constitucionalismo contemporâneo: os princípios como uma nova espécie normativa”, e foi dividido em quatro subcapítulos este intitulados em “O constitucionalismo contemporâneo”, qual buscou analisar inicialmente a história dos fenômenos chamados pela doutrina de constitucionalismo e o qual o objetivo do mesmo.

Onde pode se perceber que uma das principais ideia do fenômeno era estudar o poder, em outra palavra limitar o poder do Estado por valores e crenças e posteriormente por instrumentos escritos constituídos pela vontade do povo, aproximando-se a ideia de Democracia. Observou-se também que a ideia dos princípios como norma é percebida logo no início da pesquisa, pois as primeiras leis era consuetudinárias voltadas a costumes e princípios valorativos e crenças do povos antigos, indo de encontro aos princípios como norma.

Sendo o constitucionalismo antigo insurgido com as leis consuetudinárias, ou seja, costumes crenças, passando pelo constitucionalismo moderno com a exteriorização escrita dos princípios e garantias em um documento e ou carta, chamando então as primeiras constituições escritas, tendo também a divisão dos poderes e respectivo papel político dos mesmos, denotamos a evolução humana, percebemos diante a narrativa dos referidos autores que, a ideia do constitucionalismo, a ideia de proteger-se do poder. Mas como o ser humano esta em constante transformação, sendo também carregado de valores e crenças, o aperfeiçoamento do homem se dá quase sempre diante da dor e das necessidades, assim ocorrendo após as grandes guerras mundiais.

Então insurge o Constitucionalismo Contemporâneo este marcado pelo estudo aprofundado da norma jurídica em face da proteção do homem diante aos novos

paradigmas que se insurgiram, antes um Estado que deveria afastar-se dar mais liberdade ao homem, com os resultados negativos de tanta liberdade e as guerras e outros fatos, o caos e problemas sociais surgem, então inicia-se uma atividade proativa do Estado com a intenção de colocar ordem e fazer o papel social e dar equilíbrio nas relações, agora liberdade teria um conceito mais amplo e incluindo junto igualdade, para isto a doutrina ajudou e muito, o mundo do direito, estudiosos e filósofos iniciam suas caminhas interpretativas para contribuir não só mais em fazer e entender o direito, mas seu novo papel interpretativo, o constitucionalismo contemporâneo e a força do princípios.

Percebe-se que ao estudar o fenômeno constitucionalismo começou-se a entrar nas primeiras informações para a resposta do objeto de pesquisa, haja vistas que o constitucionalismo representa a vontade do soberano do Povo do ser humano, levando nós na direção da lei de iniciativa popular que foi a Lei da Ficha limpa.

O subcapítulo com signo de “direitos fundamentais enquanto trunfos no constitucionalismo contemporâneo”, buscou como objetivo demonstra que, o indivíduo protege-se contra a maioria usando suas garantias constitucionais ora denominados pelas Constituições e doutrinas de direitos fundamentais. Respectiva passagem estudada mostrou nos direitos políticos, ao ponto de colocar sobre a balança a ideia dos direitos de concorrer a um cargo público e do outro lado o direito dos cidadãos em ter excluídos do sistema democrático das eleições pessoas (políticos) inscritos como corruptos ou em contraditório a moralidade pública.

Sendo pesquisado a origem do termo direitos fundamentais, e suas funções, apurando que trata-se de valorar os direitos que o homem enquanto gênero e espécie tem à exigir do Estado e da Sociedade uma vida digna, e quais seriam as necessidades do homem para se ter esta vida digna. Quando pode-se perceber que o exercício à cidadania é senão um destes direitos, participar na vida pública e política de seu Estado, retirar das mãos do monarca o poder e passar o mesmo à coletividade.

A pesquisa estava pouco-a-pouco confirmando que a evolução do homem e das leis davam-se pela necessidade, sofrimentos e lutas dos homens, logo uma evolução do homem em relação ao homem, assim positivando direitos que lhes protegessem enquanto seres humanos e raça humana, contra discriminações, torturas, fome e valores.

Quando relacionado ao problema do trabalho a pesquisa deste subtítulo notou-se novamente um duelo entre o direito um direito individual de fazer uso de sua

cidadania em participar da vida política do estado e a voz do povo pela busca de melhores nomes para a política e para estar em suas representações no poder que à maioria pertence.

A escolha pelo segundo subcapítulo do segundo capítulo deu-se à pesquisar e respectivamente analisar “os contornos do Estado Democrático de Direito na Constituição Brasileira” e assim mesmo recebeu a denominação. Neste subcapítulo se pesquisou a origem da democracia, os institutos que a carta constitucional brasileira trouxe como ferramentas para o exercício da democracia. Foi pesquisado as formas de democracia, sendo restritas a Democracia Direta Indireta e Semidireta.

Podendo perceber que democracia seria uma espécie de ferramenta usada para o exercício do poder do povo, enquanto o constitucionalismo é o poder do povo sua positivação, a democracia além de ser uma ferramenta para exercício da soberania (poder) também é a fonte da origem do poder nas mãos do povo da maioria.

E foi neste subcapítulo que encontrou-se grande parte das informações necessárias a resposta à solução do problema da pesquisa. Pois neste as respostas começaram a surgir, respostas a perguntas como exercício da cidadania, o direito ao voto e a ser votado, direitos ao exercício e fazer parte do poder e exercer o poder, pela iniciativa de leis, aqui se pode analisar os anseios do povo.

Durante a pesquisa percebeu-se a necessidade de estudar o evolução do sistema democrático, a ideia dos primeiros pensadores e o exercício prático da democracia, quando se pode constatar que houve três transformações conceituais segundo a doutrina, uma clássica, outra moderna e a terceira pós-moderna que se tem pelo atual sistema democrático, este ainda em evolução não totalmente definida mas se desenhando, e foi neste enredo de pesquisa que a resposta a pesquisa começou-se a tomar rumo, e anotar que a Democracia e o Direito deveriam ser analisados juntos, abrindo então espaço para o próximo subcapítulo que então encerraria o capítulo denominado de “O paradigma democrático do estado sob prisma do constitucionalismo contemporâneo: os princípios como uma nova espécie normativa”, fechou o capítulo como o subcapítulo denominado de “A construção de uma nova espécie normativa: os princípios”.

Com este subcapítulo pesquisou inicialmente de forma muito sintética a compreensão e possível origem do termo “princípio”, depois, como se deu sua evolução como norma, e as características para se configurar como um princípio jurídico para o Direito. Em seguida foi realizado uma distinção entre regra e princípios e como

se aplicam um e outro, as técnicas do direito e a transformação do direito diante a nova visão dos princípios como norma. No decorrer da pesquisa para este subcapítulo percebeu-se a necessidade de pesquisar a aplicação prática do mesmo diante a sua forma de aplicação por ser uma norma valorativa e devem ser aplicados no caso concreto e não como as regras de forma geral, mas ao mesmo tempo por possuírem forma valorativa necessitam das regras para não se desvirtuarem do objeto que se está a julgar, diante isto a pesquisa demonstrou a necessidade de analisar casos específicos como espécie de paradigma, e com a análise de posições de juízes e juristas percebeu a importância de pesquisar alguns princípios em especial ao caso de estudo.

Ficando cada vez mais claro que o caminho da resposta à pergunta da pesquisa estava se confirmando, mas como traçado pelo projeto de pesquisa faltava ainda analisar o lei da ficha limpa (LC 135/2010).

E então seguiu-se o projeto de pesquisa com o terceiro capítulo intitulado de, “A lei da ficha limpa e sua incidência no processo eleitoral de 2010: um debate polêmico”. A pesquisa envolta do respectivo capítulo não teve por objeto principal a análise de dispositivo a dispositivo da lei da ficha limpa, mas tão somente uma analisar apenas a repercussão dos efeitos aos casos em que a aplicação da mesma incorreu anterior a sua publicação, junto à isto seu contexto histórico, como também julgados que lhe deram repercussão e aplicação geral à casos similares, chamados casos de repercussão geral, logo sem sequência sua constitucionalidade ou não.

O primeiro subcapítulo foi “o contexto no qual a Lei da Ficha Limpa foi inserido”, iniciou-se o subcapítulo com uma síntese histórica sobre a corrupção, respectivo ideal foi senão demonstrar que a corrupção assola a história da humanidade e parece andar junto com a mesma, espécie de patologia causada pelo poder, mas que ao mesmo tempo há uma luta incansável para combatê-la pela sociedade, com respectiva análise se tenta demonstrar que a moralidade, ética e um controle dos atos sobre os mandatários dos poderes representativos se tornam ferramentas essenciais no combate a mesma. Tão logo ferramentas como a lei da ficha limpa, e o uso da hermenêutica contemporânea como acima especificado, como o uso dos princípios como normas de aplicação imediata antes estes princípios da moralidade, probidade e legalidade são ferramentas de controle no combate à corrupção.

Neste mesmo subcapítulo também demonstrou-se que a união da sociedade civil, com grupos de representação, entidades de classe mobilizaram-se em todo país

em um exercício de cidadania e participação política atuando com expressão sobre seus representantes e na mobilização nacional colhendo assinaturas para o uso de outra ferramenta da democracia semidireta que é a projeto de lei de iniciativa popular em combate a corrupção diante a angustia que a anos assolava a política brasileira, esforços da população de todo território iniciaram-se desde 2000 com mobilizações e reuniões em devesa da moralidade e probidade de seus representantes políticos, a luta não ficou só nas ruas, também perpassou as linhas sendo fato de líderes destes grupos de representatividade da iniciativa de lei popular foi até o congresso nacional com a ideia de dar celeridade aos procedimentos legislativos e ver a respectiva lei já ser aplicada as primeiras eleições, fato que até junto ao judiciário a luta dos grupos agiram pela retroatividade de sua aplicação, ou seja, houve uma participação quase da sociedade civil por representantes desde o ano de 2000 até 2014 de forma incansável pela luta contra a corrupção, e pela a moralidade, probidade de seus representantes políticos.

Respectivo fato nos demonstrou que a democracia necessita da participação ativa da sociedade, e quando esta age em solidariedade alcança seus objetivos e ao mesmo tempo fazer exercer com força à democracia, a cidadania e conseqüentemente uma legislação forte, pois é senão pela união solidaria entre cada um dos indivíduos que formam a força do soberano, com isto, a vontade do povo faz as instituições escutarem e respeitarem a legislação que vem direto do soberano constituinte originário o “povo”.

Em outro subcapítulo, “Análise dos dispositivos dogmáticos da Lei da Ficha Limpa e seus efeitos no processo eleitoral em curso”, foste analisado alguns julgados e realizada uma estatística temporal ao período que causou repercussão a respectiva lei, fazendo com que a incidência das repercussões chegassem a Suprema corte, uma vez que estavam em jogo direitos e garantias individuais, sendo estes matérias de cunho constitucional e ainda de norma pétrea art.60, § 4º, IV da CF/88, como direito à cidadania, políticos, assim como a necessidade de conduta ilibada e moralidade e probidade para exercício de cargo público, coube ao STF dar seu veredito e o mesmo então concluiu pela constitucionalidade da lei da ficha limpa e também pela aplicação de sua retroatividades aos fatos considerados como crimes e de inelegibilidade positivados pela LC 135/2010 (lei da ficha limpa), em jogo estiveram além dos direitos e garantias outrora citados também os princípios constitucionais da segurança jurídica, da legalidade, da não retroatividade da lei penal mais severa, eis que é

subsidiário ao direito e processo eleitoral, princípio da anuidade anualidade da lei eleitoral, assim como também as ferramentas de interpretação do aplicador do direito, que em caso da decisão da ADI 4.578/DF os ministros que venceram usaram uma das ferramentas de interpretação conforme a teoria da vontade do legislador, por esta o STF observou o momento em que a lei da ficha limpa foi implantada, a luta que se travou para conseguir aprovar, a celeridade que a mesma teve no processo legislativo, por ser a lei de iniciativa popular, ou seja, todo o contexto em que a lei foi exteriorizada.

Salientaram os ministros que, não se tem na lei eleitoral nem mesmo na constitucional a vedação à aplicação da retroatividade da aplicação da lei no caso eleitoral. Este foram alguns dos argumentos que aqueles usaram para aplicar respectiva retroatividade. Respectivos foram abordados nos dois subcapítulo seguintes, inscritos como: “Os votos dos ministros do STF: a polêmica instaurada no coração da corte constitucional brasileira; e “A (in)constitucionalidade da Lei da Ficha Limpa”.

As pesquisas voltadas a linha de raciocínio mirada pelo terceiro capítulo tido como “A Lei Da Ficha Limpa E Sua Incidência No Processo Eleitoral De 2010: Um Debate Polêmico”, nos firmava mais ainda às convicções rumo a resposta de que a lei da ficha limpa estaria traçando novos caminhos para o fortalecimento da democracia, e o espírito da mesma; assim como a decisão do STF em aplicar a retroatividade confirmava os anseios democráticos, os dados fornecidos pelas obras em estudos assim nos mostrava, um amadurecimento por parte dos eleitores e da classe política ao observar os dados das eleições municipais de 2016 para as eleições nacionais em 2018.

As decisões indeferindo candidaturas e principalmente a aplicação da retroatividade e a confirmação da constitucionalidade da lei pela Suprema corte brasileira, pela a aplicação da lei da ficha limpa, foi de encontro aos anseios do legislador, julgando conforme uma interpretação na vontade do legislador, diante aos os movimentos democráticos que iniciaram-se lá no ano 2000 e progressiva participação em todos os atos pela sociedade civil e entidades representativas do movimento.

Somando-se mais os discursos de aplicação dos ministros que demonstraram ser o caso da aplicação pela retroatividade da lei aos fatos passados tidos pela então lei da ficha limpa como ilícitos, não estariam contra ou afrontando princípio constitucionais democráticos como, presunção da inocência, nem a anualidade da lei

eleitoral, haja vistas que não tratava-se de direito penal e sim eleitoral, tanto é que, no julgamento das ADCs 43, 44 e 54 o ministro Dias Toffole outra vez relembrou o julgado da lei da ficha limpa na seguinte frases, “vontade do legislador era compatível com o inciso 57 da constituição” referindo-se ao art.5º, inciso LVII da CF/88.

Em seguida foste pesquisado dados e histórico sobre o quarto capítulo “Competências e atribuição das cortes constitucionais no constitucionalismo contemporâneo”, pode-se anotar que respectivo órgão ou poder, é senão um híbrido entre exercício de jurisdição e exercício político, uma vez que protege e faz um controle de constitucionalidade das leis inferiores, julgando assim e ao mesmo tempo retirando a eficácia, ou melhor, excluído do mundo jurídico uma lei que teve um processo legislativo mas que estaria em desconformidade com a constituição, logo em desconformidade da vontade do legislador constituinte. Neste capítulo trabalhou-se outros quatro subcapítulos sendo: o “Modelos de cortes constitucionais na estrutura dos Estados e a composição e atribuições do Supremo Tribunal Federal brasileiro”, neste buscou-se estudar a história das cortes constitucionais que influenciam o Brasil e de certa forma tiveram relevância para a história, posterior subcapítulo deu-se com o estudo da “natureza contramajoritária das cortes constitucionais: a tutela dos direitos fundamentais”.

Neste subcapítulo se buscou pesquisar qual papel contramajoritário e pode-se conhecer que, na individualidade dos direitos, as minorias acabam a sofrer a pressão natural exercida pela escolha da grande maioria, uma vez que, em um Estado de democracia a consequência lógica é a decisão da maioria, mas com esta sempre restam aqueles que não aderiram a escolha, que a legislação não lhes favoreceu. Geralmente ocorrendo em cede de políticas públicas e ou direitos e garantias individuais, então grupos de minorias que foram desfavorecidas com as decisões do legislativo buscam junto ao STF reparação e igualdade ao seus direitos.

Perceba-se que o poder judiciário STF neste momento ao exercer seu papel contramajoritário faz um papel democrático, pois em uma democracia justa e equilibrada, todos devem ter seus direitos e garantias alcançados, uma vez que a legislação, sendo ela infra-constitucional ou constitucional, sua existência é parte do corpo e existe diante a força da democracia em um Estado de direito, logo o judiciário ao atuar impondo sejam deferidos direitos e garantias constitucionais e legais aos desfavorecidos diante a maioria ou por lacuna legal, ou por desatenção do legislativo, o faz em prol do fortalecimento do sistema democrático. Posteriormente foste

trabalhado no subcapítulo “a natureza normativa dos valores constitucionais da segurança jurídica e da presunção de inocência” e o último subcapítulo referente “a decisão do STF pela aplicação retroativa da Lei da Ficha Limpa: ameaça ao Estado Democrático de Direito face ao debate da presunção de inocência e a segurança jurídica?”

Importante anotar que, os valores ideológicos como: moral, ético, crenças, costumes entre outros que pertencem a grupos e indivíduo, tratam-se de valores individuais, estão no mundo mental e comportamental de cada indivíduo isoladamente, razão pela qual não se tem consenso da maioria, ou seja, cada pessoa tem o seu, podendo ter coincidências como são casos de grupos religiosos etc. Estes comportamentos e escolhas individuais não podem ser matéria de aplicação à coletividade pelo poder judiciário pois está no mundo ainda metafísico e não positivado, cabendo ser aqueles discutidos em um processo legislativo e com a aprovação do quórum, sendo aprovado os anseios do povo como valores que outrora só existiam individualizados ou em grupo, e homologado pela entidade federal competente, passa a valer como lei, logo devendo ser obedecida pelas pessoas que atingem a competência territorial da mesma, então passível de aplicação pelo poder judiciário, diverso disto, ao judiciário julgar valores não positivados estaria sendo parcial e aplicando a vontade de uma pessoa e não a vontade da lei.

É nesta linha que se deu as repercussões da retroatividade da lei da ficha limpa, uma vez que, foi julgado e tornado inelegíveis casos que antes não estavam tidos como lei, levando inúmeras demandas à porta do judiciário, e como tratavam-se de demandas envolvendo direitos e garantias constitucionais, chegou o caso ao Supremo Tribunal Federal qual julgou pela aplicabilidade dos efeitos retroativos da lei, ou seja, tornando candidatos inelegíveis diante a práticas antes não positivadas como ilícitas, apenas tidas como imorais e antiéticas pela coletividade na maioria da população brasileira, esta mesma população que vai as ruas e com força e união, aprovam uma legislação de iniciativa popular, onde trazia outros inúmeros casos de inelegibilidade.

O fato é que, a lei da ficha limpa após estar em vigor trouxe só benefícios ao sistema democrático ao alcançar as vontades e desejos do povo brasileiro qual pretendia ver excluído do cenário político pessoas que não importassem com a moralidade pública, com o erário público, contas públicas, e usavam de seu poder para ganhar sobre verbas públicas e posição governamental. Demonstrando sem sombra alguma de dúvida que a muito tempo a mesma legislação já deveria estar em

aplicação e ter vindo ao mundo jurídico e legislativo, a sociedade a anos buscava punição aos políticos desonestos e imorais, ímprobos, porem a dificuldade de legalização de atos assim tornava-se quase que impossível diante a necessidade de ser votada pela mesma classe que teria a legislação contra estes mesmos, mas em um ato de mobilização nacional e em vésperas de eleições nacionais, com pressão da população e de grupos organizados, agiram em cada passo que se fazia necessário para que a então lei da ficha limpa fosse aprovada, e tão logo exteriorizou os anseios da população brasileira em lei, e assim podendo ser aplicada pelo poder judiciário em casos específicos.

E foi nesta postura que o Supremo Tribunal Federal ao julgar as Ações Declaratórias de Constitucionalidade (ADC 29 e 30) e da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI 4578) entenderam por maioria pela aplicação da lei da ficha limpa à casos anteriores a sua publicação, ou seja, pela retroatividade da lei, com argumentos em especial a teoria da interpretação da vontade do legislador. Perceba-se que respectiva interpretação da voz ao sistema democrático a partir que tem como base observar fatores como o estudo histórico da edição do texto normativo, o confronto entre os debates parlamentares, observar os temas e discussões que se deram à época da promulgação da lei, sendo antes desta e posterior a esta com sua aplicação e respectivos resultados se alcançaram a ideia do legislador, até mesmo observar o processo legislativo como ocorreu e o tempo em que se deu, por quanto, a teoria interpretativa da vontade do legislador é senão a mais democrática aplicação da legislação, pois está aplicar a lei e junto a mesma, observar os anseios e fatos que lhe motivaram existir no mundo do direito.

A democracia vem no primeiro plano em termos de matéria legal, filosófica do direito, no mundo metafísico ou natural, teríamos a liberdade como primeiro passo para o ser humano, porem com o surgimento do sistema democrático tem-se o fim do estado absolutista, e com o sistema democrático uma nova compreensão de poder, estes emanado povo, que então pelos seus representantes exerce a legislação, constituindo um estado democrático de direito, onde passamos a ter o Estado como respeitador da ordem soberana que é a vontade do povo, transformada em lei, a vontade da maioria (vontade do legislador) .

Ainda com a pesquisa pode-se entender que os princípios e regras positivadas são derivadas Estado democrático de direito, partindo-se da necessidade em as pessoas exercerem seus direitos fundamentais, assim como no exercício do povo

enquanto cidadão de um determinado território à exercitar seus direitos políticos, de escolher os seus representantes através do voto, como também candidatar-se à representantes.

Com o estado de direito diante as constituições, cartas constitucionais, tem-se a ratificação do idealismo de que o poder pertence ao povo, este sendo o verdadeiro soberano, aos pouco do estado democrático de direito unisse o de estado social, e como já dito, tem-se os direitos e garantias fundamentais e individuais entre estes os políticos. A evolução nos traz a transformações e com estas uma nova forma de interpretar o direito, a hermenêutica se moderniza junto com o comportamento humano individual e coletivo, os princípios enquanto normas de interpretação abertas valorativas ganham espaço em um tempo onde a desunião e a corrupção começam a perder a vergonha e seus limites, então princípios como a moralidade, a improbidade devem fazer força somados ao princípio da solidariedade qual representa senão a união, mas de forma jurídica ao colocar-se pelo aplicador do direito na análise da legislação em proveito da coletividade, e dos direitos difusos, esta nova hermenêutica ganha laços e espaço com a forte influência do constitucionalismo contemporâneo, qual luta por um sistema onde a aplicação dos princípios constitucionais devem fortalecer o estado democrático de direito.

O constitucionalismo contemporâneo sendo a união entre os direitos e garantias fundamentais, e a norma constitucional insurgindo-se com força no direito privado. A constituição passa a ser somada entre suas características tradicionais também agora em um sistema hermenêutico.

Com este viés e diante aos fundamentos com base nas informações colhidas pela pesquisa na elaboração do trabalho, chegou-se a resposta de que, com a aplicação da retroatividade da lei da ficha limpa aos casos anteriores a sua publicação para responder em que medida fere o regime democrático desenhado pela Constituição Federal de 1988 e os pilares do constitucionalismo contemporâneo a decisão do STF que permite efeitos retroativos da Lei de Ficha Limpe às eleições já iniciadas autorizando que um caso de inelegibilidade não previsto incida no processo eleitoral já em andamento?

E a resposta foi de que, a força da democracia como norma fundamental e vista pelo constitucionalismo contemporâneo como fonte hermenêutica ao garantir aos cidadãos que tanto lutaram por um direito de ver suas indignações contra a corrupção e abuso de poder por parte dos políticos e a luta incansável dos mesmo durante anos

pela exteriorização de uma lei que impedisse políticos corruptos a ingressar nos quadros políticos do Estado, que para retroagir a lei fez uso da teoria da vontade do legislador apoiando-se em princípios constitucionais como a moralidade, a improbidade, e ao mesmo tempo ao invés de causar um desrespeito ao princípio da segurança jurídica apenas lhe fortaleceu, assim como fortaleceu princípio da legalidade, uma vez que, demonstrou ao cidadão que o ato de luta e perseverança na construção de uma lei de iniciativa popular teve sucesso e que exercer sua democracia e o poder popular era ao mesmo tempo dar força à carta constitucional e logo segurança jurídica e credibilidade a lei.

Demonstrando que, a união no exercício da cidadania assim como respectiva união é senão um dos objetivos da constituição federal representado pelo princípio da solidariedade, “Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: I - construir uma sociedade livre, justa e solidária;”, ao STF aplicar a retroatividade da lei da ficha limpa esta também incentivando e fortalecendo os objetivos da República Brasileira, ao ver no ato de luta do povo o sucesso da solidariedade mutua em prol da respectiva legislação qual teve sua luta a partir do ano 2000, mas salienta-se que a muitos anos antes já lutavam contra os sistema político corruptivo e de abuso do poder e da máquina pública, mas sim, a partir do ano 2000 se tem a intensificação das lutas e movimentos para a iniciativa da lei da ficha limpa.

REFERÊNCIAS

ACKERMAN, Bruce. A Nova Separação dos Podres. Editora Lumen Juris, Rio de Janeiro, 2013.

AFFONSO Almino. *Democracia participativa: plebiscito, referendo e iniciativa popular*. Brasília a. 33 n. 132 out./dez. 1996. Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/176503/000518633.pdf?sequence=3>

ALEXY, Robert. Teoria da argumentação Jurídica: A Teoria do Discurso Racional como Teoria da Fundamentação Jurídica. Trad. Zilda Hutchinson Schil Silva. São Paulo: Landy, 2001.

ALEXY, Robert. Teoria do Direitos Fundamentais. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.

ANDRADE, José Carlos Vieira de. Os direitos fundamentais na Constituição portuguesa de 1976. 4. ed. Coimbra: Almedina, 2009. 395 p.

ANDRIGHI, Fátima Nancy. Revista themis. v. 1, n. 2. Tive.jus.br. a democratização da justiça. Fortaleza. 1998. Disponível em:<<http://revistathemis.tjce.jus.br/index.php/THEMIS/article/viewFile/387/364>> acessando em: 10/10/2018. p. 41-48.

ARAUJO, Pedro Henrique Chaves de Azevedo Beff de. *A Construção Democrática do Sentido da Constituição: entre soberania popular e jurisdição constitucional*. PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DO RIO DE JANEIRO. Rio de Janeiro, 2015. Disponível em: <https://www.maxwell.vrac.puc-rio.br/26055/26055.PDF>

ARGUELHES, Diogo Werneck. Ativismo Judicial e seus usos na Mídia Brasileira. Revista Direito Estado e Sociedade, n.40. PUC-Rio, 2009.

ARISTÓTELES. *Política*. Bauru: Edipro, 1997.

ASSUNÇÃO, Moacir. ASSUNÇÃO, Marcondes Pereira. *Ficha Limpa: a lei da cidadania: manual para brasileiros conscientes*. Santos, SP: Realejo Edições, 2010

AVRITZER, Leonardo; FILGUEIRAS, Fernando. Corrupção e sistema político no Brasil. 1. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, c2011. p.239

AYER, Flávia. *Corrupção está enraizada no Brasil desde o período colonial, revela historiadora Entrevista com ADRIANA ROMEIRO: prática é fruto de uma elite que se perpetua no poder para se enriquecer sem escrúpulos*. EM POLÍTICA. Posted: 13 de agosto de 2017. Disponível em: https://www.em.com.br/app/noticia/politica/2017/08/13/interna_politica,891482/corruptao-esta-enraizada-no-brasil-desde-o-periodo-colonial-revela-hi.shtml Acesso em: setembro 2019

BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. O direito fundamental à presunção de inocência no processo administrativo disciplinar. A&C Revista de Direito Administrativo & Constitucional. Belo Horizonte, ano 9, n. 37, p. 11-55, jul/set 2009.

BARACHO, José Alfredo de Oliveira. As especificidades e os desafios democráticos do processo constitucional. In: SAMPAIO, J. A. L; SOUZA CRUZ, A. R. de (Org). *Hermenêutica e Jurisdição Constitucional*. Belo Horizonte: DelRey. 2001. p. 93-158.

BARBAGALO, Fernando Brandini. Presunção de inocência e recursos criminais excepcionais: em busca da racionalidade no sistema processual penal brasileiro [recurso eletrônico] / Fernando Brandini Barbagalo. – Dados eletrônicos. – Brasília : TJDF, 2015.

BARROSO, Luis Roberto, *A Razão Sem Voto: O Supremo Tribunal Federal e o Governo da Maioria* (Reason without Vote: The Supreme Court and the Government of the Majority)

(August 10, 2015). Available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=2915571> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2915571>

BARROSO, Luis Roberto. *Constituição & Ativismo Judicial, limites e possibilidades da norma constitucional e da decisão judicial*. Rio de Janeiro. Editora Lumen Juris, 2011.

BARROSO, Luis Roberto. *Constituição, Democracia e Supremacia Judicial*. *Direito e Política no Brasil Contemporâneo*. Revista da Faculdade de Direito da UERJ v.2 n. 21 Jan/jun 2012.

BARROSO, Luís Roberto. *Constituição, democracia e supremacia judicial: direito e política no Brasil contemporâneo*. *Revista Jurídica da Presidência*, Brasília, DF, v. 12, n. 96, p. 3-41, fev./maio 2010.

BARROSO, Luís Roberto. *Contramajoritário, Representativo e Ilumista: os papéis das cortes constitucionais nas democracias contemporâneas*. *Revista Direito e Práxis*. Rio de Janeiro, Vol. 9, N. 4, 2018.

BARROSO, Luis Roberto. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo - Os conceitos fundamentais e a construção de um novo modelo*. São Paulo: Editora Saraiva, 2013.

BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 505

BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 2. Ed. São Paulo: Editora Saraiva. 2010.

BARROSO, Luís Roberto. *O novo direito constitucional brasileiro: contribuições para a construção teórica e prática da jurisdição constitucional no Brasil*. Belo Horizonte: Fórum, c2012. p. 522

BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. São Paulo: Saraiva, 2009.

BARROSO, Luíz Roberto. *Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática*. (SYN)THESIS.V.5.n.1. Rio de Janeiro (2012). Disponível em: <<https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/synthesis/article/view/7433>> Acessado em: 10/10/2019.

BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de direito constitucional*. 22ª ed. atual. São Paulo: Saraiva, 2001.

BIBLIOTECONOMIA. In: Wikipédia. *A enciclopédia livre*. Disponível em: <<http://pt.wikipedia.org/wiki/Biblioteconomia>>. Acesso em: 23 nov. 2016.

BIGNOTT, Newton, *Corrupção e opinião pública*. (org)AVRITZER, Leonardo; FILGUEIRAS, Fernando. *Corrupção e sistema político no Brasil*. 1. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, c2011. p.239 (p. 15-42).

BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal: Parte Geral*. 8ª edição. São Paulo: Saraiva, 2003

BOBBIO, Norberto. *O futuro da democracia: uma defesa das regras do jogo*. São Paulo : Paz e Terra Política, 1986. p. 158.

BOBBIO, Norberto. *Estado, governo, sociedade: para uma teoria geral da política*. 9. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2001. p. 173

BOBBIO, Norberto. *Liberalismo e Democracia*. Trad. brasileira de Marco Aurélio Nogueira. 2º ed. São Paulo: Brasiliense, 1988.

BOBBIO, Norberto. *O Futuro da Democracia – Uma Defesa das Regras do Jogo*. Trad. Brasileira de Marco Aurélio Nogueira. 2ºed., Rio de Janeiro, Paz e Terra, 1986.

BOBBIO, Norberto. *O positivismo jurídico: Lições de filosofia do direito*. São Paulo: Ícone, 1995.

BOBBIO, Norberto. *Teoria geral da política: a filosofia política e as lições dos clássicos*. 5. ed. Rio de Janeiro: Campus, 2002. p.717

BONAVIDES, Paulo. *A Constituição aberta*. Belo Horizonte: Del Rey, 1993. p. 13

BONAVIDES, Paulo. *Ciência política*. 11. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 19. ed., atual. São Paulo: Malheiros, 2006. 808 p.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

BOUCAULT, Carlos Eduardo de Abreu; RODRIGUEZ, José Rodrigo (Org.). *Hermenêutica plural: possibilidades jusfilosóficas em contextos imperfeitos*. São Paulo: Martins Fontes, 2002. 481 p. (Justiça e direito).

BRANDÃO, Rodrigo. Rigidez constitucional e pluralismo político. *Doutrina Nacional. Direitos Fundamentais - Justiça nº5*, Out/Dez 2008 p. 119 e 120, Disponível em www.dfj.inf.br/Arquivos/pdf_livre/5_doutrina-4-pdf.

BRANDÃO, *Supremacia Judicial versus Diálogos Constitucionais. A quem cabe a última palavra sobre o sentido da Constituição?* Editora Lumen Juris. 2ª edição. Rio de Janeiro, 2012.

BRASIL, DECRETO No 678, DE 6 DE NOVEMBRO DE 1992. Promulga a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), de 22 de novembro de 1969. [planalto.gov.br](http://www.planalto.gov.br). Brasília. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d0678.htm. Acessado em: 11/10/2019

BRASIL. Presidência da República. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. Publicado em 17/03/2015. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm. Acessado em: 18/11/2019.

BRASIL, STF. Supremo Tribunal Federal. *Fixada tese de repercussão geral em RE sobre aplicação do prazo de inelegibilidade anterior à aprovação da Lei da Ficha Limpa*. Publicado em: Notícias STF Quinta-feira, 01 de março de 2018. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=371099>> Acesso em: setembro 2019

BRASIL, STF. Supremo Tribunal Federal. STF decide pela constitucionalidade da Lei da Ficha Limpa. Publicado em: Portal Internacional do STF, Sexta-feira, 17 de fevereiro de 2012. Disponível em <https://www2.stf.jus.br/portalStfInternacional/cms/destaquesClipping.php?sigla=portalStfDestaque_pt_br&idConteudo=200628> acesso em: 18/10/2019.

BRASIL, STF. Supremo Tribunal Federal. *STF decide que prazo de inelegibilidade anterior à Lei da Ficha Limpa é válido*. Publicado em: Notícias STF 04 de outubro de 2017. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verJulgamentoDetalhe.asp?idConteudo=363804>> Acesso em: 20 out. 2019.

BRASIL. CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL DE 1988. Brasília, 5 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 20 de maio de 2019.

BRASIL. Lei complementar nº 135, de 4 de junho de 2010. Altera a Lei Complementar no 64, de 18 de maio de 1990. Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 04 de junho de 2010. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp135.htm>. Acesso em: 20 de maio de 2019.

BRASIL. Lei complementar nº 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. Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 04 de junho de 2010. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp64.htm>. Acesso em: 20 de maio de 2019.

BRASIL. Senado Federal. Atividade Legislativa. 1ª SESSÃO LEGISLATIVA ORDINÁRIA DA 56ª LEGISLATURA. Em 29 de outubro de 2019 (terça-feira) Às 14 horas 207ª SESSÃO (SESSÃO DELIBERATIVA ORDINÁRIA). Disponível em:<<https://www25.senado.leg.br/web/atividade/notas-taquigraficas/-/notas/s/23836>>, acessado em: 30/outubro/2019.

BRASIL, Senado Federal. Emenda constitucional nº 4, de 1993. 14/09/1993. Disponível em:<<https://www2.camara.leg.br/legin/fed/emecon/1993/emendaconstitucional-4-14-setembro-1993-366933-publicacaooriginal-1-pl.html>>. Acessado em: 18/11/2019

BRASIL. Senado Federal. Processo Legislativo. Disponível em: [https://www2.camara.leg.br/transparencia/aceso-a-informacao/copy_of_perguntas-frequentes/processo-legislativo##8 Brasileira](https://www2.camara.leg.br/transparencia/aceso-a-informacao/copy_of_perguntas-frequentes/processo-legislativo##8_Brasileira). Disponível em: Acesso em: outubro 2019

BRASIL. STF. Histórico. Disponível em:
<<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=sobreStfConhecaStfHistorico>>.
Acesso em: 15 set. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (STF). (Sessão plenária). ADI 4.815/DF. Relator: Min. Cármen Lúcia. Requerente: Associação Nacional dos Editores de Livros – ANEL. Intdo: Presidente da República e Presidente do Congresso Nacional. DF/ publicado em 10/06/2015 disponível em: <
<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10162709>>.
Acessado em: 28/10/2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (STF). Posse na presidência do Supremo Tribunal Federal : Ministro Joaquim Benedito Barbosa Gomes, Presidente; Ministro Ricardo Lewandowski, Vice-Presidente : Sessão solene realizada em 22 de novembro de 2012 (recurso eletrônico). – Brasília : Supremo Tribunal Federal, 2012. Modo de acesso: World Wide Web:
<<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=publicacaoPublicacaoInstitucionalPossePresidencial>>e ou <
http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/publicacaoPublicacaoInstitucionalPossePresidencial/aneexo/Plaqueta_Possepresidencial_JoaquimBarbosa_NOVACAPA.pdf>. Acessado em 28/10/2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (STF). Posse na presidência do Supremo Tribunal Federal : Ministra Cármen Lúcia Antunes Rocha, Presidente; Ministro José Antonio Dias Toffoli, Vice-Presidente : Sessão solene realizada em 12 de setembro de 2016 [recurso eletrônico]. – Brasília : Supremo Tribunal Federal, 2017. Modo de acesso: World Wide Web:
<<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=publicacaoPublicacaoInstitucionalPossePresidencial>> e ou
<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/publicacaoPublicacaoInstitucionalPossePresidencial/aneexo/Plaqueta_Possepresidencial_CarmenLucia.pdf> acessado em 28/10/2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (STF). Voto do min. Luiz Roberto Barroso. (Sessão plenário). ADCs 43 e 44. Relator: Min. Marco Aurélio. Reqte Adc 43 :Partido Ecológico Nacional - Pen. Reqte Adc 44 :Conselho Federal Da Ordem Dos Advogados Do Brasil – CFOAB. Em 25/10/2019. DF. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/dl/voto-ministro-barroso-prisao-antes.pdf>> acessado em 28/10/2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. (Sessão plenária) Vigésimo Quinto Ag. Reg. na Ação Penal 470 MG. Relator: Min. Joaquim Barbosa. Redator: Min. Teori Zavascki. Agravante: Cristiano de Mello Paz. Agravado: Ministério Público Federal. DF, 18/09/2013. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=5276366>>
Acessado em: 28/10/2019. p. 16-17.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação direta de inconstitucionalidade nº 4277/DF – Distrito Federal. Relator: Ministro Ayres Britto. Pesquisa de Jurisprudência, Acórdãos, 14 out. 2011. Disponível em: <
<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=628635>>. Acesso em: 26 out. 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI - Ação Direta de Inconstitucionalidade 4.578 Distrito Federal. Reqte.(S):Confederação Nacional das Profissões Liberais-Cnpl. Intdo.(A/S):Congresso Nacional e Presidente Da República. Relator: Min. Luiz Fux. DJe 29/06/2012, Inteiro Teor do Acórdão, pag. 375. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=2257978>> acessado em 15/10/2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Deferimento do pedido da ADC – Ação Declaratória de Constitucionalidade n. 29: relator Ministro Luíz Fux. 16 de fevereiro de 2012. 383 p. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=2243342>> acessado em 20 de maio de 2019.

BRASIL. STF – Supremo Tribunal Federal, histórico: Portal eletrônico do Supremo Tribunal Federal. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=sobreStfConhecaStfHistorico>>. Acesso em: 01 maio 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Deferimento do pedido da ADC – Ação Declaratória de Constitucionalidade n. 30: relator Ministro Luíz Fux. 16 de fevereiro de 2012. 375 p. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=2243411>> acessado em 20 de maio de 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Deferimento parcial do pedido da ADI – Ação Direta de inconstitucionalidade n. 4578: relator Ministro Luíz Fux. 16 de fevereiro de 2012. 383 p. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=2257978>> acessado em 20 de maio de 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. informativo nº 626, HC-104907 DF – Distrito Federal. Pesquisa de página do poder judiciário STF - Informativo Semanal, sem data. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/informativo/verInformativo.asp?s1=ADI+1923&pagina=7&base=INFO>>. Acesso em: 23 out. 2018.

BRASIL. Tratado internacional. Convenção Americana de Direitos Humanos (1969) (Pacto de San José da Costa Rica). São Paulo. Adotada e aberta à assinatura na Conferência Especializada Interamericana sobre Direitos Humanos, em San José de Costa Rica, em 22.11.1969 - ratificada pelo Brasil em 25.09.1992. Disponível em: <<http://www.pge.sp.gov.br/centrodeestudos/bibliotecavirtual/instrumentos/sanjose.htm>>. Acessado em 09/11/2019.

BRASIL. Tratado internacional. Declaração Universal dos Direitos do Homem. PGR. Disponível em: <http://pfdc.pgr.mpf.mp.br/atuacao-e-conteudos-de-apoio/legislacao/direitos-humanos/declar_dir_homem.pdf>. Acessado em:09/11/2019.

BRASIL. tse.estatisticas eleitorais. Ano: 2018 Abrangência: Brasil Região: Todas UF: Todas Município: Todos Tipo eleição: Eleição Ordinária Eleição: Todas Situação da candidatura: Todas Turno: 1º Turno. Disponível em:

<<http://www.tse.jus.br/eleicoes/estatisticas/estatisticas-eleitorais>>, acessado em 10/10/2019.

BRÊTAS, Ronaldo de Carvalho Dias. *Processo constitucional e Estado democrático de direito*. Belo Horizonte: Del Rey, 2010.

BRITO, Alexis Couto de. *Execução penal*. 3ª Ed rev., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

BULOS, Uadi Lammêgo. *Constituição Federal Anotada*. 6 ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

BULOS, Uadi Lammêgo. *Curso de direito constitucional*. 7. ed., rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012.

CADEMARTORI, Luiz Henrique Urquhart; GRUBBA, Leilane Serratine. O embasamento dos direitos humanos e sua relação com os direitos fundamentais a partir do diálogo garantista com a teoria da reinvenção dos direitos humanos. *Revista Direito GV*, [S.l.], v. 8, n. 2, p. 703-724, jul. 2012. ISSN 2317-6172. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/revdireitogv/article/view/23930/22688>>. Acesso em: 26 Jun. 2019.

CAGGIANO, Monca Herman. *Ficha Limpa: impactos nos tribunais: tensões e confrontos*. 1 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014. Vários Autores. 1. Administração pública e moralidade. 2. corrupção administrativa - Brasil. 3. Direito eleitoral- Brasil. 4. Eleições – Leis e legislação – Brasil. 5. Inelegibilidade (direito eleitoral). 6. Justiça Eleitoral – Brasil I.

CALEGARO, Marco Montarroyos. *CaCérebro e Mente, Opinião e Discussão, Neurofórum: Psicologia e Genética: O Que Causa o Comportamento?*, escrito por Marco Montarroyos Calegare, publicado em 04/11/2001, acessado em 29/04/2018 às 19:13. Disponível em: <http://www.cerebromente.org.br/n14/mente/genetica-comportamental1.html>

CAMPILONGO, Celso Fernandes. *Direito e democracia*. São Paulo: Max Limonad, 2000. p. 38.

CANOTILHO, J. J. Gomes. *Constituição dirigente e vinculação do legislador*. Coimbra: Coimbra Editora, 1994.

CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e a Teoria da Constituição*. 5 ed. Coimbra: Almedina, 2001.

CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. 6. ed. Coimbra: Almedina, 2002.

CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 2. ed. Coimbra: Almedina, [1998]. p.1350

CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito Constitucional*. Coimbra: Almedina, 1993.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 7ª ed., Coimbra: Editora Almedina, 1999.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e teoria da Constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2006.

CÁRCOVA, Carlos Maria. *Complejidad e derecho*. Doxa 21-II (1998).

CÁRCOVA, Carlos Maria. *Las Teorías Jurídicas post positivistas*. Buenos Aires: Lexis Nexis Argentina, 2007.

CARVALHO, Paulo de Barros. *Curso de direito tributário*. 16ª ed. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 95.

CASTRO, Marcos Faro de. *O Supremo Tribunal Federal e a Judicialização da Política*. Disponível em www.anpocs.org.br/portal/publicações.

CAVALCANTE FILHO, João Trindade. *INICIATIVA POPULAR E DESVIRTUAMENTO DO PROJETO PELOLEGISLATIVO: limites e perspectivas de soluções no Brasil e no Direito Comparado*. Textos para Discussão Núcleo de Estudos e Pesquisas da Consultoria Legislativa Rev. 223. BRASIL. Senado Federal. Brasília, janeiro de 2017. Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/publicacoes/estudos-legislativos/tipos-de-estudos/textos-para-discussao/td223>

CENSO demográfico 2000: Banco de dados agregados do IBGE. Disponível em: <http://www.sidra.ibge.gov.br/bda/c2000/default.asp>. Acesso em: 24 ago. 2001.

COÊLHO, Marcos Vinícius Furtado. *Direito eleitoral e processo eleitoral*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

COÊLHO, Marcus Vinicius Furtado. *Direito eleitoral e processo eleitoral: direito penal e direito político*. 3. ed., rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Renovar, 2012. p.598

COÊLHO, Marcus Vinicius Furtado. *Direito eleitoral e processo eleitoral: direito penal e direito político*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p.558

COELHO, Vera Schattan P.; NOBRE, Marcos (Org.). *Participação e deliberação: teoria democrática e experiências institucionais no Brasil contemporâneo*. 1. ed. São Paulo: Ed. 34, 2004. p.367

COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação histórica dos direitos humanos*. 3. ed., rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2003 577 p.

COSTA, Alexandre Araújo. *Judiciário e interpretação: entre Direito e Política*. Revista Pensar, Fortaleza, v. 18, n. 1, p. 9-46, jan./abr. 2013.

CRETELLA JÚNIOR, José. *Comentários à Constituição brasileira de 1988*. São Paulo : Saraiva, 1989. p. 1095-1096 Revista de informações Legislativas. Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/176503/000518633.pdf?sequence=3> Acesso em outubro, 2019

CUNHA JÚNIOR, Dirley da. Curso de direito constitucional. 5. ed., rev., ampl. e atual. Bahia: JusPodivm, 2011. p.1296

DEL NEGRI, André. Controle de constitucionalidade no processo legislativo: teoria da legitimidade democrática - 2ª Ed. - Belo Horizonte: Fórum, 2008;

DEL NEGRI, André. Processo constitucional e decisão interna corporis. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

DIAS, Franceli Pedott. *O DEBATE SOBRE AS PRIVATIZAÇÕES E O PLEBISCITO NO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL: Democracia hegemônica ou contra-hegemônica?* PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DO RIO GRANDE DO SUL. Porto Alegre/RS, 2014. Disponível em: <http://tede2.pucrs.br/tede2/bitstream/tede/4729/1/458202.pdf>. Acessado em: 06/09/2019.

DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. Teoria geral dos direitos fundamentais. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. 334 p.

DOWBOR, Ladislau. A era do capital improdutivo: Por que oito famílias tem mais riqueza do que a metade da população do mundo? São Paulo: Autonomia Literária, 2017.

DWORKIN, Ronald. Il ruolo dei giudici e il governo della legge. Questione di princípio. Milão: Il Saggiatore, 1990.

DWORKIN, Ronald. O Império do direito. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

EWALD, François. Foucault: a norma e o direito. 2. ed. Lisboa: Vega, 2000. 226 p. (Comunicação & linguagens ; 7)

FARIAS, José Fernando de Castro. A Origem do princípio da Solidariedade. Rio de Janeiro: Renovar, 1998.

FERRAZ FILHO, José Francisco Cunha. *Dos princípios fundamentais. In: MACHADO, Antônio Cláudio da Costa (Org.). Constituição Federal interpretada.* 3. ed. Barueri, SP: Manole, 2012.

FERREIRA, Pinto. Curso de direito constitucional brasileiro. São Paulo: Saraiva, 1993. p. 189. Revista de informações Legislativas. Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/176503/000518633.pdf?sequence=3> Acesso em outubro, 2019

FIGUEROA, Alfonso Garcia. La teoría del derechos en tiempos del constitucionalismo. In: CARBONELL, Miguel. Neoconstitucionalismo(s). Madrid: Trotta, 2005. p. 164.

FILGUEIRAS, Fernando. Dimensões Políticas da Justiça. Rio de Janeiro: Editora Civilização Brasileira, 2013.

FOLADORI, Guilherme. O comportamento humano em relação a seu ambiente, à luz das teorias biológicas da evolução. *Acta Scientiarum. Biological Sciences*, 2000. 327-335.

FROEHLICH, Charles Andrade. O positivismo e a diferença entre direito e moral. Rio de Janeiro. Lumen Juris, 2018. 236 p.

G1. Política. Globo.com. MÁFIA DAS AMBULÂNCIAS USAVA 33 EMPRESAS EM FRAUDES, Controladoria-Geral da União mostra que família Vedoin usava esquema pulverizado com empresas para fraudar licitações. 15/09/2016 disponível em: <<http://g1.globo.com/Noticias/Politica/0,,AA1261957-5601,00-MAFIA+DAS+AMBULANCIAS+USAVA+EMPRESAS+EM+FRAUDES.html>>. Acessado em 06/11/2019.

G1.Época Negócios. Globo.com. Época negócios. Os maiores escândalos de corrupção do Brasil - Em levantamento feito a pedido de Época NEGÓCIOS, a Controladoria Geral da União identificou os cinco principais casos de desvio de recursos públicos já investigados pelo órgão federal. 31/03/2015. Disponível em: <<https://epocanegocios.globo.com/Informacao/Dilemas/noticia/2015/03/os-maiores-escandalos-de-corrupcao-do-brasil.html>> Acessado em: 06/11/2019.

GARCIA, Alexandre Navarro. *Democracia semidireta Referendo, plebiscito, iniciativa popular e legislação participativa*. Brasília a. 42 n. 166 abr./jun. 2005 Disponível em: https://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/42/166/ril_v42_n166_p9.pdf Acesso em: outubro 2019

GASPARDO, Murilo. *Democracia participativa e experimentalismo democrático em tempos sombrios*. Estud. av. vol.32 no.92 São Paulo Jan./Apr. 2018

GHIRALDELLI JÚNIOR, Paulo. Filosofia política para educadores: democracia e direitos de minorias. 1. ed. Barueri: Manole, 2013. 202 p.

GOYARD-FABRE, Simion. Os Princípios Filosóficos do Direito Político Moderno. Trad. Irene A. Paternot. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

GOYARD-FABRE, Simone. Os princípios filosóficos do direito político moderno. São Paulo: Martins Fontes, 1999. p.526

GUERRA FILHO, Willis Santiago. Hermenêutica constitucional, direitos fundamentais e princípio da proporcionalidade. BOUCAULT, Carlos Eduardo de Abreu; RODRIGUEZ, José Rodrigo (Org.). Hermenêutica plural: possibilidades jusfilosóficas em contextos imperfeitos. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

HABERMAS, Jürgen. Era das transições. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003. p.220

HABERMAS, Jürgen; SELIGMANN-SILVA, Márcio. A constelação pós-nacional: ensaios políticos. São Paulo: Littera Mundi, 2001. p.220

HERRERA, Luiz Henrique Martim; BAILO, Lucas Seixas (Org.). A nova interação do direito: construção do saber jurídico. 1. ed. Birigüi: Boreal, 2012. p.344

HOUAISS eletrônico. Ed. Objetiva, 2009.

<http://dx.doi.org/10.5935/0103-4014.20180006> Disponível em:

http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0103-40142018000100065 Acesso em outubro 2019

IORIO FILHO Rafael Mario; DUARTE Fernanda. *O Supremo Tribunal Federal e a Lei da Ficha Limpa: uma questão de déficit democrático*. 8º Encontro Anual ABCP 01 a 04 de agosto de 2012 – Gramado, RS. Disponível em:

<https://cienciapolitica.org.br/system/files/documentos/eventos/2017/02/supremo-tribunal-federal-e-lei-ficha-limpa-entre-tecnica.pdf> Acesso em: setembro 2019

JACOME NETO, Félix. *NOTAS SOBRE A APATIA POLÍTICA DO POVO ATENIENSE DURANTE O GOLPE OLIGÁRQUICO QUE DERRUBOU A DEMOCRACIA ATENIENSE EM 411 / 410 A.C.*. Revista Hélade, [S.l.], v. 3, n. 1, p. 46 - 62, aug. 2017. ISSN 1518-2541. Disponível em: <<http://200.20.0.39/helade/article/view/10952/7747>>. Acesso em: 28 aug. 2019. doi:<https://doi.org/10.22409/rh.v3i1.10952>.

KAPLAN, Robert D. *À beira da anarquia: destruindo os sonhos da era pós-guerra fria*. São Paulo: Futura, 2000. p.223

KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito: tradução João Baptista Machado-7ª ed.*- São Paulo: Martins Fontes. 2006.

LA BRADBURY, Leonardo Cacau Santos. *Estados liberal, social e democrático de direito: noções, afinidades e fundamentos*. Revista Jus Navigandi, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 11, n. 1252, 5 dez. 2006. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/9241>>. Acesso em: 16 jul. 2018.

LARA JUNIOR, Nadir (Org.). *O ato estético-político: uma interpretação psicanalítica*. 1. ed. Curitiba: Appris, 2017. p.168

LAURINDO, Ana Claudia. *A rua, o povo e 2010*. Artigo: 07/10/2009 14:05. Disponível em: <http://www.alagoas24horas.com.br/714965/a-rua-o-povo-e-2010/> Acesso em: setembro de 2019

LEAL, Mônia Clarissa Hennig. *Jurisdição constitucional aberta: reflexões sobre a legitimidade e os limites da jurisdição constitucional na ordem democrática : uma abordagem a partir das teorias constitucionais alemã e norte-americana*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

LEAL, Rogério Gesta. *Estado, administração pública e sociedade: - novos paradigmas -*. Porto Alegre: Liv. do Advogado, 2006. 206 p.

LENZA, Pedro. *Direito Constitucional Esquematizado*. 16ª Ed. São Paulo: Ed. Saraiva. 2012.

LIMA, Djalba. *Veja como votaram os ministros do STF no julgamento da Ficha Limpa*. Disponível em: <https://jurisway.jusbrasil.com.br/noticias/2390689/veja-como-votaram-os-ministros-do-stf-no-julgamento-da-ficha-limpa> Acesso em: setembro 2019

LISBOA, Roberto Senise. SOLIDARISMO, DIREITOS HUMANOS E O COMBATE À POBREZA. FMU DIREITO - Revista FMU Direito. São Paulo, ano 27, n. 39, p.121-136, 2013. Acessado em 04/07/2019. Disponível em: <http://www.revistaseletronicas.fmu.br/index.php/FMUD/article/view/421/574>

MACEDO Paulo Sérgio Novais de. *Democracia participativa na Constituição* MELO, Angelo Braga Netto Rodrigues de. *Plebiscito, referendo e iniciativa popular: rocedimento e eficácia*. Revista Jus Navigandi, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 22, n. 5044, 23 abr. 2017. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/56817>. Acesso em: 31 out. 2019.

MAGALHÃES, Juliana Neuenschwander. Interpretando o direito como um paradoxo: observações sobre o giro hermenêutico da ciência jurídica. BOUCAULT, Carlos Eduardo de Abreu; RODRIGUEZ, José Rodrigo (Org.). *Hermenêutica plural: possibilidades jusfilosóficas em contextos imperfeitos*. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

MALUF, Sahid. *Teoria geral do Estado*. 30. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. 407 p.

MARTINS, Fernando Barbalho. *Do Direito à Democracia: Neoconstitucionalismo, Princípio Democrático e a Crise no Sistema Representativo*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

MAZZUOLI, Valério de Oliveira. Direitos humanos, cidadania e educação. Uma nova concepção introduzida pela Constituição Federal de 1988. Jus Navigandi, Teresina, ano 6, n. 51, 1 out. 2001. Disponível em: <http://jus.com.br/revista/texto/2074>. Acesso em: 03 de outubro de 2019.

MCCE - Movimento de Combate à Corrupção Eleitoral: Projetos de iniciativa popular Lei 9840/99 ("Lei Contra a Compra de Votos"), página online. Brasília/DF. Sem data. Disponível em: <http://www.mcce.org.br/leis/lei-984099-lei-contra-a-compra-de-votos/>. Acesso em: 20 out. 2019.

MELLO, Cláudio Ari. *Democracia constitucional e direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

MERELES, Carla. *COMO SURTIU A LEI DA FICHA LIMPA?* Publicado em 2 de setembro de 2016 Disponível em: <https://www.politize.com.br/lei-da-ficha-limpa-entenda/#toggle-id-1> Acesso em agosto 2019

MIRANDA, Roberta Drehmer de. A 'reinvenção' do direito alternativo: neoconstitucionalismo, garantismo penal e 'direito das minorias'. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2014. 183 p.

MONTESQUIEU, Charles de Secondat, Baron de, 1689-1755. *Do espírito das leis*; tradução Roberto Leal Ferreira. São Paulo. Editora Martin Claret Ltda, 2010.

MORAES, Alexandre de. *Direitos humanos fundamentais*. 4ª. ed. São Paulo: Atlas, 2002.

MORAES, Alexandre de. *Direitos humanos fundamentais*. 4ª. ed. São Paulo: Atlas, 2002.

MORAES, Alexandre de. *Direitos humanos fundamentais: teoria geral*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2002. p.320

MOREIRA, Luciano José Gonçalves. *Democracia Representativa*:

NERY JUNIOR, Nelson; ABOUD, Georges. Direito constitucional brasileiro : curso completo. 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, c2017. 1 recurso eletrônico ISBN 978-85-203-7167-1. Disponível em:

<<https://proview.thomsonreuters.com/title.html?redirect=true&titleKey=rt%2Fmonografias%2F123448227%2Fv1.2&titleStage=F&titleAcct=ia744803f0000014db9e91a1bed99d103#sl=0&eid=f627dad5d86ace6066edf1a1c930f500&eat=a-123497041&pg=&psl=e&nvgS=false>>. Acessado em 18 maio de 2019.

Neves, Felipe. *Da Democracia À Constituição: O Direito Da Iniciativa Popular Brasileira Para Apresentar Propostas De Emendas A Constituição Federal E A Problemática Que Essa Omissão Constitucional Implica Ao Exercício Da Democracia No Brasil*. Universidade Do Extremo Sul Catarinense – UNESC. Criciúma, 2014. Disponível em:<http://repositorio.unesc.net/bitstream/1/3342/1/FELIPE%20NEVES.pdf>

NIETZSCHE, Friedrich Wilhelm. Escritos sobre política. Rio de Janeiro: Ed. PUC-Rio, 2007. 2 v.

NOGUEIRA, Octaciano 1824 / Octaciano Nogueira. — 3. ed. — Brasília : Senado Federal, Subsecretaria de Edições Técnicas, 2012. Disponível em: <

https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/137569/Constituicoes_Brasileiras_v1_1824.pdf>. Acesso em 03 maio 2019. NOTAS SOBRE A APATIA POLÍTICA DO POVO ATENIENSE DURANTE O GOLPE OLIGÁRQUICO QUE DERRUBOU A DEMOCRACIA ATENIENSE EM 411 / 410 A.C. <http://200.20.0.39/helade/article/view/10952/7747>

NOVAIS, Jorge Reis. As restrições aos direitos fundamentais não expressamente autorizadas pela constituição. Coimbra: Coimbra Editora, 2003.

NOVAIS, Jorge Reis. As restrições aos direitos fundamentais não expressamente autorizadas pela constituição. Coimbra: Coimbra Editora, 2003. p.1008

NOVAIS, Jorge Reis. Direitos Fundamentais e justiça constitucional em Estado Democrático de Direito. Coimbra: Coimbra, 2012.

NOVAIS, Jorge Reis. Direitos Fundamentais: Trunfos Contra a Maioria. Porto Alegre: Reproduzido por Editora Revista dos Tribunais, publicado por Coimbra Editora, 2006.

NOVELINO, Marcelo. Curso de direito constitucional. 11.ed. Salvador: JusPodivm, 2016.

NUPPs - Núcleo de Pesquisas em Políticas Públicas da USP. O conceito de democracia ficou conhecido com a experiência de autogoverno dos cidadãos atenienses durante o período de Péricles, no século V a C. 2012. Disponível em

<http://nupps.usp.br/downloads/relatorio/Anexo_02_Democracia-verbete.pdf>. Acessado em: 01/11/2019.

OLIVEIRA, Manfredo Araújo de; AGUIAR, Odilio Alves; SAHD, Luíz Felipe de Andrade e Silva (Coord.). Filosofia política contemporânea. Petrópolis: Vozes, 2003. p.363

PAROSKI, Mauro Vasni. Direitos fundamentais e acesso à justiça na constituição. São Paulo: LTr Editora, 2008. 348 p.

PEDROSO, Cristiano Meneghetti. *Lei da Ficha Limpa: controvérsias constitucionais*. ARTIGOS Jus.Com.br Publicado em 10/2016. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/53234/lei-da-ficha-limpa-controversias-constitucionais> Acesso em: setembro 2019

PEGORARO, Lucio. A circulação, a recepção e a hibridação dos modelos de justiça constitucional. Revista de Informação Legislativa. Brasília a.42, n. 165 jan/mar 2005.

PEREIRA, Erick. *A inconstitucionalidade da Lei da "Ficha Limpa"*. Fonte: Último Segundo. Disponível em: <https://ultimosegundo.ig.com.br/eleicoes/a-inconstitucionalidade-da-lei-da-ficha-limpa/n1237781506880.html> Acesso em: setembro 2019

PEREIRA, Juliano Sartor; SOUZA VIEIRA, Reginaldo De. DEMOCRACIA SEMIDIRETA COMO UMA VIA À CRISE DO SISTEMA REPRESENTATIVO. XIII Seminário Nacional Demandas Sociais E Políticas Publicas Na Sociedade Contemporânea. Disponível em: <https://online.unisc.br/acadnet/anais/index.php/snpp/article/viewFile/16924/4135>

PLATÃO. *A república*. Bauru: Edipro, 1994.

PINSKY, Jaime. As primeiras civilizações. 16. ed. rev. ampl. São Paulo: Atual, 1994. 98 (Coleção Discutindo a história).

PODER. In: Dicionário Informal. Disponível em: < <https://www.dicionarioinformal.com.br/poder/>>. Acesso em: 04 maio 2019.

POZZOLI, Lafayette; BREGA FILHO, Vladimir (Coord.). Matrizes dos conceitos de justiça. 1. ed. São Paulo: Letras Jurídicas, 2010. p.311

PROBLEMAS E ALTERNATIVAS NO SÉCULO XX. Disponível em: <http://www.ufjf.br/graduacaocienciassociais/files/2010/11/Democracia-Representativa-problemas-e-alternativas-no-s%C3%A9culo-XX.pdf> Acesso em: outubro 2019

REIS, Jorge Renato dos. Direitos sociais e políticas públicas: desafios contemporâneos. "O PRINCÍPIO DA SOLIDARIEDADE E A HERMENÊUTICA FILOSÓFICA NA SUSTENTABILIDADE DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS, DIANTE DOS ARGUMENTOS DO MÍNIMO EXISTENCIAL E DA RESERVA DO POSSÍVEL". Jorge Renato dos Reis, Rogério Gesta Leal (organizadores). – 1. Ed. – Santa Cruz do Sul: EDUNISC. 2010.

ROCHA, Jean Paul C. Veiga da. Separação dos Poderes e Democracia Deliberativa. In: NOBRE, Marcos; TERRA, Ricardo. (Orgs.). Direito e Democracia: um guia de leitura de Habermas. São Paulo: Malheiros Editores, 2008. p. 181-182.

ROCHA, José de Albuquerque. Estudos sobre o Poder Judiciário. São Paulo: Malheiros, 1995.

ROUSSEAU, J.J. Do contrato social. Trad. Antônio de Pádua Danesi. São Paulo: Martins Fontes, 2001.

SALGADO, Eneida Desiree. Princípios constitucionais eleitorais. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2015. p.288

SAMPAIO, José Adércio Leite; CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza (Coord.). Hermenêutica e jurisdição constitucional. Belo Horizonte: Del Rey, 2001. p.326

SANSON Alexandre. *Dos Institutos De Democracia Semidireta (Plebiscito, Referendo E Iniciativa Popular) Como Fontes De Fortalecimento Da Cidadania Ativa*. Universidade Presbiteriana Mackenzie. São Paulo 2007. Disponível em: <http://www.dominiopublico.gov.br/download/teste/arqs/cp061534.pdf> Acesso em: outubro 2019

SARLET, Ingo Wolfgang. A Eficácia do Direito Fundamental à Segurança Jurídica: dignidade da pessoa humana, direitos fundamentais e proibição do retrocesso social no direito constitucional brasileiro. *Revista Brasileira de Direito Comparado*. N. 28, p. 89–148, 2005.

SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia dos direitos fundamentais. 10. ed., rev., atual e ampl. Porto Alegre: Liv. do Advogado, 2009.

SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia dos direitos fundamentais. 6. ed. rev. atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

SARMENTO, Daniel. Dignidade da pessoa humana. São Paulo: Editora Fórum, 2016.

SEGANFREDDO, Sônia Maria S. Como interpretar a lei: a interpretação do direito positivo. Rio de Janeiro: Rio, 1981.

SGARBI, Adrian. O referendo. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

SIQUEIRA JÚNIOR. Paulo Hamilton. Artigo: a dignidade da pessoa humana no contexto da pós-modernidade. In: SILVA, Marcos Antônio Marques da; eu. Ali MIRANDA, Jorge. (Org.) *Tratado luso-brasileiro da dignidade humana*. São Paulo: editora editora quartier latin. 2008. vol. 1. p. 251-276.

SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. *Teoria constitucional e democracia deliberativa: um estudo sobre o papel do direito na garantia das condições para a cooperação na deliberação democrática*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 43.

SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. *Direito Constitucional: teoria, história e métodos de trabalho*. Belo Horizonte: Editora Fórum: 2012.

SPITZCOVSKY, Celso. *Direito eleitoral*. São Paulo: Thomson Reuters Revista dos Tribunais, 2013. p.237

SPITZCOVSKY, Celso. *Direito eleitoral/ Celso Spitscovsky; coordenação Marco Antônio Araujo Jr., Darlan Barroso*. 1. Ed. São Paulo: Revista dos tribunais, 2013.

STEINMETZ, Wilson Antônio. *Colisão de direitos fundamentais e princípio da proporcionalidade*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

STRECK, Lenio Luiz. Hermenêutica, Constituição e processo, ou de “como discricionariedade não combina com democracia”; o contraponto da resposta correta. In: MACHADO, Felipe Daniel Amorim; CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade (Coords.) *Constituição e processo: a contribuição do processo ao constitucionalismo brasileiro*. Belo Horizonte: Del Rey, 2009.

STRECK, Lenio Luiz. O QUE É ISTO – O CONSTITUCIONALISMO CONTEMPORÂNEO. *Revista do CEJUR/TJSC: Prestação Jurisdicional*, Florianópolis, v. 1, n. 2, p. 27-41, out. 2014. ISSN 2319-0884. Disponível em: <<https://revistadocejur.tjsc.jus.br/cejur/article/view/64/49>>. Acesso em: 03 jun. 2019.

SUNDFELD, Carlos Ari. *Fundamentos de Direito Público*. 4^o ed. 7^o tiragem. Ed. Malheiros: São Paulo, 2006.

TOURAINE, Alain. *O que é a democracia?*. 2. ed. Petrópolis: Vozes, 1996. p.286

UOL. *Arte.Folha.UOL.com.br*. 30 anos de escândalos - Poder - Folha de S.Paulo. 23/04/2017. Disponível em: <<http://arte.folha.uol.com.br/poder/2017/04/23/30-anos-escandalo/?w=620&h=4000>>. Acessado em 06/11/2019

VENERIO, Carlos Magno Spricigo. *A concepção de democracia de Hans Kelsen: relativismo ético, positivismo jurídico e reforma política*. Criciúma: Ed. UNESC, 2010. p.143

VIANNA, Luiz Werneck (Org.). *A democracia e os três poderes no Brasil*. Belo Horizonte: Ed. da UFMG, 2002. p. 559

ZORZAL, Gabriela. *Democracia representativa e democracia participativa: Limites e complementariedade*. Anais da 8^a Semana de Ciências Sociais da Universidade Federal do Espírito Santo - 12 a 14 de novembro de 2014. Disponível em: <http://periodicos.ufes.br/SCSUFES/article/view/8567/6021>. Acesso em 20/09/2019