

FACULDADE DE DIREITO DA UNIVERSIDADE DE LISBOA (FDUL)

Marco Anthony Steveson Villas Boas

**FRAGILIDADES DO SISTEMA DIFUSO DE CONTROLE
DE CONSTITUCIONALIDADE NA JUSTIÇA ELEITORAL**

Mestrado em Direito Constitucional

Recife - 2012

TRIBUNAL REGIONAL ELEITORAL
TRE - TOCANTINS
BIBLIOTECA



FACULDADE DE DIREITO DA UNIVERSIDADE DE LISBOA (FDUL)

Marco Anthony Steveson Villas Boas

**FRAGILIDADES DO SISTEMA DIFUSO DE CONTROLE
DE CONSTITUCIONALIDADE NA JUSTIÇA ELEITORAL**

Mestrado em Direito Constitucional

Recife – 2012

Marco Anthony Steveson Villas Boas

**FRAGILIDADES DO SISTEMA DIFUSO DE CONTROLE
DE CONSTITUCIONALIDADE NA JUSTIÇA ELEITORAL**

Relatório Técnico-científico apresentado ao Programa de Pós-Graduação *stricto sensu* da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa como requisito parcial à obtenção do título de Mestre em Direito Constitucional.

Disciplina: Justiça Constitucional.

Regente da disciplina: Professor Doutor Miguel Nogueira de Brito.

RESUMO

O controle judicial de constitucionalidade atribuído à Justiça Eleitoral brasileira, excluídas as hipóteses da via direta, é essencialmente difuso, exercido pelos juízes de primeiro grau nas respectivas zonas eleitorais, pelos Tribunais Regionais e pelo Tribunal Superior Eleitoral, bem como pelo Supremo Tribunal Federal, em última instância, na via do recurso extraordinário. Esse peculiar controle difuso de constitucionalidade, todavia, pode se apresentar ineficaz ou instável quando exercido no curso do processo eleitoral, cuja duração não ultrapassa escassos noventa dias entre o registro das candidaturas e o dia das eleições. A situação se torna mais crítica em certos episódios de viragem jurisprudencial das cortes superiores, que podem gerar manifesto prejuízo a direitos fundamentais e à estabilidade da jurisdição, colocando em risco o próprio processo eleitoral. Nesse contexto, a tendência de abstrativização do controle difuso, aproximando-o do sistema concentrado, como vem sendo proposto pelo Supremo Tribunal Federal, pode ser um caminho para a solução desse preocupante problema. Entretanto, a criação de mecanismos adequados para garantir a rapidez e segurança do controle de constitucionalidade, nesse curto interregno do processo eleitoral, deve ser a tônica, com vistas ao aprimoramento do sistema na Justiça Eleitoral.

Palavras-chave: Constituição – controle de constitucionalidade – abstrativização do controle difuso – mutação constitucional – súmula vinculante – eleições – processo eleitoral – princípio da anualidade eleitoral.

ABREVIATURAS E SIGLAS

abr.	- abril
ADC/ADECON	- Ação Direta de Constitucionalidade
ADI/ADIn	- Ação Direta de Inconstitucionalidade
ADPF	- Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental
ago.	- agosto
ampl.	- ampliada
Apres.	- Apresentação
art.	- artigo
atual.	- atualizada
CE	- Código Eleitoral
CEE	- Comunidade Econômica Européia
CF	- Constituição Federal
Cf.	- Conforme
Coord.	- Coordenador(a)
CPC	- Código de Processo Civil
dez.	- dezembro
DF	- Distrito Federal
DJ	- Diário da Justiça
DJE	- Diário da Justiça Eletrônico
EC	- Emenda Constitucional
ed.	- edição
<i>et al.</i>	- <i>et alii</i> (e outros)
FDNUL	- Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa
FDUL	- Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa
fev.	- fevereiro
jan.	- janeiro
jul.	- julho
jun.	- junho
LC	- Lei Complementar

<i>loc. cit.</i>	- <i>loco citato</i> (no local citado)
mar.	- março
MG	- Minas Gerais
Min.	- Ministro(a)
n./nº	- Número
nov.	- novembro
<i>op. cit.</i>	- <i>opus citatum</i> (obra citada)
out.	- outubro
p.	- página
PA	- Pará
pp.	- páginas
RE	- Recurso Extraordinário
REspe	- Recurso Especial Eleitoral
rev.	- revista
set.	- setembro
ss.	- seguintes
STF	- Supremo Tribunal Federal
STJ	- Superior Tribunal de Justiça
TJ	- Tribunal de Justiça
TRE	- Tribunal Regional Eleitoral
TRF	- Tribunal Regional Federal
TSE	- Tribunal Superior Eleitoral

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	6
1. DEMOCRACIA	8
2. O CONTROLE JUDICIAL DE CONSTITUCIONALIDADE	10
2.1. Jurisdição constitucional.....	10
2.2. Sistemas de controle de constitucionalidade	11
2.2.1. O Sistema norte-americano	11
2.2.2. O Sistema austríaco	12
2.2.3. O Sistema francês	13
3. SISTEMA BRASILEIRO DE CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE	14
4. DISTORÇÕES DO SISTEMA DE CONTROLE CONSTITUCIONAL	17
4.1. A crise da última palavra	17
4.2. Abstrativização do Controle Difuso	19
4.2.1. Súmulas vinculantes	22
4.2.2. Repercussão geral e mutação constitucional	24
5. O CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE EM MATÉRIA ELEITORAL	27
5.1. Estrutura e composição da Justiça Eleitoral brasileira	27
5.2. O controle difuso no processo eleitoral	29
5.3. Modulação ou novos mecanismos?	31
5.4. A viragem jurisprudencial da Ficha Limpa	37
6. CONSIDERAÇÕES FINAIS	42
REFERÊNCIAS	45

INTRODUÇÃO

A democracia, um dos fundamentos da República Federativa do Brasil¹, tem na soberania popular a mais importante expressão do poder político, exercido diretamente pelo cidadão (através de plebiscito, referendo ou iniciativa popular) e, indiretamente, por meio dos partidos políticos e dos seus respectivos candidatos, sujeitos ao preenchimento dos requisitos constitucionais e legais para exercerem o direito político passivo de concorrerem a um mandato eletivo.

A questão é que a soberania popular não é absoluta, conforme assevera Friedrich Müller, e deve estar fundada em um estado de direito alicerçado na dignidade da pessoa humana, tampouco pode ser absoluto o direito político passivo, daí a importante função de o legislador e a Justiça Eleitoral filtrarem, sob a ótica constitucional das inelegibilidades e condições de elegibilidade, as candidaturas danosas aos interesses do povo, que colocam em risco a lisura do pleito e da administração pública².

A árdua tarefa de interpretar a legislação eleitoral, à luz da Constituição, é da própria Justiça Eleitoral, entretanto, a palavra final *inter partes* cabe ao Supremo Tribunal Federal, na via do recurso extraordinário, que, em caso de repercussão geral, pode provocar o Senado para suspender a executoriedade da lei declarada inconstitucional ou editar súmula vinculante ou dar efeitos transcendentais à declaração de inconstitucionalidade, em verdadeira mutação constitucional.

O Supremo Tribunal Federal, destarte, tem caminhado decisivamente para assumir a função de guardião da Constituição tanto no sistema difuso, abstrativizando seus julgamentos, como no concentrado, de sua expressa competência, por força do art. 102, § 2º, da Constituição Federal.

Nesse contexto, os partidos políticos e outros entes legitimados podem propor arguição de descumprimento de preceito fundamental, ações diretas de inconstitucionalidade ou

¹ Cf. BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. In: VADE MECUM. Coordenação Darlan Barroso; Marco Antonio Araujo Junior. 2. ed. rev., ampl. e atual. até 19 dez. 2012. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012: Art. 1º. [...] Parágrafo único. Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente [...].

² MÜLLER, Friedrich. *Quem é o povo? A questão fundamental da Democracia*. Tradução de Peter Naumann. Paulo Bonavides (Rev.). 3. ed. São Paulo: Max Limonad, 2003, p. 27.

declaratórias de constitucionalidade no Supremo Tribunal Federal, até mesmo pleitearem a edição de súmula vinculante para garantir a supremacia da Constituição em matéria eleitoral³.

Todavia, quando tardam ou se omitem, ficam sujeitos ao peculiar sistema de controle de constitucionalidade atribuído à Justiça Eleitoral, praticamente difuso, à mercê da tramitação dos recursos pertinentes e da admissibilidade da repercussão geral, nos casos de recurso extraordinário, para, em tempo hábil, o Supremo apreciar em última instância a matéria constitucional.

Outras instabilidades decorrentes da executoriedade, nos termos do art. 52, X, da Constituição Federal, que atribui ao Senado competência para suspender ou não, no todo ou em parte, a lei declarada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal, para ter alcance geral, leva a certas perplexidades, pois a igualdade de chance deve ser a tônica num processo dessa magnitude, no qual está em jogo a própria democracia.

Por outro lado, a interpretação abrogante do art. 52, X da CF, explicitamente adotada no STF, tem provocado polêmica no meio jurídico.

Daí a necessidade de se analisar a funcionalidade do sistema difuso e suas fragilidades no âmbito da Justiça Eleitoral, principalmente no curso do processo eleitoral, que em conceituação mais restritiva inicia-se com o pedido de registro de candidaturas e termina com a diplomação.

Dentro desse interregno, todavia, o período mais crítico medeia os registros de candidatura e o dia das eleições, correspondendo a aproximadamente noventa dias nas eleições em primeiro turno de votação.

Essas inconsistências e perplexidades afloraram no controle de constitucionalidade da Lei Complementar nº135/2010 — “Lei da Ficha Limpa”, estatuto normativo que nasceu da pressão das massas sobre o Congresso Nacional, por iniciativa popular.

As fragilidades do sistema difuso em matéria eleitoral e as indecisões do Supremo Tribunal Federal expuseram perante a Nação algumas impropriedades da aplicação desse sistema no direito eleitoral, mormente quando a Suprema Corte, descomposta e dividida, procurando reinterpretar sua jurisprudência, entra em crise institucional.

³ Cf. BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. In: VADE MECUM. Coordenação Darlan Barroso; Marco Antonio Araujo Junior. 2. ed. rev., ampl. e atual. até 19 dez. 2012. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012: Art. 103. Podem propor a ação direta de inconstitucionalidade e a ação declaratória de constitucionalidade: [...] VIII - partido político com representação no Congresso Nacional.

1. DEMOCRACIA

Hans Kelsen anotara que a democracia se traduz em verdadeira palavra de ordem nos dias atuais, em razão disso, acaba por perder substancialmente seu verdadeiro sentido, servindo a modismos políticos, daí a dificuldade de sua precisa conceituação⁴. José Afonso da Silva vê a democracia como um processo histórico no qual a afirmação do povo e a garantia dos direitos fundamentais ocupam o núcleo desse conceito⁵, que, na visão de Norberto Bobbio, se consolida com a plena concretização dos direitos fundamentais⁶.

Ernest Bockenford, ao aprofundar-se no estudo do tema, elege a soberania popular como diretriz orientadora do princípio democrático, asseverando que o exercício do poder, para que esteja legitimado, deve derivar do povo, de modo concreto, somente assim haverá estado de direito em sentido material, pós-liberal, pertinente a um estado social de direito⁷.

A Constituição brasileira elege em seu preâmbulo, como postulados do Estado democrático, a soberania, a cidadania, a dignidade da pessoa humana, os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa e o pluralismo político. Reverenciando esse ideal democrático, reconhece expressamente que todo o poder pertence ao povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente⁸, adotando o modelo de democracia semidireta que ganha relevância na iniciativa popular de leis perante o Poder Legislativo⁹.

⁴ KELSSEN, Hans. *A democracia*. Tradução de Ivone Castilho Benedetti *et al.* 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2000, p. 25.

⁵ SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 25. ed. São Paulo: Malheiros, 2005, pp.125-126: Democracia é conceito histórico. Não sendo por si um valor fim, mas meio e instrumento de realização de valores essenciais de convivência humana, que se traduzem basicamente nos direitos fundamentais do homem, compreende-se que a historicidade destes a envolva na mesma medida, enriquecendo-lhe o conteúdo a cada etapa do evoluir social, mantido sempre o princípio básico de que ela revela um regime político em que o poder repousa na vontade do povo. Sob esse aspecto, a democracia não é um mero conceito político abstrato e estático, mas é um processo de afirmação do povo e de garantia dos direitos fundamentais que o povo vai conquistando no correr da história.

⁶ BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Celso Lafer (Apres.). Rio de Janeiro: Elsevier, 2004, p. 101; Cf. MÜLLER, *op. cit.*, p. 27.

⁷ BOCKENFORD, Ernest. *Estudios sobre el estado de derecho y la democracia*. Tradução de Rafael de Agapito Serrano. Madrid: Editorial Trotta, 2000, pp. 17 e 55.

⁸ BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. In: VADE MECUM. Coordenação Darlan Barroso; Marco Antonio Araujo Junior. 2. ed. rev., ampl. e atual. até 19 dez. 2012. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012: 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: [...] Parágrafo único. Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição.

⁹ BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*, *ibidem*: Art. 61. A iniciativa das leis complementares e ordinárias cabe a qualquer membro ou Comissão da Câmara dos Deputados, do Senado Federal ou do Congresso Nacional, ao Presidente da República, ao Supremo Tribunal Federal, aos Tribunais Superiores, ao Procurador-Geral da República e aos cidadãos, na forma e nos casos previstos nesta Constituição. [...] § 2º - A iniciativa popular pode ser exercida pela apresentação à Câmara dos Deputados de

Entretanto, mesmo no sistema clássico de separação dos Poderes, não há democracia sem Constituição e sem controle constitucional, pois a soberania popular não é suficiente para garantir, de forma isolada, a *volonté générale*.

O sistema de controle judicial, nesse contexto, ganha relevantes contornos na consolidação do sistema democrático, mas está suscetível a instabilidades e crises, como a própria democracia. Cabe, no entanto, ao judiciário garantir a efetividade das *regras do jogo* democrático, como forma de preservar a legitimidade da representação eleitoral.

2. O CONTROLE JUDICIAL DE CONSTITUCIONALIDADE

2.1. Jurisdição constitucional

Não basta haver Constituição, é preciso que haja um tribunal constitucional para interpretá-la e garantir-lhe supremacia no sistema jurídico, tarefa que não poderia ser inocentemente confiada com exclusividade ao próprio parlamento que, ao elaborar leis, faz o exame prévio acerca da constitucionalidade e dificilmente se disporia a revisá-la, conforme já advertia Hans Kelsen¹⁰.

O Parlamento estaria sujeito à corrupção e abusos, razão pela qual o controle concentrado e abstrato por uma corte constitucional seria a melhor forma de proporcionar estabilidade ao sistema jurídico¹¹.

Conforme registra Bruno Meneses Lorenzetto, Carl Schmitt contrapõe-se, porém, à ideia kelseniana de racionalização do Estado de Direito com a instituição de uma Justiça Constitucional como guardião da Constituição, pois a ela deveria caber tão somente decidir com base no direito infraconstitucional, sem discutir o conteúdo da norma, tarefa reservada ao Chefe de Estado, verdadeiro Guardião da Constituição¹².

Dieter Grimm, nesse compasso, não vê relação de dependência entre democracia e jurisdição constitucional e aponta riscos da jurisdição constitucional para o processo democrático¹³.

¹⁰ Kelsen, Hans. *Jurisdição constitucional*. Tradução Alexandre Krug; Eduardo Brandão; Maria Ermantina Galvão. Revisão Sérgio Sérulo da Cunha. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 150: Não há hipótese de garantia da regularidade em que possa ser maior a tentação de confiar a anulação dos atos irregulares ao próprio órgão que os produziu do que a da garantia da Constituição. [...] Portanto não é com o próprio Parlamento que podemos contar para efetuar que podemos contar para efetuar sua subordinação à constituição, é um órgão diferente dele, independente dele e, por conseguinte, também de qualquer outra autoridade estatal, que deve ser encarregado da anulação de seus atos institucionais – isto é, uma jurisdição ou um tribunal constitucional.

¹¹ *Ibidem*, p. 154.

¹² SCHMITT, Carl. O guardião da Constituição. Belo Horizonte: Del Rey, 2007 *apud* LORENZETTO, Bruno Meneses. *O debate entre Kelsen e Schmitt sobre o guardião da constituição*. In: Congresso Nacional do CONPEDI, 18., 2009, São Paulo, pp. 1924-1944. Disponível a partir de: <<http://www.publicadireito.com.br>>. Acesso em: 23 mar. 2012.

¹³ GRIMM, Dieter. *Jurisdição constitucional e democracia*. Revista de Direito do Estado 4:3, 2006, pp. 3-22 e 13-14. Disponível a partir de: <<http://www.prpa.mpf.gov.br/setorial/biblioteca/periodicos/revista-de-direito-do-estado-sumarios>>. Acesso em: 24 mar. 2012: [...] o risco para a democracia reside na falta de controle democrático. Afinal, o Judiciário pode afastar a vontade dos representantes do povo eleitos sem gozar de legitimidade democrática e sem ser igualmente responsável perante o povo. [...] a jurisdição constitucional tende

Não há como separar, todavia, o jurídico e o político na interpretação constitucional, razão pela qual é preferível entregar a guarda da Constituição aos juízes, nos limites demarcados por ela própria, do que confiar aos políticos a interpretação jurídica das normas constitucionais.

O argumento de que os juízes não são eleitos, e, por isso, não teriam “terra sob os pés”, não é bastante para retirar a legitimidade do controle judicial, fruto da *volonté générale*. A história tem demonstrado que eventuais conflitos oriundos das dificuldades contramajoritárias da Corte Constitucional tendem a ser resolvidos pelo respeito mútuo entre os Poderes do Estado.

Nos dias atuais, a jurisdição constitucional tem superado essas dificuldades contramajoritárias, constituindo-se como verdadeiro instrumento de concreção da democracia, reservando aos juízes o importante papel de aperfeiçoar e dar vida ao texto constitucional, de modo a garantir a participação do indivíduo, e não apenas da coletividade, nas decisões do Estado.

2.2. Sistemas de controle de constitucionalidade

O controle de constitucionalidade pode ser classificado segundo os critérios adotados originariamente nos Estados Unidos da América (controle difuso), na Áustria (controle concentrado) e na França (controle prévio).

2.2.1. O Sistema norte-americano

Divergências doutrinárias à parte, tem-se que o sistema norte-americano de controle de constitucionalidade teve sua origem no famoso caso *Marbury versus Madison*¹⁴, em 1803, primeiro pronunciamento da Suprema Corte americana no sentido de reconhecer a possibilidade de uma lei ser julgada inválida em face de preceitos constitucionais.

a judicializar o discurso político. Os atores políticos são tentados a acusar um programa político ou uma lei com a qual não concordam de incompatíveis com a constituição.

¹⁴ SILVA, Enio Moraes da. Considerações e propostas acerca do sistema brasileiro de controle de constitucionalidade. In: CASTARDO, Hamilton Fernando; CANAVEZZI, Gustavo Escher Dias; NIARADI, George Augusto (Coord.). *Lições de Direito Constitucional em homenagem ao Prof. Dr. Sérgio Resende de Barros*. Campinas: Millenium, 2007, p. 77: Em breve síntese do caso, tem-se que *Marbury* demandou contra *Madison* perante a Suprema Corte americana objetivando sua nomeação ao cargo de juiz de paz. Ocorre que tal pretensão não foi acolhida pelo *Chief Justice Marshal* em razão deste entender que *Marbury* não poderia dirigir sua pretensão diretamente a Corte Suprema, tendo em vista que esta se baseava numa lei contrária a Constituição, portanto inaplicável pelo Judiciário.

Segundo esse sistema, todo juiz tem o poder de declarar a inconstitucionalidade de uma norma diante do caso concreto – na via de defesa ou exceção –, por isso, denominado controle difuso.

Essa inspeção de constitucionalidade torna-se necessária quando, no curso de um processo judicial (caso concreto), argumenta-se que certa norma está causando efeitos indevidos por ser contrária à Constituição Federal. Nessa hipótese, o litigante não pede diretamente ao juiz a declaração de invalidade da norma que repete ser inconstitucional, mas apenas a resolução do problema concreto.

Assim, essa declaração de inconstitucionalidade da norma é apenas um meio para decidir a controvérsia, por isso, tal critério também é chamado de controle incidental de constitucionalidade.

Ademais, de acordo com o modelo norte-americano, a declaração de inconstitucionalidade não possui o condão de retirar a lei do ordenamento jurídico, ou seja, ela continua a existir. Todavia, decidindo a Suprema Corte pela inconstitucionalidade de lei, esta carecerá de força normativa em face do princípio do *stare decisis*, posto essa decisão de inconstitucionalidade possuir efeito vinculante em relação aos juízes e tribunais inferiores, os quais devem aplicar o entendimento nela externado, com vista a impedir a continuidade da aplicação da lei declarada inválida.

2.2.2. O Sistema austríaco

O sistema austríaco é caracterizado pela concentração do controle de constitucionalidade em um único órgão de cúpula do Judiciário, o Tribunal Constitucional.

Foi idealizado por Hans Kelsen e introduzido na Constituição Austríaca de 1920, que também criou a Corte Constitucional com a finalidade precípua de promover com exclusividade o controle judicial de constitucionalidade das leis.

Esse sistema exige a provocação da Suprema Corte por meio da ação direta de inconstitucionalidade, proposta pelos entes legitimados (governo federal, governos estaduais e um terço dos membros do Parlamento Austríaco)¹⁵.

¹⁵ SILVA, Enio Moraes da. Considerações e propostas acerca do sistema brasileiro de controle de constitucionalidade. In: CASTARDO, Hamilton Fernando; CANAVEZZI, Gustavo Escher Dias; NIARADI, George Augusto (Coord.). *Lições de Direito Constitucional em homenagem ao Prof. Dr. Sérgio Resende de Barros*. Campinas: Millenium, 2007, p. 79.

Quanto aos efeitos da declaração de inconstitucionalidade de uma lei, esses começam a surtir a partir da data da publicação do julgado, isto é, possuem eficácia *ex nunc*, sem retroatividade¹⁶.

2.2.3. O Sistema francês

Diferentemente dos sistemas supracitados (norte-americano e austríaco), o sistema de controle de constitucionalidade francês, eminentemente político e não jurisdicional, em regra não tem caráter repressivo, já que é realizado antes da aprovação da lei¹⁷.

Esse controle é realizado pelo Conselho Constitucional (órgão composto por nove membros: três indicados pelo Presidente da República, três pelo Presidente da Assembleia Nacional e três pelo Presidente do Senado), o qual, no transcurso do processo legislativo, pode analisar a constitucionalidade de leis, regulamentos e tratados internacionais, antes de sua promulgação ou aprovação, desde que provocado pelo Presidente da República, Primeiro Ministro, Presidente da Assembleia Nacional, Presidente do Senado, ou o mínimo de sessenta deputados ou sessenta senadores¹⁸.

¹⁶ Cf. BULOS, Uadi Lammêgo. *Direito constitucional ao alcance de todos*. 3. ed. rev. e atual. de acordo com a EC nº 66, de 13 jul. 2010. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 190.

¹⁷ SILVA, Enio Moraes da. Considerações e propostas acerca do sistema brasileiro de controle de constitucionalidade. In: CASTARDO, Hamilton Fernando; CANAVEZZI, Gustavo Escher Dias; NIARADI, George Augusto (Coord.). *Lições de Direito Constitucional em homenagem ao Prof. Dr. Sérgio Resende de Barros*. Campinas: Millenium, 2007, p. 80: O autor anota que excepcionalmente o controle repressivo de constitucionalidade é admitido no sistema francês para os casos de competências entre lei e regulamento.

¹⁸ *Ibidem*, p. 80; Cf. MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional*. 20 ed. São Paulo: Atlas, 2006, p. 664.

3. SISTEMA BRASILEIRO DE CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE

Ao desenhar nosso sistema de controle constitucional, ainda no Império, Rui Barbosa já ponderava sobre as dificuldades contramajoritárias e o risco de os juízes adentrarem no campo puramente político em suas decisões, razão pela qual adotou como modelo, com as necessárias adaptações, o sistema americano do “judicial review”, arquitetado por Hamilton, o qual perdurou como sistema único até 1965.

Hamilton argumentava ser função dos juízes a interpretação das leis, daí a congruência em entregar-lhes a guarda da Constituição, asseverando não poder o legislativo ser juiz de suas próprias limitações impostas no texto constitucional. É que o judiciário e, em especial, a corte constitucional, não possuindo a “espada” ou o “tesouro” seria o poder menos perigoso (the least dangerous branch) para garantir os direitos previstos na Constituição¹⁹.

O conhecimento de questões exclusivamente políticas pelos juízes era uma preocupação de Rui, expressamente vedada no art. 68 da Constituição de 1934 e reiterada no art. 94 da Constituição de 1937.

A partir da Constituição de 1934, o Senado Federal passa a ter importante papel no sistema presidencialista, como detentor da última palavra em matéria de declaração de inconstitucionalidade pelo Poder Judiciário, conforme disposto em seu art. 91.

O controle de constitucionalidade, na Constituição de 1937, sofreu maior restrição com a outorga ao Presidente da República do poder de submeter novamente ao Parlamento a decisão do tribunal, que, confirmada por dois terços de votos em cada uma das Câmaras, tornava sem efeito a decisão declaratória de inconstitucionalidade²⁰; procedimento que veio a ser extirpado da Constituição de 1946, outorgando-se ao Senado Federal, novamente, a última palavra.

¹⁹ HAMILTON, Alexander. *Federalist* 78. Disponível em: http://en.wikipedia.org/wiki/Federalist_No._78. Acesso em: 5 out. 2012.

²⁰ BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. In: VADE MECUM. Coordenação Darlan Barroso; Marco Antonio Araujo Junior. 2. ed. rev., ampl. e atual. até 19 dez. 2012. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012: Art. 96. Só por maioria absoluta de votos da totalidade dos seus juízes poderão os tribunais declarar a inconstitucionalidade da lei ou de ato do Presidente da República. Parágrafo único. No caso de ser declarada a inconstitucionalidade de uma lei que, a juízo do Presidente da República, seja necessária ao bem-estar do povo, à promoção ou defesa de interesse nacional de alta monta, poderá o Presidente da República submetê-la novamente ao exame do Parlamento; se este a confirmar por dois terços de votos em cada uma das Câmaras, ficará sem efeito a decisão do Tribunal.

O sistema difuso vigorou até 1965, quando no Governo Militar, pela Emenda Constitucional 16/65, implementou o modelo concentrado no sistema constitucional brasileiro, de origem austríaca, com eficácia *erga omnes* (alcance geral), também conhecido como controle por via de ação, abstrato ou direto.

A iniciativa teve por objetivo concentrar no Supremo Tribunal Federal a fiscalização constitucional e fez parte de uma série de Emendas à Constituição e atos institucionais, com visível intenção de blindar tais alterações e controlar a fiscalização difusa (ampliou temporariamente o Supremo Tribunal Federal, elevando de 11 para 16 o número de ministros, criou a ação direta de inconstitucionalidade, a arguição de relevância e a advocatória, com legitimidade exclusiva do Procurador Geral da República, homem de confiança do Governo, nomeado pelo Presidente da República²¹).

Assim, os dois sistemas passaram a existir concomitantemente no direito brasileiro.

Em linhas gerais, o atual modelo judicial de controle de constitucionalidade adotado no Brasil é misto: difuso na base, em que todos os juízes podem reconhecer a inaplicabilidade da norma, por inconstitucionalidade, diante de um caso concreto, com eficácia restrita às partes; e concentrado (além de difuso) no Supremo Tribunal Federal.

Em sede de controle concentrado, o conhecimento das questões constitucionais, por parte do Supremo Tribunal Federal, ocorre por via de ação: a) Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI/ADIn)²² (genérica, interventiva e por omissão); b) Ação

²¹ Cf. MATHIAS, Carlos Fernando. *Notas para uma história do judiciário no Brasil*. Brasília: Fundação Alexandre de Gusmão, 2009, pp. 268-270. Disponível a partir de: <www.funag.gov.br>. Acesso em: 12 mar. 2012.

²² Cf. BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. In: VADE MECUM. Coordenação Darlan Barroso; Marco Antonio Araujo Junior. 2. ed. rev., ampl. e atual. até 19 dez. 2012. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012: Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe: I - processar e julgar, originariamente: a) a ação direta de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual e a ação declaratória de constitucionalidade de lei ou ato normativo federal; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 3, de 1993) [...] Art. 103. Podem propor a ação direta de inconstitucionalidade e a ação declaratória de constitucionalidade: (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004) I - o Presidente da República; II - a Mesa do Senado Federal; III - a Mesa da Câmara dos Deputados; IV - a Mesa de Assembleia Legislativa ou da Câmara Legislativa do Distrito Federal; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004) V - o Governador de Estado ou do Distrito Federal; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004) VI - o Procurador-Geral da República; VII - o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil; VIII - partido político com representação no Congresso Nacional; IX - confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional. § 1º - O Procurador-Geral da República deverá ser previamente ouvido nas ações de inconstitucionalidade e em todos os processos de competência do Supremo Tribunal Federal. § 2º - Declarada a inconstitucionalidade por omissão de medida para tornar efetiva norma constitucional, será dada ciência ao Poder competente para a adoção das providências necessárias e, em se tratando de órgão administrativo, para fazê-lo em trinta dias. § 3º - Quando o Supremo Tribunal Federal apreciar a inconstitucionalidade, em tese, de norma legal ou ato normativo, citará, previamente, o Advogado-Geral da União, que defenderá o ato ou texto impugnado.

Declaratória de Constitucionalidade – ADC ou ADECON²³, e c) Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF)²⁴.

No sistema difuso, a última palavra, aprioristicamente, estaria reservada constitucionalmente ao Senado Federal, por força dos arts. 52, X²⁵ (abrogado por mutação constitucional na interpretação do STF) e 102, § 3º da Constituição Federal²⁶, sem olvidar que no sistema concentrado a derradeira palavra está reservada ao Supremo Tribunal Federal, conforme art. 102, § 2º, da Carta da República²⁷.

²³ BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. In: VADE MECUM. Coordenação Darlan Barroso; Marco Antonio Araujo Junior. 2. ed. rev., ampl. e atual. até 19 dez. 2012. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012: Art. 103.

²⁴ Cf. BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*, *ibidem*: Art. 102. [...] § 1º - A arguição de descumprimento de preceito fundamental, decorrente desta Constituição, será apreciada pelo Supremo Tribunal Federal, na forma da lei. A Lei 9.882/99 regulamentou a constituição determinando: Art. 1º. A arguição prevista no § 1º do art. 102 da Constituição Federal será proposta perante o Supremo Tribunal Federal, e terá por objeto evitar ou reparar lesão a preceito fundamental, resultante de ato do Poder Público. Porém, mais que isso determinou que ela é cabível: I - quando for relevante o fundamento da controvérsia constitucional sobre lei ou ato normativo federal, estadual ou municipal, incluídos os anteriores à Constituição.

²⁵ Cf. BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*, *ibidem*: Art. 52. Compete privativamente ao Senado Federal: [...] X - suspender a execução, no todo ou em parte, de lei declarada inconstitucional por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal.

²⁶ BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*, *ibidem*: Art. 102. [...] § 3º - No recurso extraordinário o recorrente deverá demonstrar a repercussão geral das questões constitucionais discutidas no caso, nos termos da lei, a fim de que o Tribunal examine a admissão do recurso, somente podendo recusá-lo pela manifestação de dois terços de seus membros. (Incluída pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004).

²⁷ BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*, *ibidem*: Art. 102. [...] § 2º - As decisões definitivas de mérito, proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, nas ações diretas de inconstitucionalidade e nas ações declaratórias de constitucionalidade produzirão eficácia contra todos e efeito vinculante, relativamente aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal.

4. DISTORÇÕES DO SISTEMA DE CONTROLE CONSTITUCIONAL

4.1. A crise da última palavra

Há crise moral na política brasileira, que tem levado a uma judicialização da política e, conseqüentemente, a uma politização da justiça, resultando, algumas das vezes, num ativismo incontido dos órgãos judiciais.

Essa crise brota do sistema partidário, afeta a legitimidade da representação e reflete no Parlamento, que é moroso para legislar, e nesses vinte e quatro anos, desde a promulgação da Constituição Federal de 1988, nem sequer conseguiu esgotar sua missão de, pelo menos, editar a legislação complementar, deixando para o juiz constitucional o imenso trabalho de fazer o controle de constitucionalidade das leis recepcionadas pela nova Constituição, muitas das quais obsoletas, anacrônicas e até mesmo alçadas a patamar de leis reforçadas, complementares à Constituição, sem que ostentassem originariamente essa condição.

A omissão dos partidos políticos, mesmo diante da pressão das massas, tem exposto à nação a amplitude da crise partidária e parlamentar, cedendo espaço para o exercício direto da soberania popular, como no caso da iniciativa do projeto de lei que resultou na Lei Complementar nº135/2010 (Lei da Ficha Limpa – que instituiu novas inelegibilidades e condições de elegibilidade na Lei Complementar nº 64/90).

A falta de políticas públicas bem definidas e eficazes tem colocado em risco os princípios basilares da administração pública insculpidos no art. 37 da Constituição Federal, e exigido dos juízes, em suas decisões, a concreção de direitos fundamentais por meio da interpretação, proporcionando controle mais amplo dos atos administrativos e possibilidade de intervenção nas políticas públicas atribuídas ao Executivo. Em matéria eleitoral, uma postura ativista contida dos juízes e tribunais eleitorais tem proporcionado maior concreção aos princípios da democracia e da soberania popular, alicerçada nos próprios avanços legislativos alcançados pela indignação e pressão das massas.

Sob influência dessa vertente ativista, o atual sistema de controle de constitucionalidade brasileiro tem caminhado para um monopólio judicial. Apesar disso, tem se mantido mais no respeito institucional do que em regras constitucionais claras, deixando em aberto algumas

questões importantes que refletem na estabilidade do próprio sistema democrático e de divisão dos poderes, como a inexistência de barreiras à reapreciação pelo Parlamento, em novo projeto de lei ou de emenda constitucional²⁸, de matéria idêntica àquela objeto da declaração de inconstitucionalidade (emenda superadora), e impedimento de o Supremo reexaminá-la, desde que provocado, e até mesmo de praticar um *over rulling*, revendo sua própria jurisprudência²⁹.

Quando a inconstitucionalidade é declarada na via direta e abstrata, os atritos institucionais são menos significantes, pois no Brasil o Parlamento tem respeitado a última palavra da Corte Constitucional no âmbito desse sistema. No sistema difuso, entretanto, verifica-se um conflito de normas constitucionais (art. 52, X e 102, § 3º com o art. 103-A da CF), no tocante ao exercício da última palavra, a princípio garantida ao Senado Federal, mas exercitada pelo Supremo Tribunal Federal.

O Senado, no curso da nossa democracia, poucas vezes suspendeu leis declaradas inconstitucionais pelo Supremo Tribunal Federal, gerando a situação de reiteradas repetições

²⁸ Cf. BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. In: VADE MECUM. Coordenação Darlan Barroso; Marco Antonio Araujo Junior. 2. ed. rev., ampl. e atual. até 19 dez. 2012. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012: Nesse sentido, importa lembrar que a Constituição Federal determina no art. 102, III, § 2º: “As decisões definitivas de mérito, proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, nas ações diretas de inconstitucionalidade e nas ações declaratórias de constitucionalidade produzirão eficácia contra todos e efeito vinculante, relativamente aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal”.

²⁹ SILVA, Alfredo Canellas Guilherme. *Controle de constitucionalidade dialógico e a democracia deliberativa*. Jusnavigandi, fev. 2010. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/14450/control-de-constitucionalidade-dialogico-e-a-democracia-deliberativa>>. Acesso em: 8 set. 2012: É certo que o avanço da democracia implica na ampliação da participação do povo nas decisões políticas, mesmo judiciais (fiscalização da constitucionalidade no modelo abstrato). No entanto, a função judicial é por natureza mais distanciada do cidadão que a legislativa e por esta razão permite o entendimento de ser escassa de participação popular, salvo para parcela formada pela classe social dominante. A inclusão do povo ou de seus representantes na prática da jurisdição constitucional caracteriza uma abordagem nova no processo de controle judicial da constitucionalidade que poderá ser alcançada pelo modelo dialógico e pela democracia deliberativa. Para tal, é oportuno que o festejado avanço para o modelo do pós-positivismo principiológico, facilitador da expansão judicial, seja seguido por um eficiente controle mútuo entre os poderes políticos, inclusive sobre o controle judicial de constitucionalidade. A perspectiva de resgatar a estima do processo político popular democrático exige a inserção do Poder Legislativo e do corpo eletivo no processo do controle de constitucionalidade. E desta participação surgirá a interação dialógica entre o Poder Judiciário e o Poder Legislativo, bem como o aparecimento das deliberações populares. Ademais, o diálogo entre os Poderes irá alterar o perfil clássico e dogmático do controle judicial da constitucionalidade em vigor, lastreado na supremacia judicial cujos albos remontam o caso *Marbury v. Madison* de 1803. Segundo o novo modelo, na hipótese do povo desaprovando decisão do Poder Legislativo poderá repelir os seus representantes ou orientá-los antes das eleições gerais. Assim, a racionalidade da importância do legislador concentra-se na eletividade de seu mandato parlamentar e no princípio da soberania popular. Isto não ocorre no *judicial review* clássico. Desta feita, o fator temporal da validade das decisões legislativas no controle de constitucionalidade é um dado que deve ser considerado no diálogo entre o poder da representação popular - Legislativo e o poder da representação argumentativa - Judiciário. É nessa linha que desponta a relevância das mudanças, o inovador *controle de constitucionalidade democrático-dialógico* reconhecerá a autoridade da dimensão ocupada pelos membros do Poder Legislativo e sua função condicionadora de decisões judiciais que afetem toda a coletividade formada por pessoas livres.

de julgamentos idênticos na via do controle difuso naquela Corte, dando sobrevida a dispositivos legais maculados pela inconstitucionalidade.

Sérgio Resende de Barros, favorável à função moderadora do Senado, defende o controle de executoriedade que lhe é constitucionalmente atribuído no sistema difuso, argumentando que não pode estar restrito ao papel de mero servo do Supremo Tribunal Federal³⁰.

Contudo, com a Emenda nº 45, o Supremo Tribunal Federal, que já detinha a última palavra no controle concentrado, passou a tê-la no controle difuso, com a instituição da súmula vinculante, transformando-se no guardião absoluto da Constituição.

Bastou isso para que o Supremo evoluísse sua jurisprudência, a fim de afastar a aplicação do art. 52, X, da Constituição em verdadeiro processo de mutação constitucional para dar transcendência aos motivos determinantes dos seus julgados em situação de repercussão geral, dispensando até mesmo a edição de súmula vinculante.

É bem verdade que os efeitos vinculantes aplicados ao controle difuso, bem como na declaração direta de inconstitucionalidade não impedem o Congresso Nacional de legislar e de produzir norma similar à declarada inconstitucional (emenda superadora), pois não integra o sistema judiciário, e, por isso, não está vinculado à decisão da Corte Constitucional.

A situação pode ser mais crítica quando a súmula vinculante declarar a constitucionalidade de lei ou ato normativo, positivando direitos, e estes sofrerem restrições ou forem suprimidos do sistema jurídico pelo Congresso Nacional.

4.2. Abstrativização do Controle Difuso

Há uma tendência predominante na atual jurisprudência da Suprema Corte brasileira, com raízes no direito constitucional alemão, a de considerar a Constituição como um sistema

³⁰ BARROS, Sérgio Resende. *Função do Senado no controle de constitucionalidade*. Disponível em: <<http://www.srbarros.com.br/pt/funcao-do-senado-no-controle-de-constitucionalidade.cont>>. Acesso em: 10 mar. 2012: [...] Desse modo, uma vez que suas funções de moderação e de representação não podem ser negadas, assim como não podem ser exercidas sem discricção, a competência recebida pelo Senado Federal no art. 52, inc. X, da vigente Constituição da República Federativa do Brasil, é discricionária e não vinculada. Sem dúvida, foi para que em nome dos estados federados se exercesse um contrapeso de moderação no âmbito da República Federativa, que a Constituição Federal delegou ao Senado e não à corte constitucional a função de suspender em todo o território nacional a execução da lei tida definitivamente por inconstitucional no epílogo do controle difuso. A Constituição fez do Senado o senhor da generalidade e não um mero servo da corte constitucional. Mesmo que esta entenda ser definitiva a inconstitucionalidade de uma lei, após negar-lhe aplicação em reiterados casos *inter partes*, e por isso peça a extensão *erga omnes*, o Senado não está obrigado a generalizar, pois – no exercício de sua função moderadora, em nome dos estados-membros – pode muito bem achar oportuno e conveniente que a inconstitucionalidade continue a ser decretada apenas *inter partes*.

aberto de princípios e regras, sujeito a similar hermenêutica, sem a exclusividade de interpretação dos juízes, pois as características de historicidade da Constituição, um sistema imperfeito e inacabado, corresponde à realidade de uma sociedade dinâmica. Um sistema fechado tornaria a Constituição irreal, letra morta, sem a força normativa que advém da sua interpretação.

Peter Häberle, por exemplo, compreende a hermenêutica constitucional (os processos de decisão) como um fenômeno decorrente da atuação de diversos entes e forças, estatais ou não, que emergem do sistema democrático (sociedade aberta dos intérpretes constitucionais), que vivem a norma em um processo no qual a democracia, entretanto, não está adstrita à noção de povo, enquanto coletividade, mas principalmente à garantia de participação individual e respeito aos direitos do cidadão, proporcionando concreção à dignidade humana e aos direitos fundamentais, numa acepção material³¹.

Nesse contexto, os efeitos do controle difuso tendencialmente vêm se tornando os mesmos do modelo abstrato, vertente defendida pelos ministros do Supremo Tribunal Federal, notadamente por Gilmar Mendes, que prega uma reinterpretação ou mutação constitucional do art. 52, X, da Constituição Federal, de modo a tornar desnecessária a resolução suspensiva do Senado Federal³².

Segundo ele, a função do Senado, a de dar eficácia geral às decisões de inconstitucionalidade do Supremo Tribunal, Federal já nasceu obsoleta, pois, desde as

³¹ HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica constitucional. A sociedade aberta dos intérpretes da Constituição*: contribuição para a interpretação pluralista e "procedimental" da Constituição. Tradução Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1997, reimpressão 2002, p. 30.

³² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Questão de Ordem no Recurso Extraordinário nº 556.664*. Rel. Min. Gilmar Ferreira Mendes. Plenário, decisão unânime. Brasília, 20 set. 2007. Informativo nº 481: Esse novo modelo legal traduz, sem dúvida, um avanço na concepção vetusta que caracteriza o recurso extraordinário entre nós. Esse instrumento deixa de ter caráter marcadamente subjetivo ou de defesa de interesse das partes, para assumir, de forma decisiva, a função de defesa da ordem constitucional objetiva. Trata-se de orientação que os modernos sistemas de Corte Constitucional vêm conferindo ao recurso de amparo e ao recurso constitucional (*Verfassungsbeschwerde*). Nesse sentido, destaca-se a observação de Häberle segundo a qual "a função da Constituição na proteção dos direitos individuais (subjectivos) é apenas uma faceta do recurso de amparo", dotado de uma "dupla função", subjetiva e objetiva, "consistindo esta última em assegurar o Direito Constitucional objetivo" (Peter Häberle, O recurso de amparo no sistema germânico, Sub Judice 20/21, 2001, p. 33 (49). [...] Portanto, há muito resta evidente que a Corte Suprema americana não se ocupa da correção de eventuais interpretações divergentes das Cortes ordinárias. Em verdade, com o *Judiciary Act* de 1925 a Corte passou a exercer um pleno domínio sobre as matérias que deve ou não apreciar (Cf., a propósito, Griffin. Stephen M., *The Age of Marbury, Theories of Judicial Review vs. Theories of Constitutional Interpretation*, 1962-2002, Paper apresentado na reunião anual da 'American Political Science Association', 2002, p. 34). Ou, nas palavras do *Chief Justice Vinson*, "para permanecer efetiva, a Suprema Corte deve continuar a decidir apenas os casos que contenham questões cuja resolução haverá de ter importância imediata para além das situações particulares e das partes envolvidas" ("*To remain effective, the Supreme Court must continue to decide only those cases which present questions whose resolutions will have immediate importance far beyond the particular facts and parties involved*") (Griffin, op. cit., p. 34).

Constituições de Weimar e Austríaca da década de 20, já se falava na eficácia *erga omnes* das decisões dos tribunais constitucionais³³.

Essa tendência tem procurado aproximar ou mesmo igualar os efeitos das declarações de inconstitucionalidade difusa e concentrada, o que fica evidente diante do fato de ter a Corte Constitucional deixado de ser um órgão meramente recursal, assumindo diuturnamente o seu papel primordial no ordenamento jurídico vigente, como guardião da Constituição.

A Emenda Constitucional nº 45/2004, denominada de “Reforma do Judiciário”, contribuiu para aproximar os controles concreto e abstrato, proporcionando ao Supremo Tribunal Federal mecanismos de uniformização da hermenêutica constitucional (Súmula Vinculante e repercussão geral).

Recomendável, portanto, uma breve análise das características de ambos os institutos, inclusive no direito comparado, e suas influências sobre essa nova postura da Corte Constitucional brasileira, a fim de que se compreendam melhor as raízes dessa tendência de abstrativização no sistema difuso brasileiro, principalmente no que se refere à Justiça Eleitoral.

³³ MENDES, Gilmar Ferreira. *O papel do Senado Federal no controle de constitucionalidade: um caso clássico de mutação constitucional*. Revista de Informação Legislativa. Brasília, abr./jun. 2004, a. 41, n. 162, pp. 149-168. Disponível em: <www.sumarios.org/sites/default/files/pdfs/33888_4313.PDF>. Acesso em: 8 set. 2012: [...] a Constituição de 1988 modificou de forma ampla o sistema de controle de constitucionalidade, sendo inevitáveis as reinterpretações ou releituras dos institutos vinculados ao controle incidental de inconstitucionalidade, especialmente da exigência da maioria absoluta para declaração de inconstitucionalidade e da suspensão de execução da lei pelo Senado Federal. O Supremo Tribunal Federal percebeu que não poderia deixar de atribuir significado jurídico à declaração de inconstitucionalidade proferida em sede de controle incidental, ficando o órgão fracionário de outras Cortes exonerado do dever de submeter a declaração de inconstitucionalidade ao plenário ou ao órgão especial, na forma do art. 97 da Constituição. Não há dúvida deque o Tribunal, nessa hipótese, acabou por reconhecer efeito jurídico transcendente à sua decisão. Embora na fundamentação desse entendimento fale-se em quebra da presunção de constitucionalidade, é certo que, em verdade, a orientação do Supremo acabou por conferir à sua decisão algo assemelhado a um efeito vinculante, independentemente da intervenção do Senado. Esse entendimento está hoje consagrado na própria legislação processual civil (CPC, art. 481, parágrafo único, parte final, na redação da Lei nº 9756, de 17 dez. 1998). Essa é a orientação que parece presidir o entendimento que julga dispensável a aplicação do art. 97 da Constituição por parte dos Tribunais ordinários, se o Supremo já tiver declarado a inconstitucionalidade da lei, ainda que no modelo incidental. Na oportunidade, ressaltou o redator para o acórdão, Ilmar Galvão, no já mencionado RE 190.728, que o novo entendimento estava “em perfeita consonância não apenas com o princípio da economia processual, mas também com o da segurança jurídica, merecendo, por isso, todo encômio, como procedimento que vem ao encontro da tão desejada racionalização orgânica da instituição judiciária brasileira, ressaltando que se cuidava “de norma que não deve ser aplicada com rigor literal, mas, ao revés, tendo-se em mira a finalidade objetivada, o que permite a elasticidade do seu ajustamento às variações da realidade circunstancial”. E ela também demonstra que, por razões de ordem pragmática, a jurisprudência e a legislação têm consolidado fórmulas que retiram do instituto da “suspensão da execução da lei pelo Senado Federal” significado substancial ou de especial atribuição de efeitos gerais à decisão proferida no caso concreto. Como se vê, as decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal em sede de controle incidental acabam por ter eficácia que transcende o âmbito da decisão, o que indica que a própria Corte vem fazendo uma releitura do texto constante do art. 52, X, da Constituição de 1988, que, como já observado, reproduz disposição estabelecida, inicialmente, na Constituição de 1934 (art. 91, IV) e repetida nos textos de 1946 (art. 64) e de 1967/69 (art. 42, VIII). Portanto, é outro o contexto normativo que se coloca para a suspensão da execução pelo Senado Federal no âmbito da Constituição de 1988.

4.2.1. Súmulas vinculantes

As Súmulas Vinculantes são originadas da realização do exercício do controle incidental de constitucionalidade, após reiteradas decisões do Tribunal no mesmo sentido. Elas são editadas para dar máxima efetividade à jurisprudência constitucional, evitando-se, assim, a instauração de divergência hermenêutica entre os órgãos jurisdicionais e entre estes e a Administração Pública, bem como a multiplicidade de recursos sobre a mesma matéria constitucional³⁴. Em síntese, buscam atribuir maior efetividade ao princípio da segurança jurídica.

Nas discussões travadas em torno da questão, por vezes os críticos buscam aproximar a Súmula Vinculante do Instituto dos Assentos do direito português, com o fito de atacar-lhe a legitimidade, valendo-se dos mesmos argumentos críticos, intensificados com a declaração de inconstitucionalidade dos assentos portugueses³⁵. Do mesmo modo, cotejam a Súmula Vinculante em face do *stare decisis* do direito norte-americano.

Conforme já anotado, a Súmula Vinculante encontra respaldo na própria Constituição Federal. Para sua edição, exige-se a observância cumulativa de alguns requisitos, quais sejam: a existência de controvérsia atual entre órgãos judiciários ou entre estes e a Administração Pública, capaz de acarretar grave insegurança jurídica e relevante multiplicação de processos sobre questão idêntica; necessidade de haver reiteradas decisões no mesmo sentido e que estas recaiam sobre matéria constitucional, e, quórum especializado para sua aprovação (dois terços dos membros do STF)³⁶.

Alguns autores observam que os assentos correspondem à doutrina fixada em acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de Portugal, cuja finalidade é a uniformização da jurisprudência. Para sua criação, basta um único acórdão da Corte Suprema em sede de conflito jurisprudencial. Outro aspecto relevante refere-se à força obrigatória geral dos

³⁴ Cf. BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. In: VADE MECUM. Coordenação Darlan Barroso; Marco Antonio Araujo Junior. 2. ed. rev., ampl. e atual. até 19 dez. 2012. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012: Art. 103-A. O Supremo Tribunal Federal poderá, de ofício ou por provocação, mediante decisão de dois terços dos seus membros, após reiteradas decisões sobre matéria constitucional, aprovar súmula que, a partir de sua publicação na imprensa oficial, terá efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal, bem como proceder à sua revisão ou cancelamento, na forma estabelecida em lei. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004) § 1º - A súmula terá por objetivo a validade, a interpretação e a eficácia de normas determinadas, acerca das quais haja controvérsia atual entre órgãos judiciários ou entre esses e a administração pública que acarrete grave insegurança jurídica e relevante multiplicação de processos sobre questão idêntica. (Vide Lei nº 11.417, de 2006).

³⁵ Cf. LEITE, Glauco Salomão. *Súmulas vinculantes, os assentos do direito português e a doutrina do stare decisis*: os limites de uma comparação. In: GARCIA, Maria; AMORIM, José Roberto Neves (Coord.). Estudos de direito constitucional comparado. Rio de Janeiro: Elsevier, 2007, p. 423.

³⁶ Cf. BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*, op. cit.: Art. 103-A.

assentos, os quais não podem ser revistos nem mesmo pelo próprio tribunal instituidor, o Supremo Tribunal de Justiça³⁷.

Na visão de Canotilho, os assentos “eram normas materiais ‘recompostas’ através de uma decisão jurisdicional ditada pelo Supremo Tribunal de Justiça sempre que houvesse contradição de julgados sobre as mesmas questões de direito no domínio da mesma legislação”³⁸.

Acerca da matéria, Castanheira Neves ressalta que os Assentos, ao contrário dos institutos similares consagrados pelo direito comparado (“doutrina legal”, do Supremo Tribunal espanhol ou a “jurisprudência obrigatória”, da Suprema Corte mexicana) não dá relevo a uma jurisprudência constante ou uniforme, apenas impõe uma solução-norma externada num julgamento de dissenso jurisprudencial vocacionada para o futuro³⁹.

Para ele, a criação de uma norma jurídica abstrata pelo Supremo Tribunal de Justiça (assentos), a partir de um caso concreto, ultrapassa a função jurídica estrita deste e aproxima-o da função legislativa, atingindo frontalmente o princípio da separação dos poderes⁴⁰.

Nesse contexto, conclui-se que embora haja pontos convergentes, tais como abstratividade e observância geral, a Súmula Vinculante difere-se substancialmente dos assentos do direito português, especialmente porque, para edição destes, bastava a simples controvérsia jurisprudencial entre os tribunais superiores, ao passo que, para criação daquela, o dissenso deveria possuir cariz constitucional.

Outro ponto diferenciador da Súmula Vinculante refere-se à possibilidade de revisão ou mesmo cancelamento de seu enunciado, desde que provocado o Supremo Tribunal Federal por qualquer dos legitimados para tal feito⁴¹. Isso é fundamental para se evitar o

³⁷ Cf. LEITE, Glauco Salomão. *Súmulas vinculantes, os assentos do direito português e a doutrina do stare decisis*: os limites de uma comparação. In: GARCIA, Maria; AMORIM, José Roberto Neves (Coord.). *Estudos de direito constitucional comparado*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2007, p. 430.

³⁸ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003, p. 938.

³⁹ CASTANHEIRA NEVES, Antonio. *O instituto dos assentos e a função jurídica dos supremos tribunais*. Coimbra: Coimbra, 1983, p.11: O assento é “norma” (constitui-se ex-novo visando o futuro) e não “jurisprudência” (consagração de soluções que vêm do passado e persistem).

⁴⁰ *Ibidem*, p. 14: Se houvermos de reconhecer que os assentos constituem verdadeiras normas jurídicas formais a inserir como tais (como preceitos genéricos formalmente prescritos e não proclamados) no sistema do direito positivo, o mesmo é dizer como autênticas normas legislativas, termos de concluir que o “princípio da separação de poderes” é directamente atingido.

⁴¹ Cf. BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. In: VADE MECUM. Coordenação Darlan Barroso; Marco Antonio Araujo Junior. 2. ed. rev., ampl. e atual. até 19 dez. 2012. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012: Art. 103-A. [...] § 2º - Sem prejuízo do que vier a ser estabelecido em lei, a aprovação, revisão ou cancelamento de súmula poderá ser provocada por aqueles que podem propor a ação direta de inconstitucionalidade.

engessamento do direito e assegurar o dinamismo da jurisprudência constitucional do STF, permitindo-se, assim, sua adequação às exigências contemporâneas⁴².

Nesse diapasão, insta consignar ter sido a imutabilidade do enunciado prescritivo o motivo principal da declaração de inconstitucionalidade dos Assentos do direito português, característica não presente na Súmula Vinculante brasileira.

4.2.2. Repercussão geral e mutação constitucional

O instituto da repercussão geral, naturalmente, também conduz à objetivação do controle *incidenter tantum* que, na dicção do próprio Supremo Tribunal Federal, tem como finalidade delimitar sua competência, no julgamento de recursos extraordinários, às questões constitucionais com relevância social, política, econômica ou jurídica, que transcendam os interesses subjetivos da causa, assim como uniformizar a interpretação constitucional sem a necessidade de examinar os múltiplos recursos interpostos em casos idênticos⁴³.

Em outras palavras, acabou por possibilitar ao Supremo a atribuição de efeitos característicos de controle direto (vinculante e *erga omnes*) às decisões proferidas em controle incidental de constitucionalidade, o que se constitui em verdadeira alteração do Texto Constitucional.

Uma significativa corrente doutrinária, contudo, tem apresentado resistência a essa mutação constitucional proposta pelo Supremo Tribunal Federal acerca do art. 52, X, da Constituição Federal.

Alguns doutrinadores, como Lenio Streck, têm sustentado que sem a garantia da participação da sociedade no processo de mutação, como acontece nas ADI, ADC e ADPF, a soberania popular estaria sendo mitigada, bem como submetidos a risco os direitos fundamentais, que poderiam sofrer limitações sem possibilidade de defesa pelos

⁴² Cf. LEITE, Glauco Salomão. *Súmulas vinculantes, os assentos do direito português e a doutrina do stare decisis: os limites de uma comparação*. In: GARCIA, Maria; AMORIM, José Roberto Neves (Coord.). Estudos de direito constitucional comparado. Rio de Janeiro: Elsevier, 2007, p. 428.

⁴³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Repercussão Geral*. Apresentação do instituto. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=jurisprudenciaRepercussaoGeral&pagina=apresentacao>>. Acesso em: 5 set. 2012: A Emenda Constitucional nº 45/2004 incluiu a necessidade de a questão constitucional trazida nos recursos extraordinários possuir repercussão geral para que fosse analisada pelo Supremo Tribunal Federal. O instituto foi regulamentado mediante alterações no Código de Processo Civil e no Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal. As características do instituto demandam comunicação mais direta entre os órgãos do Poder Judiciário, principalmente no compartilhamento de informações sobre os temas em julgamento e feitos sobrestados e na sistematização das decisões e das ações necessárias à plena efetividade e à uniformização de procedimentos. Neste sentido, esta sistematização de informações destina-se a auxiliar na padronização de procedimentos no âmbito do Supremo Tribunal Federal e dos demais órgãos do Poder Judiciário, de forma a atender os objetivos da reforma constitucional e a garantir a racionalidade dos trabalhos e a segurança dos jurisdicionados, destinatários maiores da mudança que ora se opera.

interessados⁴⁴. Segundo Lenio Streck, a discussão sobre a inconstitucionalidade estaria adstrita apenas às partes no respectivo processo, daí a necessidade de o Senado ter a última palavra (os parlamentares eleitos pelo povo decidiriam democraticamente sobre a abstrativização da declaração de inconstitucionalidade e seus efeitos).

Luis Roberto Barroso, dentre outros tantos renomados constitucionalistas, defende essa tendência apontada pelo Supremo Tribunal Federal, asseverando que “os mortos não podem governar os vivos”, motivo pelo qual se justifica o fenômeno da mutação, que “está associada à plasticidade de que são dotadas inúmeras normas constitucionais”⁴⁵.

O Supremo Tribunal Federal, destarte, tem empregado a máxima efetividade às suas decisões como forma de garantir a aplicação apropriada das normas constitucionais, harmonizando e empregando a solução mais adequada para as questões de grande importância para os jurisdicionados, apropriando-se da última palavra em matéria de interpretação constitucional.

⁴⁴ STRECK, Lenio Luiz. *A nova perspectiva do Supremo Tribunal Federal sobre o controle difuso: mutação constitucional e limites da legitimidade da jurisdição constitucional*. Disponível em: <<http://www.leniostreck.com.br>>. Acesso em: 9 set. 2012: Assim, se para alguns, num primeiro momento, teria sido possível afirmar que a ADC seria um “instrumento da governabilidade” – e não da democracia – tal não é mais: após a Emenda Constitucional nº 45/2004, a unificação do rol de ativamente legitimados, em favor de representantes da sociedade civil e de órgãos do Estado para ADI, ADC e ADPF, mostra com clareza que a tarefa do controle concentrado da constitucionalidade é uma missão para todos, e não somente para órgãos estatais. Esta diferenciação possui outros desdobramentos possíveis no quadro do sistema constitucional. Se o controle concentrado é exercido pelo Supremo Tribunal, por outro lado poderá existir, neste controle, a participação da sociedade civil. A decisão do Supremo Tribunal estará, então, legitimada não somente porque emanou da corte que possui em última instância a complexa responsabilidade da guarda da Constituição. Principalmente, a decisão estatal estará legitimada por ser o resultado de um processo jurisdicional em que a sociedade poderá vir a ter participação. Mas o modelo de participação democrática no controle difuso também se dá, de forma indireta, *pela atribuição constitucional deixada ao Senado Federal*. Excluir a competência do Senado Federal – ou conferir-lhe apenas um caráter de tornar público o entendimento do Supremo Tribunal Federal – significa reduzir as atribuições do Senado Federal à de uma secretaria de divulgação intra-legislativa das decisões do Supremo Tribunal Federal; *significa, por fim, retirar do processo de controle difuso qualquer possibilidade de chancela dos representantes do povo deste referido processo*, o que não parece ser sequer sugerido pela Constituição da República de 1988. Como se não bastasse reduzir a competência do Senado Federal à de um órgão de imprensa, há também uma consequência grave para o sistema de direitos e de garantias fundamentais. Dito de outro modo, atribuir eficácia *erga omnes* e efeito vinculante às decisões do STF em sede de controle difuso de constitucionalidade *é ferir os princípios constitucionais do devido processo legal, da ampla defesa e do contraditório* (art. 5º, LIV e LV, da Constituição da República), pois assim se pretende atingir aqueles que não tiveram garantido o seu direito constitucional de participação nos processos de tomada da decisão que os afetará.

⁴⁵ BARROSO, Luis Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, pp. 145-161: Encontra-se superada, de longa data, a crença de que os dispositivos normativos contêm, no seu relato abstrato, a solução preestabelecida e unívoca para os problemas que se destinam a resolver. Reconhece-se nos dias atuais, sem maior controvérsia, que tanto a visão do intérprete como a realidade subjacente são decisivas no processo interpretativo. Tais circunstâncias são potencializadas pela presença, no relato das normas constitucionais, de cláusulas gerais e enunciados de princípio cujo conteúdo precisará ser integrado no momento de aplicação do Direito. Conceitos como ordem pública, dignidade da pessoa humana ou igualdade poderão sofrer variação ao longo do tempo e produzir consequências jurídicas diversas. A mutação constitucional em razão de uma nova percepção do Direito ocorrerá quando se alterarem os valores de determinada sociedade. A ideia do bem, do justo, do ético varia com o tempo.

A Corte Constitucional brasileira em alguns casos tem procurado, desse modo, revogar texto originário da própria Constituição. É o que se chama de “interpretação abrogante”. Uma interpretação que revoga a norma. Por vias transversas, o Supremo estaria admitindo a inconstitucionalidade de norma constitucional originária⁴⁶.

O precedentismo, nesse contexto, materializado nas súmulas vinculantes e impeditivas de recurso não difere substancialmente do *stare decisis* do *judicial review* americano, que no dizer de Cappelletti, embora a inconstitucionalidade da lei permaneça *on the books*, resulta em uma *dead Law*⁴⁷.

Há críticas no sentido de que o nosso senso comum, baseado num sistema positivista lógico-dedutivo, afastaria o sistema difuso brasileiro do sistema americano, cujos precedentes obedecem a um fundamento discursivo.

O certo é que tanto a súmula vinculante quanto a repercussão geral demonstram claramente essa rota de aproximação entre ambos os sistemas de controle de constitucionalidade, com indiscutível tendência de abstrativização do controle difuso, de modo a produzir efeitos similares aos previstos para o controle concentrado.

⁴⁶ BACHOF, Otto. *Normas constitucionais inconstitucionais?* Tradução Manuel M. Cardoso da Costa. Coimbra: Almedina, 1994, p. 54: Põe-se, além disso, a questão de saber se também uma norma originariamente contida no documento constitucional (e emitida eficazmente, sob o ponto de vista formal), uma norma criada, portanto, não por força da limitada faculdade de revisão do poder constituído, mas da ampla competência do poder constituinte, pode ser materialmente inconstitucional. Esta questão pode parecer, a primeira vista, paradoxal, pois na verdade, uma lei constitucional não pode, manifestamente, violar-se a si mesma. Contudo, poderia suceder que uma norma constitucional, de significado secundário, nomeadamente uma norma só formalmente constitucional, fosse de encontro a um preceito material fundamental da Constituição: o facto é que por constitucionalistas tão ilustres como KRÜGER e GIESE foi defendida a opinião de que, no caso de semelhante contradição, a norma constitucional de grau inferior seria inconstitucional e inválida.

⁴⁷ CAPPELLETTI, Mauro. *O controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado*. Tradução Aroldo Plínio Gonçalves. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1999, p. 81.

5. O CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE EM MATÉRIA ELEITORAL

5.1. Estrutura e composição da Justiça Eleitoral brasileira

A Justiça Eleitoral brasileira foi instituída pelo Código Eleitoral de 1932 para assumir as atribuições pertinentes ao direito político-eleitoral, tendo inaugurado no Brasil, segundo o magistério do Professor José Afonso da Silva, o “contencioso jurisdicional eleitoral”, pondo fim ao “sistema” político de aferição de poderes, até então exercido pelo Legislativo⁴⁸.

A Constituição Federal de 1988 remeteu sua organização e competência à legislação complementar, mas explicitou sua espinha dorsal (arts. 118-121), ao estabelecer que são órgãos da Justiça Eleitoral: o Tribunal Superior Eleitoral (TSE) – que ocupa o ápice da pirâmide –; um Tribunal Regional Eleitoral (TRE) em cada unidade da federação; e na base do sistema os Juízes e Juntas Eleitorais, com sede de jurisdição em zonas eleitorais (divisão judiciária da Justiça Eleitoral nos Estados, coincidente com as sedes de comarcas, podendo abranger vários municípios e até mesmo mais de uma comarca, ou mesmo corresponder a parte de um município nas áreas de maior densidade populacional)⁴⁹.

⁴⁸ SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 32. ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 581.

⁴⁹ BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. In: VADE MECUM. Coordenação Darlan Barroso; Marco Antonio Araujo Junior. 2. ed. rev., ampl. e atual. até 19 dez. 2012. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012: Art. 118. São órgãos da Justiça Eleitoral: I - o Tribunal Superior Eleitoral; II - os Tribunais Regionais Eleitorais; III - os Juízes Eleitorais; IV - as Juntas Eleitorais. Art. 119. O Tribunal Superior Eleitoral compor-se-á, no mínimo, de sete membros, escolhidos: I - mediante eleição, pelo voto secreto: a) três juízes dentre os Ministros do Supremo Tribunal Federal; b) dois juízes dentre os Ministros do Superior Tribunal de Justiça; II - por nomeação do Presidente da República, dois juízes dentre seis advogados de notável saber jurídico e idoneidade moral, indicados pelo Supremo Tribunal Federal. Parágrafo único. O Tribunal Superior Eleitoral elegerá seu Presidente e o Vice-Presidente dentre os Ministros do Supremo Tribunal Federal, e o Corregedor Eleitoral dentre os Ministros do Superior Tribunal de Justiça. Art. 120. Haverá um Tribunal Regional Eleitoral na Capital de cada Estado e no Distrito Federal. § 1º - Os Tribunais Regionais Eleitorais compor-se-ão: I - mediante eleição, pelo voto secreto: a) de dois juízes dentre os desembargadores do Tribunal de Justiça; b) de dois juízes, dentre juízes de direito, escolhidos pelo Tribunal de Justiça; II - de um juiz do Tribunal Regional Federal com sede na Capital do Estado ou no Distrito Federal, ou, não havendo, de juiz federal, escolhido, em qualquer caso, pelo Tribunal Regional Federal respectivo; III - por nomeação, pelo Presidente da República, de dois juízes dentre seis advogados de notável saber jurídico e idoneidade moral, indicados pelo Tribunal de Justiça. § 2º - O Tribunal Regional Eleitoral elegerá seu Presidente e o Vice-Presidente dentre os desembargadores. Art. 121. Lei complementar disporá sobre a organização e competência dos tribunais, dos juízes de direito e das juntas eleitorais. § 1º - Os membros dos tribunais, os juízes de direito e os integrantes das juntas eleitorais, no exercício de suas funções, e no que lhes for aplicável, gozarão de plenas garantias e serão inamovíveis. § 2º - Os juízes dos tribunais eleitorais, salvo motivo justificado, servirão por dois anos, no mínimo, e nunca por mais de dois biênios consecutivos, sendo os substitutos escolhidos na mesma

Integram o Tribunal Superior Eleitoral - órgão de cúpula da Justiça Eleitoral -, no mínimo sete membros, dentre estes, três Ministros do Supremo Tribunal Federal (STF) e dois do Superior Tribunal de Justiça (STJ), escolhidos mediante eleição, pelo voto secreto, e dois advogados de notável saber jurídico e idoneidade moral, indicados pelo STF e nomeados pelo Presidente da República.

As Cortes Regionais devem contar com uma sede na Capital de cada Estado da federação e no Distrito Federal, sendo compostas, mediante eleição, pelo voto secreto, de dois desembargadores e dois juízes de direito, escolhidos pelo Tribunal de Justiça (TJ) local, um juiz federal selecionado pelo Tribunal Regional Federal (TRF) respectivo, e dois advogados de notável saber jurídico e idoneidade moral, indicados pelo TJ e nomeados pelo Presidente da República.

Na lição de Fávila Ribeiro, os juízes eleitorais funcionam como órgão judiciário singular em primeira instância, sendo titulares de zonas eleitorais. Ao passo que as Juntas Eleitorais consistem em órgãos colegiados de primeiro grau presididos por juízes eleitorais, sendo constituídos sessenta dias antes do pleito para exercício de função deliberativa⁵⁰.

Conforme se infere, essa forma de organização dada à Justiça Eleitoral pela Constituição Federal de 1988 não lhe conferiu estrutura organizacional dotada de cargos vitalícios para seus juízes, que, em primeiro grau, são oriundos da Magistratura estadual e acumulam a função eleitoral. A situação é a mesma nos Tribunais Eleitorais, onde seus membros nunca servem por mais de dois biênios. Disso decorre o fato de a Justiça Eleitoral não ser dotada de quadro próprio de magistrados, com as prerrogativas necessárias ao exercício dessa importante jurisdição: inamovibilidade, irredutibilidade de vencimentos e vitaliciedade.

Todavia, apesar da pesada carga da jurisdição estadual, considerando-se a celeridade exigida ao processo eleitoral, à vista da curta periodicidade das eleições, e a relevância da preclusão em face da exiguidade dos prazos processuais a serem cumpridos, a legislação estabelece prioridade na tramitação dos feitos eleitorais perante o Ministério Público e todos os órgãos do Poder Judiciário.

ocasião e pelo mesmo processo, em número igual para cada categoria. § 3º - São irrecorríveis as decisões do Tribunal Superior Eleitoral, salvo as que contrariarem esta Constituição e as denegatórias de "habeas-corpus" ou mandado de segurança. § 4º - Das decisões dos Tribunais Regionais Eleitorais somente caberá recurso quando: I - forem proferidas contra disposição expressa desta Constituição ou de lei; II - ocorrer divergência na interpretação de lei entre dois ou mais tribunais eleitorais; III - versarem sobre inelegibilidade ou expedição de diplomas nas eleições federais ou estaduais; IV - anularem diplomas ou decretarem a perda de mandatos eletivos federais ou estaduais; V - denegarem "habeas-corpus", mandado de segurança, "habeas-data" ou mandado de injunção.

⁵⁰ RIBEIRO, Fávila. *Direito eleitoral*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000, pp. 176-177.

5.2. O controle difuso no processo eleitoral

A justiça eleitoral exerce o controle de constitucionalidade difuso, assim como os demais juízes e tribunais, haja vista o modelo de controle concentrado em face da Constituição Federal ser matéria de exclusiva competência do Supremo Tribunal Federal.

A previsão do controle difuso também está disposta no art. 29 do Regimento Interno do Tribunal Superior Eleitoral, disciplinador do procedimento de declaração de invalidade de lei ou ato contrário à Constituição⁵¹, em harmonia com o art. 281 do Código Eleitoral, que prevê, contra tais decisões, recurso ao Supremo Tribunal Federal⁵².

Tal contexto não admite discussões de constitucionalidade de lei em tese, limitando-se o questionamento às hipóteses concretas em que o litigante formule a arguição em defesa do direito postulado.

Entretanto, a questão preocupante e suscetível de perplexidades em matéria de controle de constitucionalidade pela Justiça Eleitoral, e mais precisamente no âmbito do Supremo Tribunal Federal, é que a soberania popular e a própria democracia estão sempre em risco no processo eleitoral, momento crucial das eleições, o qual tem início com os registros de candidaturas e termina com a diplomação dos eleitos. E nesse período, a fase mais crítica se estende por apenas três meses, pois a votação ocorre noventa dias após os registros dos candidatos.

A grande maioria dos casos de exame de constitucionalidade aflora no juízo originário após a publicação das instruções do Tribunal Superior Eleitoral sobre as eleições e, principalmente, no momento dos julgamentos dos registros de candidaturas, bem como nos recursos aviados pelos partidos políticos ou interessados, nos quais os prequestionamentos em matéria constitucional buscam, geralmente, dar sobrevida ao processo, até eventual julgamento pelo Supremo Tribunal Federal, tendo em conta o efeito suspensivo do recurso

⁵¹ BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. *Regimento Interno*. Disponível a partir de: <<http://www.tse.jus.br>>. Acesso em: 12 mar. 2012: Art. 29. O Tribunal, ao conhecer de qualquer feito, se verificar que é imprescindível decidir-se sobre a validade, ou não, de lei ou ato em face da Constituição, suspenderá a decisão para deliberar, na sessão seguinte, preliminarmente, sobre a argüida invalidade. Parágrafo único. Na sessão seguinte será a questionada invalidade submetida a julgamento, como preliminar, e, em seguida, consoante a solução adotada, decidir-se-á o caso concreto que haja dado lugar àquela questão.

⁵² BRASIL. Legislação. *Lei nº 4.737*, de 15 jul. 1965 (Código Eleitoral). In: VADE MECUM. Coordenação Darlan Barroso; Marco Antonio Araujo Junior. 2. ed. rev., ampl. e atual. até 19 dez. 2012. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012: Art. 281. São irrecorríveis as decisões do Tribunal Superior, salvo as que declararem a invalidade de lei ou ato contrário à Constituição Federal e as denegatórias de "habeas corpus" ou mandado de segurança, das quais caberá recurso ordinário para o Supremo Tribunal Federal, interposto no prazo de 3 (três) dias.

relativo ao indeferimento de registro de candidatura (vide art. 16-A da Lei nº 9.504/97, bem como “teoria da conta e risco” e “teoria dos votos engavetados”)⁵³.

Como as decisões do Tribunal Superior Eleitoral estão sujeitas ao duplo grau de jurisdição em matéria constitucional, desde que preenchidos os pressupostos de admissibilidade recursal e, nos casos de recurso extraordinário, evidenciada a repercussão geral, cabe ao Supremo Tribunal Federal, nesse apertadíssimo prazo, exercer o controle constitucional para a possível democracia acontecer sem gravames inconstitucionais aos direitos fundamentais dos cidadãos, dos partidos políticos e dos candidatos⁵⁴.

O grande desafio, contudo, é encontrar mecanismos que levem ao Supremo Tribunal Federal, em menor tempo, o conhecimento da matéria de cunho constitucional, em respeito aos princípios da democracia, da soberania popular, da celeridade (razoável duração do processo) e do duplo grau de jurisdição, pois não é razoável decidir sobre validade de registros de candidatura, propaganda eleitoral, votação e outros direitos fundamentais exercitáveis apenas durante o pleito, após a data das eleições ou da diplomação, notadamente quando essa decisão vem a cassar votos e mandatos.

Além disso, o processo eleitoral deve primar pela isonomia, e tudo que for inconstitucional em relação a uma das partes ou interessados deve ter repercussão para todos, sob pena de desequilibrar a disputa, ferindo a igualdade de chance que deve preponderar no pleito.

⁵³ Cf. CERQUEIRA, Thales Tácito; CERQUEIRA, Camila Albuquerque. *Direito eleitoral esquematizado*. Coordenação Pedro Lenza. São Paulo: Saraiva, 2010, pp. 301, 219-220: Sobre o efeito suspensivo (Lei Complementar nº 64/1990, em seu art. 15, bem como o Código Eleitoral, no art. 257, e Lei nº 12.034/2009, no art. 16-A), denominado no jargão eleitoral de “teoria da conta e risco” e “teoria dos votos engavetados”: A Lei nº 12.034/2009, em seu art. 16-A, cria a possibilidade de um candidato concorrer, mesmo que seu registro esteja *sub judice*, ou seja, sem decisão final favorável do TSE. Ele poderá fazer a campanha normalmente enquanto estiver nessa condição, inclusive no rádio e na TV. Trata-se da adoção da teoria da conta e risco, aplicada pelo TSE em várias eleições, ou seja, efeito suspensivo do indeferimento de registro (art. 15 da LC nº 64/90). Assim, caso a decisão não tenha sido apreciada pelo TSE, em sede de Embargos de Declaração em RESpe, até a eleição, seu nome também deverá figurar na urna eletrônica. Todavia, os votos recebidos por ele só serão válidos se o pedido de registro for aceito definitivamente pelo TSE, o que se denominou de “teoria dos votos engavetados” (após a eleição, o efeito do recurso não será mais suspensivo, e os votos são nulos, para todos os efeitos, enquanto o TSE não decidir o tema - art. 257 do CE). [...] Até decisão do STF, em eventual recurso extraordinário eleitoral que tenha prequestionamento e repercussão geral, este candidato “zerado” aguardaria do lado de fora do mandato. Assim, apesar da Resolução nº 23.218/2010, em seu art. 147, não mencionar, como faziam as resoluções pretéritas, as teorias da “conta e risco” e dos “votos engavetados” de forma coesa, e sim “nebulosa”, evidente que aplica-se a Lei nº 12.034/2009, que inovou com o art. 16-A da Lei n. 9.504/97, dando tratamento especial e afastando o art. 175, § 4º, do CE pelo critério da especialidade, na antinomia das leis (antinomia aparente de primeiro grau, porquanto é lei especial após lei considerada geral), ou seja, lei especial (Lei n. 12.034/2009) derroga lei geral (Código Eleitoral) somente naquilo que é especial.

⁵⁴ Cf. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Súmula nº 728*. Disponível a partir de: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 13 mar. 2012: É de três dias o prazo para a interposição de recurso extraordinário contra decisão do Tribunal Superior Eleitoral, contado, quando for o caso, a partir da publicação do acórdão, na própria sessão de julgamento, nos termos do art. 12 da Lei nº 6.055/74, que não foi revogado pela Lei nº 8.950/94.

O caminho longo e tortuoso para a aplicação dessa garantia a todos na via do controle difuso não termina no Supremo Tribunal Federal, pois cabe ao Senado a decisão final de suspender ou não a executoriedade da lei inconstitucional, nos termos do art. 52, X⁵⁵, caso não venha a ser editada súmula vinculante, nos termos do art. 103-A da Constituição Federal, retirando-lhe a última palavra⁵⁶.

Aliás, não é demais anotar que o sistema de súmula vinculante pouca utilidade teria no direito eleitoral, pois sua natureza exige reiterada jurisprudência no mesmo sentido, o que dificilmente ocorreria no curto espaço de tempo do processo eleitoral, em que o julgamento na sua inteireza, do primeiro ao último grau de jurisdição, geralmente ultrapassa seu limite temporal e não serve em boa parte das vezes para as eleições seguintes.

5.3. Modulação ou novos mecanismos?

O campo de estudos nessa área não tem sido revolido com maior profundidade, pois não existem proposições de novos institutos jurídicos que venham a prevenir ou, em última hipótese, socorrer essas situações de crise.

Recentemente, o Ministro Gilmar Mendes escreveu e divulgou na internet um artigo jurídico em que propõe a modulação dos efeitos de eventual viragem da jurisprudência eleitoral no ano em que se realizarem eleições, para as decisões emanadas do Tribunal Superior Eleitoral proferidas nesse interregno não terem aplicabilidade imediata ao caso concreto, mas somente eficácia sobre outros casos no pleito posterior, isso com vistas a resguardar a segurança jurídica (princípio da confiança), o caráter normativo das decisões do

⁵⁵ BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. In: VADE MECUM. Coordenação Darlan Barroso; Marco Antonio Araujo Junior. 2. ed. rev., ampl. e atual. até 19 dez. 2012. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012: Art. 52. Compete privativamente ao Senado Federal: [...] X - suspender a execução, no todo ou em parte, de lei declarada inconstitucional por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal.

⁵⁶ BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*, *ibidem*: Art. 103-A. O Supremo Tribunal Federal poderá, de ofício ou por provocação, mediante decisão de dois terços dos seus membros, após reiteradas decisões sobre matéria constitucional, aprovar súmula que, a partir de sua publicação na imprensa oficial, terá efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal, bem como proceder à sua revisão ou cancelamento, na forma estabelecida em lei. § 1º - A súmula terá por objetivo a validade, a interpretação e a eficácia de normas determinadas, acerca das quais haja controvérsia atual entre órgãos judiciários ou entre esses e a administração pública que acarrete grave insegurança jurídica e relevante multiplicação de processos sobre questão idêntica. § 2º - Sem prejuízo do que vier a ser estabelecido em lei, a aprovação, revisão ou cancelamento de súmula poderá ser provocada por aqueles que podem propor a ação direta de inconstitucionalidade. § 3º - Do ato administrativo ou decisão judicial que contrariar a súmula aplicável ou que indevidamente a aplicar, caberá reclamação ao Supremo Tribunal Federal que, julgando-a procedente, anulará o ato administrativo ou cassará a decisão judicial reclamada, e determinará que outra seja proferida com ou sem a aplicação da súmula, conforme o caso.

Tribunal Superior Eleitoral, a anterioridade da lei eleitoral, além da garantia constitucional do devido processo legal eleitoral, da igualdade de chance das minorias⁵⁷.

Os casos trazidos à lume pelo eminente constitucionalista não incluíram, todavia, a viragem jurisprudencial do próprio Supremo Tribunal Federal por ocasião do julgamento dos recursos extraordinários envolvendo a Lei Complementar nº 135/2010 (Lei da Ficha Limpa), nos quais ampliou-se o conceito de processo eleitoral para negar aplicação da mencionada lei no ano de 2010, em respeito ao princípio da anualidade eleitoral⁵⁸.

Ali não se tratava de viragem jurisprudencial do Tribunal Superior Eleitoral, que havia barrado os “fichas sujas” (candidatos ímprobos), mas de uma tentativa de reinterpretação da sua própria jurisprudência. Anote-se que o Tribunal Superior Eleitoral tinha posição firmada sobre a matéria e não se aventurou nessa tarefa.

O caso trazido à baila revela algo mais preocupante: agora é o próprio Tribunal Superior Eleitoral que está se propondo a rever seu entendimento sobre inelegibilidades e condições de elegibilidade em ano eleitoral.

⁵⁷ MENDES, Gilmar Ferreira. *Segurança jurídica e mudança na jurisprudência eleitoral*. Consultor Jurídico. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2012-ago-18/observatorio-constitucional-seguranca-juridica-jurisprudencia-eleitoral>>. Acesso em: 4 set. 2012: [...] Em casos como este, em que se altera jurisprudência longamente adotada, parece sensato considerar seriamente a necessidade de se modular os efeitos da decisão, com base em razões de segurança jurídica. [...] “o Supremo Tribunal Federal, guardião-mor da Constituição Republicana, pode e deve, em prol da segurança jurídica, atribuir eficácia prospectiva às suas decisões, com a delimitação precisa dos respectivos efeitos, toda vez que proceder a revisões de jurisprudência definidora de competência *ex ratione materiae*. O escopo é preservar os jurisdicionados de alterações jurisprudenciais que ocorram sem mudança formal do *Magno Texto*”. [...] as mudanças radicais na interpretação da Constituição devem ser acompanhadas da devida e cuidadosa reflexão sobre suas consequências, tendo em vista o postulado da segurança jurídica. Não só a Corte Constitucional, mas também o Tribunal que exerce o papel de órgão de cúpula da Justiça Eleitoral, devem adotar tais cautelas por ocasião das chamadas “viragens jurisprudenciais” na interpretação dos preceitos constitucionais que dizem respeito aos direitos políticos e ao processo eleitoral. Aqui não se pode deixar de considerar o peculiar *caráter normativo* dos atos judiciais emanados do Tribunal Superior Eleitoral, que regem todo o processo eleitoral. Mudanças na jurisprudência eleitoral, portanto, têm efeitos normativos diretos sobre os pleitos eleitorais, com sérias repercussões sobre os direitos fundamentais dos cidadãos (eleitores e candidatos) e partidos políticos. No âmbito eleitoral, portanto, a segurança jurídica assume a sua face de *princípio da confiança* para proteger a estabilização das expectativas de todos aqueles que de alguma forma participam dos prélios eleitorais. A importância fundamental do princípio da segurança jurídica para o regular transcurso dos processos eleitorais está plasmada no princípio da *anterioridade eleitoral* positivado no artigo 16 da Constituição. Essa norma constitucional afirma que qualquer modificação normativa que altere o processo eleitoral poderá entrar em vigor na data de sua publicação, mas não poderá ser aplicada à eleição que ocorra até um ano da data de sua vigência. O Supremo Tribunal Federal fixou a interpretação desse artigo 16, entendendo-o como uma garantia constitucional (1) do *devido processo legal eleitoral*, (2) da *igualdade de chances* e (3) das *minorias* (RE 633.703). Em razão do caráter especialmente peculiar dos atos judiciais emanados do Tribunal Superior Eleitoral, os quais regem normativamente todo o processo eleitoral, é razoável concluir que a Constituição também alberga uma norma, ainda que *implícita*, que traduz o postulado da segurança jurídica como princípio da anterioridade ou anualidade em relação à alteração da jurisprudência do TSE. O Supremo Tribunal Federal concluiu que as decisões do Tribunal Superior Eleitoral que, no curso do pleito eleitoral (ou logo após o seu encerramento), impliquem mudança de jurisprudência (e dessa forma repercutam sobre a segurança jurídica), não têm aplicabilidade imediata ao caso concreto e somente terão eficácia sobre outros casos no pleito eleitoral posterior. [...] (grifos do autor)

⁵⁸ BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*, op. cit.: Art. 16. 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.

Argumenta Gilmar Mendes que as decisões do Tribunal Superior Eleitoral têm caráter normativo e, por isso, deveriam obedecer ao princípio da anualidade eleitoral.

Encontrar a solução adequada para o problema é tarefa assaz tormentosa, principalmente em virtude dos últimos episódios de viragem jurisprudencial ocorridos no Supremo, transmitidos ao vivo pela TV Justiça.

Gilmar Mendes tem razão no que se refere ao efeito normativo das decisões do Tribunal Superior Eleitoral, pois devem valer para todos os casos, sob pena de ferirem o princípio da igualdade de chance.

A suspensão dos efeitos da decisão, *data venia*, é que não parece ser a mais adequada, pois a ilegalidade ou inconstitucionalidade ficará evidenciada, maculando moralmente o processo eleitoral.

O mais adequado seria implantar nova cultura normativa sobre as eleições, exigindo-se que tanto as leis quanto as instruções normativas (resoluções do Tribunal Superior Eleitoral), que alterem ou não o processo eleitoral, obedeçam ao princípio da anualidade eleitoral, e sejam publicadas no ano anterior ao das eleições, providência que evitaria uma série de procedimentos judiciais relativos a registros de candidaturas e propaganda eleitoral (a atual cultura permite ao Tribunal Superior Eleitoral publicá-la até o mês de março do ano em que se realizarem as eleições, nos termos do art. 105 da Lei nº 9.504/97).

A partir do momento em que o Tribunal Superior Eleitoral definir que publicará as instruções normativas até 31 de dezembro do ano anterior ao do pleito, um novo paradigma influenciará a Justiça Eleitoral e trará maior segurança jurídica ao pleito.

Evidentemente, isso não evitará que surjam problemas em relação à interpretação das instruções, daí a necessidade de serem o mais abrangentes possível, para se evitarem pontos cegos e dificuldades de subsunção aos seus dispositivos.

Tais providências facilitariam um controle de constitucionalidade mais célere e eficaz no curso do processo eleitoral, pois sempre há possibilidade de surgirem questões de natureza constitucional que não devem permanecer no limbo.

A democracia não pode ficar à espera dos efeitos de uma decisão modulada para o futuro próximo, ciente de que há uma inconstitucionalidade temporariamente encoberta.

Talvez uma solução para esse impasse, em que a questão estivesse vinculada à interpretação constitucional, fosse a adoção de um instituto similar à advocatória⁵⁹, tão somente

⁵⁹ SANTOS, J. M. de Carvalho. *Repertório enciclopédico do direito brasileiro*. Rio de Janeiro: Borsoi, 1947, vol. V, p. 267: Consoante os ensinamentos de Carvalho Santos, avocar é o ato pelo qual “o juiz faz vir ao seu juízo causa que se processa em outro juízo, por se julgar competente para julgá-la.”

em matéria eleitoral, tendo em vista uma fiscalização menos demorada, compatível com o princípio da celeridade.

Inserida no ordenamento jurídico brasileiro, por meio da Emenda Constitucional nº 7, de 13 de abril de 1977⁶⁰, (também conhecida por incidente de inconstitucionalidade), a advocatória possibilitava ao Supremo Tribunal Federal, a partir de requerimento prévio do Procurador-Geral da República, o chamamento de qualquer feito à sua jurisdição, desde que, dada a relevância temática, se verificassem presentes hipóteses de iminente “perigo de grave lesão à ordem, à saúde, à segurança ou às finanças públicas, para que se suspendam os efeitos de decisão proferida e para que o conhecimento integral da lide lhe seja devolvido”⁶¹.

Há de se ressaltar que esse instituto também foi disciplinado no âmbito interno da Suprema Corte brasileira (arts. 252 a 258 do Regimento Interno do STF). Buscou-se, através dele, racionalizar o trâmite das demandas de “grande relevância e repercussão” ao deixar a cargo da mais alta Corte de Justiça do país, o Supremo Tribunal Federal, a decisão definitiva da controvérsia constitucional, por meio de julgamento único, coerente e consistente, sem as instabilidades de uma demorada tramitação recursal.

Alguns juristas criticam a advocatória, apontando quebra do pacto federativo e do princípio do juiz natural. No entanto, tratando-se de matéria eleitoral, essencialmente afeta à jurisdição federal, não se evidenciaria a quebra do pacto federativo, pois não se trata da justiça dos Estados sujeita à organização judiciária própria.

No que se refere à violação ao princípio do juiz natural, poderia ser mitigada pela prolação da decisão pelo juízo de origem e posterior comunicado do seu teor ao Supremo Tribunal Federal para verificação da relevância constitucional da matéria e possível repercussão geral.

O mecanismo, feitas algumas adaptações, mesclando-o com outros institutos como o reenvio, o exame da relevância constitucional e o da repercussão geral, de modo a retirar seu perfil autoritário e garantir o fluxo em ambos os sentidos (avocar e remeter), poderia ser uma solução para situações dessa natureza.

⁶⁰ BRASIL. Constituição (1967). *Emenda Constitucional nº 7*, de 13 abr 1977. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc_anterior1988/emc07-77.htm#art1>. Acesso em: 4 out. 2012: Inseriu o instituto da advocatória no direito brasileiro ao acrescentar, ao artigo 119, I, da Constituição Federal de 1967 (EC nº 1/1969), a alínea “o”.

⁶¹ Cf. BRASIL. Constituição (1967). *Emenda Constitucional nº 1*, de 17 out. 1969. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc_anterior1988/emc01-69.htm>. Acesso em: 4 out. 2012: Art. 119. Compete ao Supremo Tribunal Federal: I - processar e julgar originariamente; [...] o) as causas processadas perante quaisquer juízos ou Tribunais, cuja avocação deferir a pedido do Procurador-Geral da República, quando decorrer imediato perigo de grave lesão à ordem, à saúde, à segurança ou às finanças públicas, para que se suspendam os efeitos de decisão proferida e para que o conhecimento integral da lide lhe seja devolvido.

Já o instituto do reenvio prejudicial⁶² (art. 177 do Tratado CEE)⁶³ é um mecanismo previsto na União Europeia, pelo qual os tribunais dos países-membros remetem ao conhecimento do Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias questões atinentes à invalidade ou aplicação de regras comunitárias, pois não seria razoável entregar a um tribunal de país, integrante do bloco, matéria de interesse de toda a comunidade.

No Brasil, não se tem notícia de dispositivo similar ao reenvio prejudicial.

A arguição de relevância, por sua vez, não é instituto estranho ao direito luso-brasileiro.

Acerca da matéria Canotilho destaca que:

[...] De um lado, questão relevante é aquela crucial para a solução da lide, que sem prévia resolução do problema da inconstitucionalidade, obsta o proferimento de decisão. Do outro, a questão relevante também se acha presente quando a aplicação da norma cuja constitucionalidade é posta em causa parece ser necessária ao magistrado *a quo*, ou ainda, no caso deste verificar a possibilidade de incidência dessa norma ao feito submetido a julgamento, mas afasta a sua aplicação por ser inconstitucional.

A arguição de relevância teve lugar no direito brasileiro como uma espécie de filtro dos recursos extraordinários, *a priori* incabíveis, aviados perante o Supremo Tribunal Federal. Possibilitava o conhecimento de matéria atinente a recurso especial no âmbito do recurso

⁶² Cf. CONFERÊNCIA DA JUSTIÇA CONSTITUCIONAL DA IBERO-AMÉRICA, 4., 2005, Sevilha. *Modelos de justiça constitucional*. Catarina Sarmento e Castro. Relatório do Tribunal Constitucional Português. Disponível em:

<<http://www.cijc.org/conferencias/Sevilla2005/Documents/RELATORIOCONFERENCIASEVILHA.pdf>>.

Acesso em: 9 set. 2012: Também devem ser referidas algumas questões a propósito da relação entre a jurisdição constitucional portuguesa e o Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias, pois em virtude das suas competências este poderá pronunciar-se sobre normas protectoras de direitos fundamentais, tanto mais que a Carta dos Direitos Fundamentais assim o potencia. Este Tribunal tem-se considerado exclusivamente competente para conhecer da aplicação do direito comunitário, cabendo-lhe decidir acerca da invalidade e interpretação das regras comunitárias, o que pode significar que os tribunais em geral, incluindo o Tribunal Constitucional português, terão de recorrer ao mecanismo do reenvio prejudicial sempre que pretendam ver declarada a nulidade ou desaplicada uma regra comunitária. De todo o modo, deve ter-se em conta que o Tribunal Constitucional, como todos os tribunais nacionais, estaria vinculado à interpretação ou juízo de validade que o Tribunal de Justiça das Comunidades faça do direito comunitário. O Tribunal Constitucional português, nos Acórdãos nº 184/89 e nº 163/90, admitiu a possibilidade de recurso a este mecanismo. E no Acórdão nº 621/98 chegou mesmo a considerar que, envolvendo a recepção do direito comunitário a recepção de mecanismos institucionais que visam garantir a sua aplicação do direito comunitário, ou seja uma instância jurisdicional comunitária vocacionada para sua tutela, seria incongruente que se fizesse intervir para o mesmo efeito, no plano nacional, uma outra instância do mesmo ou semelhante tipo, no caso, o Tribunal Constitucional.

⁶³ MARGARIDO, Renata Chambel. *O pedido de decisão prejudicial e o princípio da cooperação jurisdicional*. FDNUL nº 8. Lisboa, 1999. Disponível em: <http://www.estig.ipbeja.pt/~ac_direito/Chambel.pdf>. Acesso em: 4 out. 2012. [...] Enquanto mecanismo de estreitamento das relações entre os órgãos jurisdicionais o Tribunal, através do reenvio prejudicial do art. 177 do Tratado CEE pronuncia-se a pedido das jurisdições nacionais, espelho da estrutura descentralizada da Comunidade, que são obrigadas ou não a submeter-lhe questões. O reenvio, em sede de interpretação, tem como função essencial a garantia da uniformidade da interpretação e aplicação do Direito Comunitário constituindo ainda um meio de promover esta uniformidade. Quanto ao reenvio em vista da apreciação da validade, surge como garante do respeito da legalidade na ordem jurídica comunitária, assumindo uma função paralela à do recurso de anulação do art. 173.

extraordinário⁶⁴. Contudo, a inadequada definição legal (art. 96 do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal) levou o juízo de admissibilidade a um alto grau de subjetividade, impossibilitando aos recorrentes o conhecimento das razões de eventual rejeição do recurso. Na repercussão geral, a relevância está adstrita à controvérsia de matéria exclusivamente constitucional (art. 93, IX, da Constituição Federal).

Pois bem, os institutos jurídicos anteriormente mencionados, nos moldes do que já ocorre com o sistema da súmula vinculante, poderiam ser de utilidade na elaboração de novo mecanismo de controle de constitucionalidade na Justiça Eleitoral, pelo qual o juiz ou tribunal regional, verificando previamente a relevância da matéria constitucional, prolataria sua decisão de controle de constitucionalidade e comunicaria ao Presidente do Supremo Tribunal Federal seu inteiro teor, fazendo acompanhar ao comunicado as peças necessárias ao exame da questão. Constatada a relevância e a possibilidade de repercussão geral, o Presidente do Supremo Tribunal Federal determinaria a autuação e subsequente vistas ao Procurador Geral da República para parecer, em prazo exíguo (5 a 10 dias), distribuindo-se posteriormente a um relator, que em igual prazo levaria o feito em mesa para julgamento.

Decisões conflitantes sobre matéria constitucional em juízos e tribunais regionais eleitorais diversos, de igual forma autorizariam o Presidente do Supremo Tribunal Federal, de ofício ou por provocação do Procurador Geral da República, de partidos políticos ou de outros entes interessados, avocar a matéria constitucional valendo-se de procedimento similar, todavia, nesse caso, mediante requisição de peças e informações ao juízo de origem.

No que tange à suscitada relevância da temática constitucional, tem-se que seus critérios seriam semelhantes aos utilizados na delimitação da repercussão geral do recurso extraordinário.

Haveria, dessa forma, uma abstrativização do julgamento e consequente estabilização do controle incidental de constitucionalidade, prestigiando-se, igualmente, o princípio da segurança jurídica.

De acordo com esse entendimento, o magistrado continuaria apto a realizar o controle de constitucionalidade *incidenter tantum*, bem como para julgar, com independência e de acordo com suas convicções, o mérito da ação.

Acredita-se que tal medida traria maior segurança e solidez às decisões judiciais e, consequentemente, atenderia, igualmente, a proteção da segurança jurídica e confiabilidade dos jurisdicionados, no que tange aos julgados.

⁶⁴ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003, pp. 986-987.

Nesse contexto, convém destacar que não se defende um controle de constitucionalidade restrito à cúpula do Poder Judiciário (STF), nem ao menos a ingerência desta nas esferas de competências dos juízes hierarquicamente inferiores. Do contrário, o que se pretende desenvolver, a partir de experimentos históricos, é uma engenharia constitucional-processual capaz de estabilizar o controle difuso de constitucionalidade em sede de matéria eleitoral.

Isso impediria a ocorrência de instabilidades no sistema misto de controle de constitucionalidade em matéria eminentemente eleitoral, adotado pela Constituinte de 1988, tal como recentemente revelada por ocasião do advento da Lei Complementar nº 135/2010.

5.4. A viragem jurisprudencial da Ficha Limpa

Os julgamentos envolvendo a Lei da Ficha Limpa (Lei Complementar nº135/2010), no âmbito do Tribunal Superior Eleitoral e do Supremo Tribunal Federal, servem como exemplo de situações inusitadas no exercício do controle difuso de constitucionalidade.

Respondendo a consulta do Partido da Social Democracia Brasileira, o Tribunal Superior Eleitoral decidiu pela validade da Lei da Ficha Limpa para o pleito de 2010.

Reiterou esse entendimento no controle de constitucionalidade exercitado em diversos recursos especiais que aportaram naquela Corte. A questão pacificou-se no âmbito do Tribunal Superior Eleitoral, todavia, em face da envergadura constitucional da matéria, a questão foi parar no Supremo Tribunal Federal. Dentre os julgamentos de maior destaque, citam-se os Recursos Extraordinários nºs 630.147/DF, 631.102/PA e 633.703/MG, interpostos por Joaquim Roriz, Jader Barbalho e Leonídio Correa Bouças, respectivamente.

O Supremo Tribunal Federal, sem a integralidade de seus Membros, decidiu, nos casos Joaquim Roriz e Jader Barbalho, pela aplicação da Lei da Ficha Limpa em 2010.

O caso Roriz terminou empatado e teve seu julgamento suspenso. Roriz renunciou, mas no caso Barbalho o Presidente, por decisão do Plenário, exercitou, dentro da previsão regimental, um voto de qualidade para desempate, ou seja, votou duas vezes.

A questão fulcral do julgamento da Lei da Ficha Limpa, em sede de controle difuso no âmbito da Suprema Corte, girou em torno do alcance e significado da expressão “processo eleitoral”, inserta no artigo 16 da Constituição Federal (princípio da anualidade eleitoral).

Para entender melhor a questão, hão de se revisitar os precedentes históricos do Supremo Tribunal Federal acerca da questão.

No julgamento da ADI nº 354, o STF manifestou-se no sentido de que a expressão “processo eleitoral”, contida no art. 16 da Constituição, deveria ser interpretada restritivamente, uma vez que se referia tão somente às normas eleitorais de caráter instrumental ou processual e não àquelas que dizem respeito ao direito eleitoral material ou substantivo⁶⁵.

Anos depois, a matéria retornou ao plenário da mais alta Corte de Justiça do país – o STF –, por meio da ADI nº 3.345, cuja relatoria coube ao Ministro Celso de Mello. Na oportunidade, o Supremo Tribunal não apenas reforçou a vinculação teleológica do art. 16 da Constituição Federal⁶⁶, como também sedimentou a definição do elemento objetivo “processo eleitoral” para fins de incidência do princípio da anualidade eleitoral. Assim, restou ajustado que “processo eleitoral” refere-se ao lapso temporal cujo início se dá na fase das convenções partidárias para a escolha dos candidatos, sendo medeado com a campanha eleitoral e a realização da eleição propriamente dita, e finalizado com a diplomação dos eleitos⁶⁷.

Ademais, nem mesmo a questão das inelegibilidades, sob o prisma da anualidade (art. 16 da CF), era novidade na Suprema Corte. É que caso semelhante fora decidido pela Corte Suprema quando da apreciação do RE nº 129.392/DF, no qual se questionava a incidência imediata da LC nº 64/90 (Lei das Inelegibilidades).

Na ocasião, prevaleceu o entendimento divergente externado pelo Ministro Paulo Brossard, o de que não incidia na hipótese a regra estampada no art. 16 da Constituição

⁶⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 354*. Rel. Min. Octávio Gallotti. Plenário, decisão por maioria. DJ de 22 jun. 2001. Disponível a partir de: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 13 set. 2012: Essa tese vencedora foi defendida pelos Ministros Paulo Brossard, Moreira Alves, Néri da Silveira, os quais defenderam a necessidade de distinguir direito processual eleitoral de direito eleitoral material para então se extrair o significado e alcance da expressão “processo eleitoral” prevista no art. 16 da Constituição Federal.

⁶⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3.345*. Rel. Min. Celso de Mello. Plenário, decisão por maioria. DJE de 20 ago. 2010. Disponível a partir de: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 13 set. 2012: [...] Foi enunciado pelo Constituinte com o declarado propósito de impedir a deformação do processo eleitoral mediante alterações casuisticamente nele introduzidas, aptas a romperem a igualdade de participação dos que nele atuem como protagonistas principais: as agremiações partidárias, de um lado, e os próprios candidatos, de outro.

⁶⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal, *loc. cit.*: O processo eleitoral, que constitui sucessão ordenada de atos e estágios causalmente vinculados entre si, supõe, em função dos objetivos que lhe são inerentes, a sua integral submissão a uma disciplina jurídica que, ao discriminar os momentos que o compõem, indica as fases em que ele se desenvolve: (a) fase pré-eleitoral, que, iniciando-se com a realização das convenções partidárias e a escolha de candidaturas, estende-se até a propaganda eleitoral respectiva; (b) fase eleitoral propriamente dita, que compreende o início, a realização e o encerramento da votação e (c) fase pós-eleitoral, que principia com a apuração e contagem de votos e termina com a diplomação dos candidatos eleitos, bem assim dos seus respectivos suplentes. Magistério da doutrina (José Afonso da Silva e Antonio Tito Costa).

Federal, tendo em vista que “um artigo da Constituição não pode ser aplicado para negar aplicabilidade a outros artigos da própria Constituição.”⁶⁸

Sem destoar dos precedentes supracitados, no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3.741⁶⁹ – que tinha como objeto a Lei nº 11.300/2006, recém-aprovada para reger o pleito que ocorreria naquele ano –, mais uma vez o STF, após analisar a questão, conclui que o disposto no artigo 16 da Carta Política apenas tem incidência vinculada à sua finalidade ética de garantir a igualdade de participação das agremiações partidárias e candidatos no processo eleitoral, evitar deformação legislativa, com vista à proteção da normalidade das eleições e de impedir alterações legislativas provocadas por interesses casuísticos.

Por ocasião do julgamento dos recursos extraordinários nºs 630.147/DF e 631.102/PA, metade dos Ministros do STF – que na época se encontrava desfalcado com a aposentadoria do Ministro Eros Grau – decidiu por manter coerência com a remansosa jurisprudência do Pretório Excelso sobre a controvérsia aviada nos citados apelos. A outra metade, no entanto, já sinalizava para o rompimento e “virada” no entendimento outrora pacificado na Corte Suprema.

No caso Roriz (RE nº 630.147/DF), a desistência do recurso interposto fez persistir a dúvida quanto à aplicabilidade da Lei da Ficha Limpa às Eleições Gerais de 2010. Já no caso Jader Barbalho (RE nº 631.102/PA), como forma de solucionar o impasse gerado pelo empate no julgamento, o Supremo Tribunal aplicou, por analogia, o art. 205, parágrafo único, inciso II, do Regimento Interno e, por conseguinte, manteve a decisão do TSE que assegurava a aplicabilidade da Lei Complementar nº135/2010 às Eleições 2010.

Todavia, a resposta definitiva para a questão ainda estava por vir. Assim, somente em 2011, com a indicação de um novo ministro para ocupar a vaga deixada por Eros Grau, a Corte Constitucional ficou completa, cabendo então ao ministro recém-empossado, Luiz Fux, proferir voto decisivo no julgamento do Recurso Extraordinário nº 633.703, de relatoria do Ministro Gilmar Mendes.

A partir desse julgamento – que deu novo contorno quanto ao significado e alcance da fase pré-eleitoral a fim de justificar a incidência do princípio constitucional da anualidade eleitoral sobre a Lei Complementar nº 135/2010 – o STF passou a entender que “fase pré-

⁶⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário nº 129.392*. Rel. Min. Sepúlveda Pertence. Plenário, decisão por maioria. DJ de 16 abr. 1993. Disponível a partir de: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 5 set. 2012.

⁶⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3.741*, Rel. Min. Ricardo Lewandowski. Plenário, decisão unânime. DJ de 23 fev. 2007. Disponível a partir de: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 13 set. 2012.

eleitoral” tem início exatamente um ano antes da data marcada para as eleições, não coincidindo com o limite temporal de realização das convenções partidárias, *in verbis*⁷⁰:

[...] Essa fase não pode ser delimitada temporalmente entre os dias 10 e 30 de junho, no qual ocorrem as convenções partidárias, pois o processo político de escolha de candidaturas é muito mais complexo e tem início com a própria filiação partidária do candidato, em outubro do ano anterior. A fase pré-eleitoral de que trata a jurisprudência desta Corte não coincide com as datas de realização das convenções partidárias. Ela começa muito antes, com a própria filiação partidária e a fixação de domicílio eleitoral dos candidatos, assim como o registro dos partidos no Tribunal Superior Eleitoral. A competição eleitoral se inicia exatamente um ano antes da data das eleições e, nesse interregno, o art. 16 da Constituição exige que qualquer modificação nas regras do jogo não terá eficácia imediata para o pleito em curso [...].

Foram beneficiados pela repercussão geral, via julgamento monocrático de recursos extraordinários, os Senadores Cássio Cunha Lima (Min. Joaquim Barbosa, maio/2011) e João Capiberibe (Min. Luiz Fux, agosto/2011), ambos enquadrados anteriormente, pelo TSE, na vedação da Lei da Ficha Limpa.

Com base na mesma tese, o caso Barbalho voltou a julgamento em dezembro de 2011, via embargos declaratórios, culminando na liberação de sua candidatura e na determinação de posse como Senador, graças ao voto de qualidade do Presidente, apesar do empate na votação.⁷¹

A interpretação que vinha sendo edificada pelo Supremo Tribunal Federal ao longo da última década (STF, ADIs nºs 3.685, 3.686, 3.741, 3.742 e 3.743) e que inesperadamente foi modificada em apertado *quorum* era a de que leis que ampliavam causas de inelegibilidade ou

⁷⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário nº 633.703*. Rel. Min. Gilmar Mendes. Plenário, decisão por maioria. DJE de 18 nov. 2011. Disponível a partir de: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 11 out. 2012.

⁷¹ CF. GOMES, José Jairo. *Direito eleitoral*. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2011, pp. 210-213: Inicialmente, a matéria foi enfrentada no RE nº 630.147 /DF, sendo debatida nas sessões plenárias de 22 e 23-9-2010. Como a Corte Suprema contasse com apenas 10 de seus 11 ministros (em razão da então recente aposentadoria do Ministro Eros Grau), houve empate na votação: cinco ministros votaram pela incidência do artigo 16 da CF e, pois, pela afirmação do princípio da anualidade, e cinco votaram pela imediata aplicação da LC nº 135/2010. Diante do insuperável impasse, foi suspensa a proclamação do resultado do julgamento até que a vaga fosse provida e o novo Ministro desempatesse o julgamento. Ocorre que o candidato-recorrente renunciou à sua candidatura ao cargo de Governador do Distrito Federal, o que levou à extinção do processo e consequentemente, à prorrogação do problema. Dada a urgência da solução da questão para o normal desenvolvimento do processo eleitoral, causou perplexidade a posição do Supremo Tribunal Federal, que sofreu acerbos críticas de todos os setores da sociedade pela sua indecisão. Essa matéria voltou a ser enfrentada pelo Pleno do Supremo no RE nº 631.102/PA, julgado em 27 de outubro de 2010, a três dias do 2º turno das eleições. Apesar de o anterior empate ter persistido, a maioria dos Membros da Corte Suprema decidiu "aplicar, por analogia, o inciso II do parágrafo único do artigo 205 do Regimento Interno, e manter a decisão recorrida". Por esse dispositivo, em caso de empate, deve ser mantido o ato contestado. Assim, prevaleceu a decisão do TSE que negara o pedido de registro ao cargo de Senador formulado pelo recorrente. A solução definitiva da *vexata quaestio* somente surgiu no julgamento do RE nº 633.703/MG, na sessão plenária de 24-3-2011, ocasião em que a Corte Suprema estava completa com seus 11 ministros. Por seis votos a cinco, foi o recurso provido, deferindo-se o registro de candidatura pleiteado pelo recorrente, e assentando-se que a LC nº 135/2010 não poderia ter sido aplicada nas eleições de 2010 (como afirmara o TSE) por força do princípio da anualidade previsto no artigo 16 da CF.

estabeleciam novas condições de elegibilidade não alteravam o processo eleitoral, mesmo em sua concepção maximizada⁷².

Donde se conclui que o Supremo feriu todas as regras essenciais ao *over ruling*, pois inexistiam situações de *distinguishing* ou de *restritive distinguishing* que autorizasse a *ratio decidendi* adotada naquela constrangedora situação, colocando em risco a credibilidade do sistema de controle difuso no âmbito do direito eleitoral.

⁷² Cf. BRASIL. Supremo Tribunal Federal, *Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3.741*, Rel. Min. Ricardo Lewandowski. Plenário, decisão unânime. DJ de 23 fev. 2007. Disponível a partir de: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 13 set. 2012: Ementa: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. LEI 11.300/2006 (MINI-REFORMA ELEITORAL). ALEGADA OFENSA AO PRINCÍPIO DA ANTERIORIDADE DA LEI ELEITORAL (CF, ART. 16). INOCORRÊNCIA. MERO APERFEIÇOAMENTO DOS PROCEDIMENTOS ELEITORAIS. INEXISTÊNCIA DE ALTERAÇÃO DO PROCESSO ELEITORAL. PROIBIÇÃO DE DIVULGAÇÃO DE PESQUISAS ELEITORAIS QUINZE DIAS ANTES DO PLEITO. INCONSTITUCIONALIDADE. GARANTIA DA LIBERDADE DE EXPRESSÃO E DO DIREITO À INFORMAÇÃO LIVRE E PLURAL NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO. PROCEDÊNCIA PARCIAL DA AÇÃO DIRETA. I - Inocorrência de rompimento da igualdade de participação dos partidos políticos e dos respectivos candidatos no processo eleitoral. II - Legislação que não introduz deformação de modo a afetar a normalidade das eleições. III - Dispositivos que não constituem fator de perturbação do pleito. IV - Inexistência de alteração motivada por propósito casuístico. V - Inaplicabilidade do postulado da anterioridade da lei eleitoral. VI - Direto à informação livre e plural como valor indissociável da idéia de democracia. VII - Ação direta julgada parcialmente procedente para declarar a inconstitucionalidade do art. 35-A da Lei introduzido pela Lei 11.300/2006 na Lei 9.504/1997.

6. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Há uma crise moral na política brasileira que tem levado a uma judicialização da política e, conseqüentemente, a uma politização da justiça, resultando, algumas das vezes, num ativismo incontido dos órgãos judiciais.

Essa crise brota do sistema partidário, afeta a legitimidade da representação e reflete no Parlamento, que é moroso para legislar. E, nesses vinte e quatro anos, desde a promulgação da Constituição Federal de 1988, nem sequer conseguiu esgotar sua missão de, pelo menos, editar a legislação complementar, deixando para o juiz constitucional o imenso trabalho de fazer o controle de constitucionalidade das leis recepcionadas pela nova Constituição, muitas das quais obsoletas, anacrônicas e até mesmo alçadas a patamar de leis reforçadas, complementares à Constituição, sem que ostentassem originariamente essa condição.

A omissão dos partidos políticos, mesmo diante da pressão das massas, tem exposto à nação a amplitude da crise partidária e parlamentar, cedendo espaço para o exercício direto da soberania popular, como no caso da iniciativa do projeto de lei que resultou na Lei Complementar nº 135/2010 (Lei da Ficha Limpa – que instituiu novas inelegibilidades e condições de elegibilidade na Lei Complementar nº 64/90, que dispõe, dentre outras matérias, sobre as inelegibilidades).

A falta de políticas públicas bem definidas e eficazes, colocando em risco os princípios basilares da administração pública, insculpidos no art. 37 da Constituição Federal, tem possibilitado aos juízes, em suas decisões, a concreção de direitos fundamentais assegurados na Constituição pela interpretação, proporcionando controle mais amplo dos atos administrativos e possibilidade de intervenção nas políticas públicas atribuídas ao Executivo. Em matéria eleitoral, uma postura ativista contida dos juízes e tribunais eleitorais tem dado maior concreção aos princípios da democracia e da soberania popular, utilizando-se dos próprios avanços legislativos alcançados por meio da indignação e pressão das massas.

Entretanto, no exercício dessas atribuições, em alguns casos, a Corte Constitucional tem demonstrado a fragilidade do sistema de controle e a existência de crises ou incertezas trazidas por essa nova ótica de interpretação, expondo sua própria instabilidade institucional e transmitindo insegurança jurídica aos cidadãos, julgando na contramão das vertentes éticas

que brotam das ruas, que têm sensibilizado mais a Justiça Eleitoral do que o Supremo Tribunal Federal.

Situação que chega a limites preocupantes quando essa fragilidade, agravada pela morosidade e por indecisões ou decisões contraditórias, fica evidenciada na via do controle incidental, em pleno processo eleitoral, mormente em relação a uma lei que brotou da iniciativa popular, do clamor público, do anseio dos cidadãos brasileiros, perplexos ante o alto índice de corrupção que afeta o poder público no Brasil.

A gravidade se torna maior quando se discutem temas dessa magnitude posteriormente às eleições, em razão da morosidade do processo, permitindo-se em diversos casos que o eleitor, acreditando na estabilidade das decisões da Justiça Eleitoral, vote em candidatos que integram a lista de elegíveis e que mais tarde, após o resultado do pleito, venham a ter registro indeferido ou o diploma cassado.

O que se viu no episódio de controle difuso de constitucionalidade da Lei da Ficha Limpa foi um Supremo Tribunal Federal incompleto e indeciso, decidindo contraditoriamente em curto espaço de tempo, contrariando importantes precedentes edificados sobre as mesmas bases de princípios e valores, expondo uma crise judicial do sistema de controle difuso de constitucionalidade e de seus métodos interpretativos.

O Supremo Tribunal Federal de 2010, que proferiu os primeiros julgamentos da Lei da Ficha Limpa, efetivamente não é o mesmo Supremo que tem proclamado em brados ativistas uma missão contramajoritária de proteger a sociedade contra ela mesma ou de dizer o que é a Constituição.

Desde os primeiros momentos do controle de constitucionalidade da Lei Complementar nº 135/2010, deveria ter considerado seus precedentes, notadamente no que se refere à interpretação da Lei nº 11.300/2006, os quais já haviam definido a amplitude do processo eleitoral e o entendimento de que causas de inelegibilidade ou condições de inelegibilidade não alteram as regras das eleições, tampouco ferem a igualdade de chance entre os partidos políticos.

Além disso, a demora na tomada de decisões, em desatenção ao princípio da celeridade, contribuiu para que a situação se agravasse.

Enquanto não se implantar uma nova cultura normativa sobre as eleições, exigindo-se que tanto as leis quanto as instruções normativas que alterem ou não o processo eleitoral obedeçam ao princípio da anualidade, a jurisdição eleitoral continuará sujeita a instabilidades, mormente quando a matéria envolver a interpretação da Constituição.

A jurisdição eleitoral tem preferência no período eleitoral e essa regra deve valer, também, para a jurisdição constitucional eleitoral, inclusive para o Supremo Tribunal Federal, tanto na via do recurso extraordinário (controle incidental), aplicando-se o instituto da repercussão geral, bem como na via direta. Todavia, o sistema misto de controle de constitucionalidade na jurisdição eleitoral tem se mostrado ineficiente, em razão da demora no exame dos casos concretos pelo Supremo Tribunal Federal, no sistema difuso, e omissão ou demora dos partidos políticos e outros entes legitimados no ajuizamento de ações que proporcionem o controle concentrado.

Diante disso, o controle de constitucionalidade, por meio do sistema difuso, na Justiça Eleitoral, deveria contar com instituto processual que possibilitasse ao Supremo Tribunal Federal conhecer da matéria constitucional com celeridade, em caráter preferencial, por um sistema híbrido de reenvio e advocatória (incidente de inconstitucionalidade), em que o juiz ou o tribunal decidisse o caso concreto e, verificando a relevância da matéria constitucional e a possibilidade de sua repercussão geral, comunicasse ao Presidente do Supremo Tribunal Federal o teor da decisão para análise da possibilidade do controle abstrato, excluindo-se, nesse caso, a hipótese de incidência do art. 52, X, tendo em vista o disposto no art. 102, § 2º, ambos os dois da Constituição Federal, bem como evitando-se o sistema de súmula vinculante, não recomendável à dinâmica do processo político e da legislação eleitoral.

Eventuais divergências dos juízes e tribunais no exercício do controle de constitucionalidade sobre a mesma matéria, de igual forma, poderiam ser imediatamente avocadas ou conhecidas pelo Supremo Tribunal Federal, de ofício ou mediante representação daqueles legitimados para oficiar nos feitos inerentes ao processo eleitoral, conforme procedimento próprio de controle de constitucionalidade anteriormente delineado.

A abstrativização do controle difuso, destarte, é a melhor solução para o controle de constitucionalidade no processo eleitoral, que exige celeridade nas decisões. Todavia, deve ser realizado com acurada técnica e segurança, respeitando-se os precedentes da Corte e sem perder de vista as decisões reiteradas do Tribunal Superior Eleitoral, construídos ao longo de décadas, sob pena de causar instabilidade ao sistema jurídico e à democracia.

REFERÊNCIAS

BACHOF, Otto. *Normas constitucionais inconstitucionais?* Tradução Manuel M. Cardoso da Costa. Coimbra: Almedina, 1994.

BARROS, Sérgio Resende. *Função do Senado no controle de constitucionalidade*. Disponível em: <<http://www.srbarros.com.br/pt/funcao-do-senado-no-controle-de-constitucionalidade.cont>>. Acesso em: 10 mar. 2012.

BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Tradução Carlos Nelson Coutinho. Apresentação Celso Lafer. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

BOCKENFORD, Ernest. *Estudios sobre el estado de derecho y la democracia*. Tradução Rafael de Agapito Serrano. Madrid: Editorial Trotta, 2000.

BRASIL. Constituição (1967). *Emenda Constitucional nº 1*, de 17 de outubro de 1969. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc_anterior1988/emc01-69.htm>. Acesso em: 4 out. 2012.

BRASIL. Constituição (1967). *Emenda Constitucional nº 7*, de 13 de abril de 1977. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc_anterior1988/emc07-77.htm#art1>. Acesso em: 4 out. 2012.

BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. In: VADE MECUM. Coordenação Darlan Barroso; Marco Antonio Araujo Junior. 2. ed. rev. ampl. atual. até 19 dez. 2012. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

BRASIL. Legislação. *Lei nº 4.737*, de 15 de julho de 1965 (Código Eleitoral). In: VADE MECUM. Coordenação Darlan Barroso; Marco Antonio Araujo Junior. 2. ed. rev. ampl. atual. até 19 dez. 2012. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 354*. Rel. Min. Octávio Gallotti. Plenário, decisão por maioria. DJ 22 jun. 2001. Disponível a partir de: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 13 set. 2012.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3.345*. Rel. Min. Celso de Mello. Plenário, decisão por maioria. DJE 20 ago. 2010. Disponível a partir de: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em 13 set. 2012.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3.741*. Rel. Min. Ricardo Lewandowski. Plenário, decisão unânime. DJ 23 fev. 2007. Disponível a partir de: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 13 set. 2012.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Questão de Ordem no Recurso Extraordinário nº 556.664*. Rel. Min. Gilmar Mendes. Plenário, decisão unânime. Brasília, 20 set. 2007. Informativo n. 481.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário nº 129.392*. Rel. Min. Sepúlveda Pertence. Plenário, decisão por maioria. DJ 16 abr. 1993. Disponível a partir de: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 5 set. 2012.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário nº 633.703*. Rel. Min. Gilmar Mendes. Plenário, decisão por maioria. DJE 18 nov. 2011. Disponível a partir de: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 11 out. 2012.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Repercussão Geral*. Apresentação do instituto. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=jurisprudenciaRepercussaoGeral&pagina=apresentacao>>. Acesso em: 5 set. 2012.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Súmula nº 728*. Disponível a partir de: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 13 mar. 2012.

BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. *Regimento Interno*. Disponível a partir de: <<http://www.tse.jus.br>>. Acesso em: 12 mar. 2012.

BULOS, Uadi Lammêgo. *Direito constitucional ao alcance de todos*. 3. ed. rev. atual. de acordo com a EC nº 66, de 13 jul. 2010. São Paulo: Saraiva, 2011.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.

CAPPELLETTI, Mauro. *O controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado*. Tradução Aroldo Plínio Gonçalves. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1999.

CASTANHEIRA NEVES, Antonio. *O instituto dos assentos e a função jurídica dos supremos tribunais*. Coimbra: Coimbra, 1983.

CERQUEIRA, Thales Tácito; CERQUEIRA, Camila Albuquerque. *Direito eleitoral esquematizado*. Coordenação Pedro Lenza. São Paulo: Saraiva, 2010.

GOMES, José Jairo. *Direito eleitoral*. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2011.

GRIMM, Dieter. *Jurisdição constitucional e democracia*. Revista de Direito do Estado 4:3, 2006. Disponível a partir de: <<http://www.prpa.mpf.gov.br/setorial/biblioteca/periodicos/revista-de-direito-do-estado-sumarios>>. Acesso em: 24 mar. 2012.

HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica constitucional. A sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e "procedimental" da Constituição*.

Tradução Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1997, reimpressão 2002.

HAMILTON, Alexander. *Federalist* 78. Disponível em: http://en.wikipedia.org/wiki/Federalist_No._78. Acesso em: 5 out. 2012.

KELSEN, Hans. *A democracia*. Tradução Ivone Castilho Benedetti *et al.* 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

_____. *Jurisdição constitucional*. Tradução Alexandre Krug; Eduardo Brandão; Maria Ermantina Galvão. Revisão Sérgio Sérulo da Cunha. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

LEITE, Glauco Salomão. *Súmulas vinculantes, os assentos do direito português e a doutrina do stare decisis: os limites de uma comparação*. In: GARCIA, Maria; AMORIM, José Roberto Neves (Coord.). *Estudos de direito constitucional comparado*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2007.

LORENZETTO, Bruno Meneses. *O debate entre Kelsen e Schmitt sobre o guardião da constituição*. In: CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI, 18., 2009, São Paulo, p. 1924-1944. Disponível a partir de: <<http://www.publicadireito.com.br>>. Acesso em: 23 mar. 2012.

MARGARIDO, Renata Chambel. *O pedido de decisão prejudicial e o princípio da cooperação jurisdicional*. FDNUL nº 8. Lisboa, 1999. Disponível em: <http://www.estig.ipbeja.pt/~ac_direito/Chambel.pdf>. Acesso em: 4 out. 2012.

MATHIAS, Carlos Fernando. *Notas para uma história do judiciário no Brasil*. Brasília: Fundação Alexandre de Gusmão, 2009. Disponível a partir de: <www.funag.gov.br>. Acesso em: 12 mar. 2012.

MENDES, Gilmar Ferreira. *O papel do Senado Federal no controle de constitucionalidade: um caso clássico de mutação constitucional*. Revista de Informação Legislativa. Brasília, abr./jun. 2004, a. 41, n. 162. Disponível em: <www.sumarios.org/sites/default/files/pdfs/33888_4313.PDF>. Acesso em: 8 set. 2012.

_____. *Segurança jurídica e mudança na jurisprudência eleitoral*. Consultor Jurídico. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2012-ago-18/observatorio-constitucional-seguranca-juridica-jurisprudencia-eleitoral>>. Acesso em: 4 set. 2012.

MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional*. 20 ed. São Paulo: Atlas, 2006.

MÜLLER, Friedrich. *Quem é o povo? A questão fundamental da democracia*. Tradução Peter Naumann. Revisão Paulo Bonavides. 3. ed. São Paulo: Max Limonad, 2003.

PORTUGAL. CONFERÊNCIA DA JUSTIÇA CONSTITUCIONAL DA IBERO-AMÉRICA, 4., 2005, Sevilha. *Modelos de justiça constitucional*. Catarina Sarmento e Castro. Relatório do Tribunal Constitucional Português. Disponível em: <<http://www.cijc.org/conferencias/Sevilla2005/Documents/RELATORIOCONFERENCIASEVILHA.pdf>>. Acesso em: 9 set. 2012.

RIBEIRO, Fávila. *Direito eleitoral*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

SANTOS, J. M. de Carvalho. *Repertório enciclopédico do direito brasileiro*. Rio de Janeiro: Borsoi, 1947, v. 5.

SILVA, Alfredo Canellas Guilherme. *Controle de constitucionalidade dialógico e a democracia deliberativa*. Jusnavigandi, 2010. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/14450/control-de-constitucionalidade-dialogico-e-a-democracia-deliberativa>>. Acesso em: 8 set. 2012.

SILVA, Enio Moraes da. *Considerações e propostas acerca do sistema brasileiro de controle de constitucionalidade*. In: CASTARDO, Hamilton Fernando; CANAVEZZI, Gustavo Escher Dias; NIARADI, George Augusto (Coord.). *Lições de Direito Constitucional em homenagem ao Prof. Dr. Sérgio Resende de Barros*. Campinas: Millenium, 2007.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 25. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

_____. *Curso de direito constitucional positivo*. 32. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

STRECK, Lenio Luiz. *A nova perspectiva do Supremo Tribunal Federal sobre o controle difuso: mutação constitucional e limites da legitimidade da jurisdição constitucional*. Disponível em: <<http://www.leniostreck.com.br>>. Acesso em: 9 set. 2012.