

JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL E PATERNALISMO: REFLEXÕES SOBRE A LEI DA FICHA LIMPA

CONSTITUTIONAL JURISDICTION AND PATERNALISM: REFLECTIONS ON THE "FICHA LIMPA" LAW

Clèmerson Merlin Clève¹

Bruno Meneses Lorenzetto²

SUMÁRIO: 1 Política e judicialização; 2 Considerações sobre as decisões do STF; 3 As razões da democracia; 4 Caminhando para a conclusão: exigência constitucional, Lei de ficha limpa e paternalismo libertário.

RESUMO

O presente artigo procura criticar os fundamentos que levaram à criação da "Lei da Ficha Limpa" no Brasil, passa pela problematização da tensão entre a política e o Direito, analisa a decisão do STF sobre o caso e sua deferência em relação ao legislativo no que tange à produção legislativa, apresenta também diferentes modelos de democracia, observando as demandas advindas das vontades populares e, por fim, propõe como alternativa ao paternalismo forte da referida Lei, o paternalismo libertário de Sunstein e Thaler.

PALAVRAS-CHAVE: Direito. Democracia. Paternalismo. Jurisdição Constitucional.

ABSTRACT

The present article criticizes the justifications that led to the creation of the "Ficha Limpa" law in Brazil, it problematizes the tension between the Law and politics, analyses the Brazilian Supreme Court decision about the case and it's deference in relation to the Legislative branch in matters of legislative production, it also presents different models of democracy, observing the

¹ Professor Titular da UFPr. e da UniBrasil. Professor Convidado do Programa de Doutorado em Derechos Humanos y Desarrollo de la Universidad Pablo de Olavid, Sevilha/Espanha. Vice-Presidente da ABCD – Associação Brasileira dos Constitucionalistas Democratas.

² Mestre em Direito. Doutorando pela UFPr. Professor da PUC/Pr. Pesquisador do escritório Clèmerson Merlin Clève e Advogados Associados. Email: bruno_lorenzetto@yahoo.com.br

CLÈVE, Clèmerson Merlin. LORENZETTO, Bruno Meneses. Jurisdição constitucional e paternalismo: reflexões sobre a *Lei da ficha limpa*. Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.9, n.1, 1º quadrimestre de 2014. Disponível em: www.univali.br/direitoepolitica - ISSN 1980-7791.

demands based on the popular will and, in the end, it proposes as an alternative to the strong paternalism of that law the libertarian paternalism of Sunstein and Thaler.

KEY WORDS: Law, Democracy, Paternalism, Constitutional jurisdiction.

*Mas o que há
é o sofrimento
de ver o rio, o rio
o rio, o rio
(pobre de mim)
E nunca o mar.*
(Hilda Hilst. Baladas)

1. POLÍTICA E JUDICIALIZAÇÃO

O fenômeno contemporâneo conhecido como judicialização da política autorizou a ressurgência de uma discussão sobre a postura que o Supremo Tribunal Federal, no exercício da jurisdição constitucional, deve adotar no seu processo decisório.

Com os recentes julgamentos envolvendo temas controvertidos, como os casos sobre união estável de pessoas do mesmo sexo, a possibilidade de aborto de fetos anencefálicos, a realização de pesquisas com células-tronco embrionárias, a questão das cotas sociais e raciais em universidades públicas, dentre outros, não se pode negar que a Suprema Corte brasileira passou a deliberar sobre questões sensíveis que ensejam considerável apelo popular e midiático.

O mesmo pode ser dito em relação à decisão da Colenda Corte quanto à Lei Complementar n. 135/2010 – fruto da reunião da ADC n. 29, da ADC n. 30, bem como da ADI n. 4578, julgadas em conjunto em 16.02.2012 – conhecida como “Lei da Ficha Limpa” que, possivelmente, foi um dos temas levados à Corte Constitucional que mais despertou debates nos meios de comunicação e, por incidir sobre uma lei decorrente de iniciativa popular – meio de deflagração do processo legislativo utilizado em raras oportunidades –, não é possível desconsiderar o forte anseio de significativa parte da população pela realização,

através da referida medida legislativa, de um “choque de moralidade” nas instâncias representativas da nação.

Constituiria, a decisão sobre a Lei da Ficha Limpa, um caso de ativismo judicial ou, em sentido oposto, a Corte estaria limitando seus próprios poderes para assumir uma postura de deferência em relação à liberdade de conformação do legislador?

Ora, o ativismo judicial se caracteriza por uma atuação jurisdicional forte, invasiva de domínios decisórios em geral pertencentes a outras esferas de poder, manifestando-se mais facilmente nos casos de omissão e de vazios de poder, mas não apenas neles. Reconhecida como postura proativa, não pode ser associada a uma específica perspectiva ideológica.

No Brasil há uma falsa percepção de que o ativismo é uma prática própria das esquerdas – o que se justifica, em certo sentido, pelo fato de o ativismo ter sido utilizado em solo pátrio, muitas vezes, como ferramenta de combate ao regime ditatorial militar iniciado em 1964³. Em verdade, as primeiras manifestações da prática do ativismo judicial, ocorridas nos E.U.A., foram no sentido de restringir direitos, como observado na “*Era Lochner*”, com o caso “*Lochner vs. New York*” de 1905,⁴ um período no qual a Suprema Corte, aderindo a um liberalismo econômico ortodoxo, fulminou leis garantidoras de direitos sociais. Tratava-se, no caso, de uma postura politicamente conservadora, aniquiladora das tentativas de regulação do mercado e de introdução de direitos trabalhistas.

A mudança de direção do ativismo judicial veio a ocorrer com a chamada *Corte de Warren*, que procurou, em sentido inverso, expandir direitos civis, liberdades políticas e o poder jurisdicional. Caso emblemático julgado na Suprema Corte

³ Sobre o tema das diferentes formas de recepção de teorias jurídicas estrangeiras na América Latina ver: LÓPEZ MEDINA, Diego Eduardo. **Teoría Impura del Derecho**: la transformación de la cultura jurídica latino-americana. Bogotá: Legis, 2012.

⁴ “A este periodo se le ha llamado a menudo ‘la época de Lochner’, tras la decisión adoptada en el caso *Lochner vs. New York*, que se convirtió en el más célebre de la época. En este periodo, el Tribunal razonó que las leyes sobre salario mínimo y horario máximo eran un esfuerzo por quitar propiedades a los patronos para transferirlas a sus empleados. Esta forma de transferencia ‘desnuda’ de interés de un grupo estaba, em opinión del Tribunal, prohibida por la Constitución.”. (SUNSTEIN, Cass R. “Constituciones y democracias: epílogo”. In: ELSTER, Jon; SLAGSTAD, Rune. **Constitucionalismo y democracia**. México D.F.: Fondo de Cultura Económica, 1999. p. 359).

CLÈVE, Clèmerson Merlin. LORENZETTO, Bruno Meneses. Jurisdição constitucional e paternalismo: reflexões sobre a *Lei da ficha limpa*. Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.9, n.1, 1º quadrimestre de 2014. Disponível em: www.univali.br/direitopolitica - ISSN 1980-7791.

presidida por Earl Warren, "*Brown vs. Board of Education*" de 1954, proibiu a segregação racial nas escolas públicas. Esta medida, depois expandida para outras ações do Estado, afastou a segregação racial em vários campos públicos.⁵

Como se percebe, não é possível afirmar que o ativismo é sempre progressista. Ora, vimos, pode não ser.

A autocontenção, por seu turno, espelha uma postura de não interferência do Judiciário nas outras esferas de poder, relega a "política para os poderes políticos" (dentro de uma construção da política que a compreende apartada do direito), possibilitando uma margem de atuação maior dos demais poderes no exercício de suas respectivas competências, apresentando-se como atitude de deferência em relação aos atos e decisões do Legislativo ou do Executivo.

O jurista James Thayer teve seu nome associado às noções de minimalismo judicial e autocontenção. Criticou o controle de constitucionalidade realizado nos Estados Unidos,⁶ sustentando, inclusive, inexistir disposição expressa cuidando do assunto. Defendeu ainda que, aos juízes, incumbiria lançar mão do controle de constitucionalidade apenas no caso concreto, não para anular leis e, mais, que o controle de constitucionalidade, embora importante, só deveria ser

⁵ De acordo com Luís Roberto Barroso: "No Brasil há diversos precedentes de postura ativista do STF, manifestada por diferentes linhas de decisão. Dentre elas se incluem: a) a aplicação direta da Constituição a situações não expressamente contempladas em seu texto e independentemente de manifestação do legislador ordinário, como se passou em casos como o da imposição de fidelidade partidária e o da vedação do nepotismo; b) a declaração de inconstitucionalidade de atos normativos emanados do legislador, com base em critérios menos rígidos que os de patente e ostensiva violação da Constituição, de que são exemplos as decisões referentes à verticalização das coligações partidárias e à cláusula de barreira; c) a imposição de condutas ou de abstenções ao Poder Público, tanto em caso de inércia do legislador – como no precedente sobre greve no serviço público ou sobre criação de município – como no de políticas públicas insuficientes, de que têm sido exemplo as decisões sobre direito à saúde. Todas essas hipóteses distanciam juízes e tribunais de sua função típica de aplicação do direito vigente e os aproximam de uma função que mais se assemelha à de criação do próprio direito.". (BARROSO, Luís Roberto. "Constituição, democracia e supremacia judicial: direito e política no Brasil contemporâneo". In: FELLETT, André Luiz Fernandes; et. all. (Org.). **As novas faces do ativismo judicial**. Salvador: Juspodivm, 2011. pp. 233-234).

⁶ "The checking and cutting down of legislative power, by numerous detailed prohibitions in the constitution, cannot be accomplished without making the government petty and incompetent. This process has already been carried much too far in some of our States. Under no system can the power of courts go far to save a people from ruin; our chief protection lies elsewhere.". (THAYER, James Bradley. **The origin and scope of the American doctrine of constitutional Law**. Boston: Little, Brown and Company, 1893. p. 30)

CLÈVE, Clèmerson Merlin. LORENZETTO, Bruno Meneses. Jurisdição constitucional e paternalismo: reflexões sobre a *Lei da ficha limpa*. Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.9, n.1, 1º quadrimestre de 2014. Disponível em: www.univali.br/direitoepolitica - ISSN 1980-7791.

manejado em casos excepcionais. Não é desprezível a parcela da doutrina constitucional americana que tradicionalmente se alinha a este entendimento.⁷

Raros, entretanto, são aqueles que defendem, contemporaneamente, a completa extinção do controle de constitucionalidade.⁸ Por isso, entre os críticos da jurisdição constitucional, prevalecem os argumentos que procuram apontar para a necessidade de uma justiça constitucional parcimoniosa, isso para prevenir os problemas decorrentes de uma “supremacia judicial” que implicaria a desconsideração das interpretações divergentes, formuladas no âmbito dos outros poderes.⁹ Observe-se, neste ponto, a perspectiva de John Hart Ely sobre a questão:

O adepto do não interpretacionismo entrega aos juízes, que não respondem por suas atitudes políticas, a tarefa de definir quais valores devem ser colocados fora do alcance do controle majoritário, mas o interpretacionista toma seus valores diretamente da Constituição – e isso significa que, já que a própria Constituição foi avaliada e ratificada pelo povo, esses valores vêm, em última instância, do povo. Nessa hipótese, quem controla o povo não são os juízes, mas a Constituição – o que significa que, na verdade o povo controla a si mesmo.¹⁰

Na decisão proferida no caso da Lei da Ficha Limpa, o STF não seguiu uma trilha proativa. Com efeito, preferiu, antes, adotar uma postura deferente em relação ao Legislativo, embora antes tenha a Corte, acertadamente, prolatado decisão,

⁷ Cf. THAYER, James Bradley. **The origin and scope of the American doctrine of constitutional Law**; SUNSTEIN, Cass R. *One Case at a Time: judicial minimalism on the supreme court*. Cambridge: Oxford University Press, 1999; TUSHNET, Mark. **Taking the Constitution Away from the Courts**. Princeton: Princeton University Press, 1999.

⁸ De fato, o debate se concentra entre o controle de constitucionalidade forte, como no caso do Brasil, dos Estados Unidos e da Alemanha e o controle de constitucionalidade fraco, como no caso da Inglaterra. Sobre a questão ver: WALDRON, Jeremy. “The Core of the Case Against Judicial Review”. In: **The Yale law journal**, v. 115, 2006, pp. 1346-1406.

⁹ “Os críticos consideram, ao contrário, que é necessário entender e aplicar o direito constitucional com base na *equivalência* dos poderes estatais em assuntos de interpretação constitucional. É a tese conhecida como *departmentalism* ou *non supremacy*. Isso permitiria preservar o poder do povo contra um possível ‘despotismo’ do Judiciário, mostrando que todas as interpretações dadas por poderes estatais são igualmente respeitáveis, cada um em seu momento e âmbito de competência.”. (DIMOULIS, Dimitri; LUNARDI, Soraya Gasparetto. “Ativismo e autocontenção judicial no controle de constitucionalidade”. In: FELLETT, André Luiz Fernandes; et. all. (Org.). **As novas faces do ativismo judicial**. Salvador: Juspodivm, 2011. pp. 467-468).

¹⁰ ELY, John Hart. **Democracia e desconfiança: uma teoria do controle judicial de constitucionalidade**. São Paulo: Martins Fontes, 2010. P. 13.

com fulcro no princípio constitucional da anterioridade, reconhecendo ser a lei inaplicável às eleições de 2010.¹¹

Optou o STF pelo comedimento (*self-restraint*) no julgamento de 2012. Apesar da consistência dos votos vencidos (Dias Toffoli, Gilmar Mendes, Celso de Mello, Marco Aurélio e Cezar Peluso), prevaleceu na Corte Suprema a solução preconizada pelo Ministro Luiz Fux, relator no segundo julgamento:

Assim, não cabe a este Tribunal desconsiderar a existência de um descompasso entre a sua jurisprudência e a hoje fortíssima opinião popular a respeito do tema 'ficha limpa', sobretudo porque o debate se instaurou em interpretações plenamente razoáveis da Constituição e da Lei Complementar nº 135/10 – interpretações essas que ora se adotam.

Diante da prática orientada pela parcimônia e pela contenção, o Judiciário deixa de exercer um controle forte sobre as leis envolvendo temas políticos ou morais controversos. Trata-se de postura orientada no sentido de aceitar que a maioria prevaleça, convergindo com o entendimento desta, enfraquecendo o papel contramajoritário da Corte enquanto guardião da Constituição. Em termos da tensão entre o constitucionalismo e a democracia, esta assume um peso mais importante. De modo que, na situação em análise, a jurisdição constitucional apenas estaria justificada na circunstância da emergência de violações claras da Constituição pelo Parlamento, manifestando sentido o critério "*in dubio pro legislatore*".

No caso em tela, então, não se manifesta hipótese de ativismo judicial. Ao contrário, aproximando os dois julgamentos sobre a Lei Complementar n.

¹¹ De acordo com o Art. 16 da CF: 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. Veja-se, ainda, o Acórdão do julgamento citado: RE 633703 / MG - MINAS GERAIS; RECURSO EXTRAORDINÁRIO; Relator(a): Min. GILMAR MENDES; Julgamento: 23/03/2011; Órgão Julgador: Tribunal Pleno. LEI COMPLEMENTAR 135/2010, DENOMINADA LEI DA FICHA LIMPA. INAPLICABILIDADE ÀS ELEIÇÕES GERAIS 2010. PRINCÍPIO DA ANTERIORIDADE ELEITORAL (ART. 16 DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA). I. O PRINCÍPIO DA ANTERIORIDADE ELEITORAL COMO GARANTIA DO DEVIDO PROCESSO LEGAL ELEITORAL. II. O PRINCÍPIO DA ANTERIORIDADE ELEITORAL COMO GARANTIA CONSTITUCIONAL DA IGUALDADE DE CHANCES. III. O PRINCÍPIO DA ANTERIORIDADE ELEITORAL COMO GARANTIA CONSTITUCIONAL DAS MINORIAS E O PAPEL DA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL NA DEMOCRACIA. IV. RECURSO EXTRAORDINÁRIO CONHECIDO E PROVIDO.

135/2010 à teoria apresentada por Rosalind Dixon sobre os modos *forte* ou *fraco* de exercício do controle de constitucionalidade¹², pode-se dizer que se no primeiro julgamento a Corte decidiu por um modelo de direitos fortes, no segundo julgamento a opção foi por um modelo de direitos fracos e remédios fracos.

2. CONSIDERAÇÕES SOBRE AS DECISÕES DO STF

De acordo com o art. 16 da CF, a lei que venha a alterar o processo eleitoral, apesar de entrar em vigor na data de sua publicação, não pode ser aplicada ao processo eleitoral que ocorra até um ano da data de sua vigência. Este dispositivo constitucional, introduzindo o princípio da anualidade ou anterioridade, visa resguardar a lisura do pleito, preservar o processo eleitoral, exigindo que as mudanças das “regras do jogo” apenas possam produzir eficácia depois de um determinado lapso temporal¹³.

Manifesta-se, na situação, além da proibição da retroatividade, o requisito da anterioridade específica, o que implica para o disposto no art. 16 da Constituição, a produção, nas leis perturbadoras do processo eleitoral, de uma eficácia

¹² “In a conversationalist theory of judicial review, for example, the role of courts is simply to deliberate, not to decide, so that weak remedies, because they entail less sacrifice of judicial efficacy, will almost always be preferred over weak rights. On the other hand, in a democratic minimalist understanding, a key part of the court’s role is to resolve concrete controversies without resort to the kind of broad or deep judicial reasoning that can destabilize constitutional order, so that weak rights will almost always be preferred to weak remedies. Similarly, in a departmentalism understanding, the courts’ role is simply to decide the particular concrete controversy; judicial opinions are not afforded any presumptive respect in the broader political process and, thus, nothing is lost when courts adopt a weak rights, as opposed to weak remedies, approach.” (DIXON, Rosalind. “Creating dialogue about socioeconomic rights: Strong-form versus weak-form judicial review revisited”. In: **International Journal of Constitutional Law**. vol. 5. Oxford: Oxford University Press, 2007, p. 411).

¹³ De acordo com Marcos Ramayana: “Toda lei que alterar o processo eleitoral (alistamento, votação, apuração e diplomação) será publicada um ano antes da data da eleição. A data da eleição é sempre o primeiro domingo de outubro (arts. 77 da Constituição Federal e 1º da Lei nº 9.504, de 30 de setembro de 1997); portanto, a referência é vista no calendário eleitoral que coincide com esta data (...).” (RAMAYANA, Marcos. **Direito eleitoral**. 8ª ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2008. p. 44).

CLÈVE, Clèmerson Merlin. LORENZETTO, Bruno Meneses. Jurisdição constitucional e paternalismo: reflexões sobre a *Lei da ficha limpa*. Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.9, n.1, 1º quadrimestre de 2014. Disponível em: www.univali.br/direitoepolitica - ISSN 1980-7791.

diferida, substanciando um tipo de anualidade singular compreendida como princípio garantista.¹⁴

Mesmo a Justiça Eleitoral, no exercício da competência normativa autorizada pelos artigos 1º, parágrafo único e 23, IX do Código Eleitoral, se submete ao limitador temporal.

Apesar disso, as Leis 9.840/1999, 10.408/2002, 10.740/2003, 11.300/2006 e 12.034/2009, constituem exemplos de mudanças das regras eleitorais que não respeitaram o princípio da anterioridade eleitoral.

Na situação em análise, a Lei Complementar 135, de 04 de junho de 2010, foi promulgada para atender o especificado no art. 14 § 9º da CF, que dispõe:

Lei complementar estabelecerá outros casos de inelegibilidade e os prazos de sua cessação, a fim de proteger a probidade administrativa, **a moralidade para exercício de mandato considerada vida progressa do candidato**, e a normalidade e legitimidade das eleições contra a influência do poder econômico ou o abuso do exercício de função, cargo ou emprego na administração direta ou indireta.” (grifos nossos).

Como se sabe, o Tribunal Superior Eleitoral sumulou entendimento (Súmula 13) que, acertadamente, afastou a incidência imediata do especificado no art. 14 § 9º - CF, ainda antes da votação da legislação complementar. Em certa medida, a Lei da Ficha Limpa surgiu como uma resposta ao entendimento do TSE no sentido de ser necessária a produção legislativa que explicitasse os casos de imoralidade eleitoral para fins de inelegibilidade.

No julgamento do Recurso Extraordinário n. 633.703, de relatoria do Ministro Gilmar Mendes, em 23/03/2011, entendeu-se por apertada maioria – com o voto de desempate do Ministro Luiz Fux – que a lei incidindo sobre o processo eleitoral haveria de se submeter ao princípio da anterioridade. Assim, o referido recurso

¹⁴ Quanto às medidas provisórias a disposição é diametralmente oposta: “Não se pode esquecer, entretanto, que urgente deve ser não apenas a adoção de norma editada (vigência) como, igualmente, a sua incidência (aplicação). Por isso, a melhor doutrina tem, em geral, como inadmissível a adoção de medida provisória para produzir efeitos após determinado lapso temporal (eficácia diferida).” (CLÈVE, Clèmerson Merlin. **Medidas provisórias**. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 96).

foi provido, sendo aplicado o disposto no art. 543 – B do CPC ante a existência de múltiplos recursos com fundamento na mesma controvérsia.

No acórdão ficou estabelecido que:

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. (...) Toda limitação legal ao direito de sufrágio passivo, isto é, qualquer restrição legal à elegibilidade do cidadão constitui uma limitação da igualdade de oportunidades na competição eleitoral. Não há como conceber causa de inelegibilidade que não restrinja a liberdade de acesso aos cargos públicos, por parte dos candidatos, assim como a liberdade para escolher e apresentar candidaturas por parte dos partidos políticos. E um dos fundamentos teleológicos do art. 16 da Constituição é impedir alterações no sistema eleitoral que venham a atingir a igualdade de participação no prélio eleitoral. (...) O princípio da anterioridade eleitoral constitui uma garantia fundamental também destinada a assegurar o próprio exercício do direito de minoria parlamentar em situações nas quais, por razões de conveniência da maioria, o Poder Legislativo pretenda modificar, a qualquer tempo, as regras e critérios que regerão o processo eleitoral. A aplicação do princípio da anterioridade não depende de considerações sobre a moralidade da legislação.

Desta maneira, o STF reconheceu a repercussão geral da matéria constitucional relacionada à aplicação da Lei Complementar n. 135/2010 ao pleito eleitoral do ano de 2010, diante do contido no art. 16 da CF, decidindo, portanto, também corretamente, pela não incidência da Lei da Ficha Limpa nas eleições do referido ano.

Quanto ao julgamento mais recente do caso da “Ficha Limpa”, ocorrido em 16.02.2012, nele foram apreciadas em conjunto as ADCs 29 e 30 e a ADI 4578. Aqui, a controvérsia judicial envolveu as hipóteses de inelegibilidade constantes

no art. 1º, I, alíneas *c, d, e, f, g, h, j, k, l, m, n, o, p* e *q* da Lei Complementar n. 64/1990,¹⁵ modificada pela Lei Complementar n. 135/2010.

Em seu voto, o Ministro Relator argumentou que a Lei da “Ficha Limpa” não violou o princípio da irretroatividade legal (*in malam partem*, eis que a lei pode retroagir *in bonam partem*), tendo autorizado, apenas, a manifestação de retroatividade inautêntica ou *retrospectiva*, na qual a norma atribui efeitos futuros a situações ou relações jurídicas pretéritas. Sustentou mais, o Ministro, que não haveria violação ao princípio *non bis in idem* pelo fato de haver diferença entre a condenação e a inelegibilidade. Disse, por fim, que também a garantia constitucional da coisa julgada não teria sido agredida pela iniciativa legislativa.

Ademais, talvez em um dos pontos mais controvertidos, argumentou o Relator da seguinte maneira:

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

A argumentação do Ministro Luiz Fux no sentido de afastar a presunção constitucional da inocência orientou-se para sustentar que esta não poderia constituir óbice à validade da Lei da Ficha Limpa, propondo, ademais, que sob o

¹⁵ A Lei Complementar n. 64/1990 identifica quais são as hipóteses que poderão gerar a inelegibilidade, dentre elas constam a representação na Justiça Eleitoral que foi julgada procedente e que teve decisão transitada em julgado ou proferida por órgão colegiado em processo de abuso de poder econômico ou político. A mesma redação é repetida, de maneira similar para crimes contra a economia popular, a fé pública, a administração pública, etc. Não convém citar todos os crimes elencados na legislação, contudo, o cerne do problema localiza-se na dispensa do trânsito em julgado para que ocorra a inelegibilidade.

filtro da proporcionalidade – com os testes da adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito – a inelegibilidade deveria ser mantida, mesmo porque haveria uma convergência entre a moralidade e a democracia no caso em questão.

O Ministro cuidou, também, de breve consideração quanto ao fato de que a antecipação da inelegibilidade para momento anterior ao trânsito em julgado tornaria manifestamente desarrazoada a sua extensão por oito anos após a condenação, prevista no art. 1º, I, alíneas *e* e *l* da Lei Complementar n. 135/2010. Em uma segunda ressalva apontou para a inconstitucionalidade derivada de desproporcionalidade constatada no art. 1º, I, alínea *k* da mesma Lei, nos termos do qual o simples oferecimento de representação ou petição capaz de autorizar a abertura de processo de perda ou cassação de mandato importaria a inelegibilidade do mandatário que renuncia. Na sequência, após o voto do Ministro Joaquim Barbosa, o Relator decidiu retirar a ressalva de seu voto atinente à alínea *k*.

O Ministro Joaquim Barbosa aderiu à quase totalidade do voto do Relator, apresentando divergências apenas quanto às duas ressalvas referidas, entendendo que não caberia qualquer reparo à Lei Complementar n. 135/2010. Este voto acabou por pautar o julgamento, separando aqueles que aceitavam a Lei em sua integralidade (declarando-a, portanto, constitucional) dos demais Ministros que apresentaram divergências tópicas implicantes da inconstitucionalidade de certas disposições presentes na Lei.

O Ministro Dias Toffoli iniciou a divergência ao declarar várias disposições da “Lei da Ficha Limpa” inconstitucionais: (i) a concernente ao princípio da presunção de inocência; (ii) a alínea *n*, que trata da inelegibilidade por simulação de desfazimento de vínculo conjugal e (iii) a alínea *g*, por entender que é do Legislativo a competência para o julgamento das contas de Chefe do Executivo. No mais, aceitou os novos motivos e prazos de inelegibilidade, acompanhando os dois votos anteriores.

Os Ministros Rosa Weber, Ricardo Lewandowski e Ayres Britto acompanharam o voto do Ministro Joaquim Barbosa em sua integralidade. Por sua vez, a Ministra

CLÈVE, Clèmerson Merlin. LORENZETTO, Bruno Meneses. Jurisdição constitucional e paternalismo: reflexões sobre a *Lei da ficha limpa*. Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.9, n.1, 1º quadrimestre de 2014. Disponível em: www.univali.br/direitoepolitica - ISSN 1980-7791.

Cármen Lúcia divergiu apenas no aspecto atinente à contagem dos prazos, seguindo o Ministro Luiz Fux.

O Ministro Gilmar Mendes instaurou nova divergência ao anotar que não caberia ao Legislador apanhar fatos jurídicos passados para modificar seus efeitos no futuro e, assim, violar os direitos fundamentais dos cidadãos. Também divergiu quanto à alínea *m*, causa de inelegibilidade por penalidade aplicada por conselho profissional em função de infração ético-profissional. Acompanhou a divergência do Ministro Dias Toffoli na parte da presunção da inocência, bem como na questão da competência exclusiva do Legislativo para julgamento de contas do Chefe do Executivo.

O Ministro Marco Aurélio acompanhou o voto do Ministro Joaquim Barbosa, inclusive quanto à não ofensa ao princípio da presunção de inocência, acompanhando, entretanto, o Ministro Gilmar Mendes em relação à crítica da possibilidade de emergência de efeitos futuros derivados de fatos pretéritos submetidos antes a consequências distintas.

Os Ministros Celso de Mello e Cezar Peluso também acompanharam o voto do Ministro Gilmar Mendes. Prevaleceu, portanto, a posição adotada pelo Ministro Joaquim Barbosa, declarando o STF a "Lei da Ficha Limpa" constitucional, imune de qualquer ressalva em seu texto. Assim, as Ações Declaratórias de Constitucionalidade 29 e 30 foram julgadas procedentes, enquanto a ADI 4578 foi julgada improcedente.

As previstas na Lei Complementar n. 64/1990 são *inelegibilidades em sentido próprio* ou "*stricto sensu*".¹⁶ Suas causas configuram restrições à capacidade eleitoral passiva derivadas de princípios como o da eficiência da Administração Pública e da moralidade eleitoral.

A distinção entre as inelegibilidades é substantiva, sendo determinada pelo seu conteúdo e não pelo *topos* normativo que ocupam na Constituição ou na Lei

¹⁶ AMARAL, Roberto: CUNHA, Sérgio Sérvulo da. **Manual das eleições**. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 456.

Complementar n. 64/1990. O sistema normativo das inelegibilidades é, então, formado pela composição articulada destes dispositivos legais.¹⁷

As causas de inelegibilidade não se confundem com os direitos políticos negativos. De fato, tanto a suspensão dos direitos políticos como a inelegibilidade configuram exceções à plena capacidade eleitoral passiva; contudo, enquanto a suspensão atinge o direito de votar e ser votado, nas dimensões ativa e passiva, a inelegibilidade torna indisponível, pelo lapso temporal previsto em lei, apenas a capacidade eleitoral passiva, ou seja o direito de ser votado.

A distinção, *in casu*, tem uma função importante em decorrência do especificado nos artigos. 15, III (“É vedada a cassação de direitos políticos, cuja perda ou suspensão só se dará nos casos de: (...) III –condenação criminal transitada em julgado, enquanto durarem seus efeitos”) e 5º, LVII (“Ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”) da Lei Fundamental da República e na Súmula 09 do Tribunal Superior Eleitoral (“A suspensão de direitos políticos decorrente de condenação criminal transitada em julgado cessa com o cumprimento ou a extinção da pena, independentemente de reabilitação ou de prova de reparação dos danos”).

Ora, quando a causa de inelegibilidade estabelecida pela Lei Complementar 135/2010 é satisfeita pelo simples julgamento por “órgão colegiado”, sendo incumpridos os dispositivos acima referidos, emerge situação de suspeição em relação à legitimidade da decisão do Legislador. Por outro lado, nenhuma lei, mesmo de iniciativa popular, ainda que voltada à satisfação de uma boa causa, está autorizada a violar a Constituição por meio da restrição excessiva de garantias processuais ou de direitos fundamentais de máxima significação, como são aqueles de natureza política.

¹⁷ Sobre o art. 1º da Lei Complementar n. 64/1990 anotam Amaral e Cunha: “Esse inciso I, em suas várias alíneas, trata de **inelegibilidade genérica** (incapacidade eleitoral passiva com relação a todo e qualquer cargo), enquanto os demais incisos do mesmo artigo tratarão de **inelegibilidade específica** (aquela em que o aspirante não pode candidatar-se para algum cargo determinado). (AMARAL, Roberto; CUNHA, Sérgio Sérvulo da. **Manual das eleições**. p. 462).

Entende-se que a demanda pela moralização da política brasileira teve, com a aprovação da lei, um de seus momentos mais significativos. Logo, não é cabível dizer, incorrendo em arriscada generalização, que a Lei Complementar n. 135/2010 é inconstitucional em sua integralidade. É, com efeito, pertinente a apreciação da vida pregressa daqueles que almejam se submeter aos pleitos eleitorais, substanciando isso, aliás, exigência constitucional. O Legislador não podia, portanto, permanecer omissivo, sob pena de violação da normativa constitucional por omissão. Daí o mérito inegável da iniciativa popular para dar cumprimento ao comando constitucional. O Constituinte, no caso, em relação à matéria, adotou um tratamento de feição paternalista (paternalismo constitucional) implicando, em função da incidência de causa de inelegibilidade, o afastamento temporário daqueles que ostentam vida pregressa condenável. É evidente que a inelegibilidade importa, a um tempo, a compressão da capacidade eleitoral passiva dos implicados e a redução do âmbito de escolha do eleitor, tido pelo Constituinte, como incapaz de alijar do processo eleitoral aqueles despidos das virtudes necessárias para a boa condução da coisa pública. No caso, é o Constituinte e o Legislador que decidem pelo eleitor. Cumpria ao Legislador, entretanto, em função de adequada leitura da integralidade da Constituição, levando em conta as exigências do regime democrático e dos direitos fundamentais, aprovar legislação adequada, necessária e proporcional, embora sempre cumpridora da determinação constitucional. Pecou, todavia, pelo excesso. Aliás, um tipo de excesso cada vez mais comum nas leis que, entre nós, pretendem, contaminadas por critérios paternalistas ou perfeccionistas, corrigir o país. Daí a razão pela qual adverte-se que, não obstante a decisão do Supremo Tribunal Federal, vários dispositivos da Lei de Ficha Limpa não poderiam passar pelo teste da constitucionalidade. Aliás, calha nesta oportunidade lembrar que, ao contrário dos direitos, o princípio da moralidade não substancia um “trunfo” no sentido proposto por Ronald Dworkin.¹⁸

A presunção da inocência, ao contrário, pode ser vista como um “trunfo”, não sendo tolerável a sua integral compressão, no processo eleitoral, em nome de

¹⁸ Cf. DWORKIN, Ronald. “Rights as trumps”. In: WALDRON, J. **Theories of rights**. Oxford: University Press, 1984. pp. 153-167.

um suposto interesse da comunidade. Assim, na relação entre os indivíduos e a sociedade, não é demais lembrar Dworkin e sua tese nos termos da qual os direitos individuais não estão em conflito com a igualdade. A defesa de direitos, não pressupõe, portanto, no constitucionalismo contemporâneo, o abandono da preocupação com o “bem comum” ou com a “moralidade”. No mais das vezes, nas disputas entre moralidade e direitos, emergem conflitos aparentes, superficiais, pois tanto os direitos concernentes ao bem-estar social como os definidos como individuais não podem ser adequadamente compreendidos senão à luz da ideia de igual respeito e consideração.¹⁹

Com a nova lei foram introduzidas, portanto, novas espécies de causas de inelegibilidades relativas para além daquilo que era, do ponto de vista constitucional, exigível. Não é possível olvidar que o comando constitucional que limita o acesso aos mandatos daqueles com vida pregressa inadequada atende ao princípio da moralidade.²⁰ Mas aqui, como em tudo, reitere-se, a justa medida e a proporção são indispensáveis. Não é apenas a omissão do Legislador que compromete os postulados do Estado de Direito. O legislar em excesso, de modo imprudente e desproporcional, também opera efeito análogo.

¹⁹ Cf. DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. São Paulo: Martins Fontes, 2002. Neste campo, calha tratar da máxima *in dubio pro libertate*. Na lição de Perez Luño: “Entre los topoi o reglas técnicas para la interpretación constitucional, con inmediata repercusión en la esfera de los derechos fundamentales, reviste especial importancia el principio *in dubio pro libertate*. Con este principio se pretende aludir, en términos generales, a la presunción general, propia de todo Estado de Derecho, en favore de la libertad del ciudadano. (...) El principio *in dubio pro libertate* tiende a ampliarse en el postulado *favor libertatis*, o sea, no significa sólo que en supuestos dudosos habrá que optar por la interpretación que mejor proteja los derechos fundamentales, sino que implica concebir el proceso hermenéutico constitucional como una labor tendente a maximizar y optimizar la fuerza expansiva y la eficacia de los derechos fundamentales en su conjunto” (PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique. **Derechos humanos, Estado de derecho y Constitución**. 6ª ed. Madrid: Tecnos, 1999. p. 315).

²⁰ “Atribui-se a Hauriou a sistematização do conceito de *moralidade administrativa*, deduzido do próprio princípio da legalidade, ligada à idéia de *desvio de poder* ou *desvio de finalidade*, restrita, pois, à construção do ato administrativo, de que a finalidade pública é um requisito de validade. Comete imoralidade, mediante desvio de finalidade, o agente que pratica ato visando a fim diverso daquele previsto na regra de competência. Veja-se bem que a moralidade, aí, é um elemento interno da legalidade, nada tendo a ver com a ética mais ampla que fundamenta a responsabilidade da ação política. O conceito de Hauriou não poderia ir além disso quando define a moralidade administrativa como ‘o conjunto de regras de conduta tiradas da disciplina interior da Administração’, imposto ao agente público para sua conduta interna, segundo as exigências da instituição a que serve, e assim não se confunde com a *moral comum*, imposta ao Homem para sua conduta externa.” (SILVA, José Afonso da. **Poder constituinte e poder popular: estudos sobre a Constituição**. São Paulo: Malheiros, 2000. p. 122).

Mas qual o sentido constitucional da moralidade? Entende José Afonso da Silva que “esse conjunto de normas constitucionais retira a moralidade da área subjetiva da intenção do agente público e, assim, a desvincula da questão da mera legalidade, para erigi-la em princípio constitucional objetivo, como requisito de legitimidade da atuação dos agentes públicos, mais do que simples requisito de validade do ato administrativo.”²¹ Não se pode discordar da tese. Mas, ao mesmo tempo, convém levar em conta a advertência de outro importante jurista, contaminada é verdade por certa dose de ceticismo. Com efeito, a partir de um lugar teórico singular, Eros Roberto Grau, respondendo a indagação envolvendo a questão da moralidade no caso da Lei da “Ficha Limpa”, disse o seguinte:

Sim, é a moralidade pública. Mas a moralidade pública é moralidade segundo os padrões e limites do Estado de Direito. Essa é uma conquista da humanidade. Julgar à margem da Constituição e da legalidade é inadmissível. Qual moralidade? A sua ou a minha? Há muitas moralidades. Se cada um pretender afirmar a sua, é bom sairmos por aí, cada qual com seu porrete. Vamos nos linchar uns aos outros. Para impedir isso existe o Direito. Sem a segurança instalada pelo Direito, será a desordem. A moralidade tem como um de seus pressupostos, no Estado de Direito, a presunção de não culpabilidade.²²

Ora, o Legislador com a Lei da “Ficha Limpa”, embora acertando muito, também errou, e não errou pouco.²³ Desrespeito a preceitos fundamentais,

²¹ SILVA, José Afonso da. **Poder constituinte e poder popular**. p. 128.

²² GRAU, Eros Roberto. “Lei da Ficha Limpa põe em risco o estado de direito”. In: **O Estado de São Paulo**, São Paulo, 03 de agosto de 2010.

²³ No presente estudo não há lugar para um maior desenvolvimento da afirmação. É importante lembrar, não obstante, o seguinte: i) “No âmbito das normas constitucionais, estruturalmente aproximadas de ‘cláusulas gerais’, o legislador dispõe de um amplo domínio político para ponderar, valorar e comparar os fins dos preceitos constitucionais, proceder a escolhas e tomar decisões. Esta actividade de ‘ponderação’, de ‘valoração’ e de ‘escolha’ implica que o legislador, embora jurídico-constitucionalmente vinculado, desenvolve uma actividade política criadora, não subsumível a esquemas de ‘execução’ ou ‘aplicação’ de leis constitucionais. A política, nesta perspectiva deveria ser uma ‘política constitucional’, mas não se reconduziria à realização de normas constitucionais. Seria, sim, uma conformação livre dos fins político-sociais enunciados na constituição.” (CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Constituição dirigente e vinculação do legislador**. Coimbra: Coimbra Ed., 1998. p. 218); ii) “‘Ficha limpa’ é qualquer cidadão que não tenha sido condenado por sentença judicial transitada em julgado. A Constituição do Brasil diz isso, com todas as letras. (...) Políticos corruptos pervertem, são terrivelmente nocivos. Mas só podemos afirmar que este ou aquele político é corrupto após o trânsito em julgado, em relação a ele, de sentença penal condenatória. Sujeitá-los a qualquer pena antes disso, como está na Lei

desconsideração de garantias fundamentais, desproporção no trato da matéria e retroação, desenham o sítio daquilo que pode ser definido como excessivo na lei. Num diagnóstico de época, a ser realizado no contexto de distintas conjunturas social e política, poderiam não perdurar os argumentos moralizantes, não obstante a expressa previsão constitucional que, todavia, sempre reclama harmonização com os demais capítulos da Lei Fundamental, ante um ataque a partir de uma perspectiva que já foi chamada anteriormente de formalista, legalista ou simplesmente garantista.

Uma leitura singela da Constituição Federal, ou mesmo uma mais cuidadosa apreensão dos seus termos a partir de qualquer das orientações hermenêuticas manejadas nos dias que correm, sustentaria, sem maior dificuldade, a existência de várias inconstitucionalidades na Lei da Ficha Limpa.²⁴

No entanto, muitos dos pontos controvertidos foram silenciados no debate público que antecedeu o julgamento do Supremo Tribunal Federal. As franquias constitucionais (frequentemente esquecidas pelos grandes meios de comunicação), por exemplo, não suscitaram um debate público mais robusto. Aliás, os meios de comunicação, em geral, sequer discutiram seriamente a legitimidade de muitos pontos da Lei da Ficha Limpa. Limitaram-se a defendê-la para proclamar a sua indiscutível bondade.

Comparativamente, em 2007, o Supremo Tribunal Federal, em uma decisão sobre a questão da fidelidade partidária,²⁵ considerou que o debate sobre o tema se relacionava com os preceitos fundantes do conceito de democracia. No caso, a Corte decidiu que a infidelidade partidária pode levar à perda do mandato. O

Complementar 135 (Ficha Limpa), é colocar em risco o estado de direito. É isto que me põe medo. (...) O trânsito em julgado não é inatingível. Pode ser demorado, mas as garantias e as liberdades públicas exigem que os ritos processuais sejam rigorosamente observados. (GRAU, Eros Roberto. "Lei da Ficha Limpa põe em risco o estado de direito").

²⁴ Em alusão à já clássica expressão de Eros Grau, lembra-se que: "Não se interpreta o direito em tiras, aos pedaços. A interpretação de qualquer texto de direito impõe ao intérprete, sempre, em qualquer circunstância, o caminhar pelo percurso que se projeta a partir dele – do texto – até a Constituição. Por isso insisto em que um texto de direito isolado, destacado, desprendido do sistema jurídico, não expressa significado normativo algum." GRAU, Eros Roberto. **Ensaio sobre a interpretação/aplicação do Direito**. São Paulo: Malheiros, 2002. p. 113.

²⁵ Sobre o tema ver: CLÈVE, Clèmerson Merlin. **Fidelidade partidária e impeachment**. 2ª ed. Curitiba: Juruá, 2012.

Partido Popular Socialista, o Partido da Social Democracia Brasileira e o Democratas formularam, com base nas Resoluções do TSE, pedidos de declaração da vacância dos mandatos dos deputados federais que haviam mudado de partido. O Presidente da Câmara dos Deputados indeferiu os requerimentos e contra essa decisão voltaram-se as agremiações, por meio de mandados de segurança impetrados perante o Supremo Tribunal Federal (MS nº 26.602, Rel. Min. Eros Grau; MS nº 26.603, Rel. Min. Celso de Mello; e MS nº 26.604, Rel. Min. Cármen Lúcia).

A Colenda Corte, por maioria, conheceu e denegou os mandados de segurança, tudo para confirmar a posição do Tribunal Superior Eleitoral firmada na resposta à Consulta nº 1.398. Naquela ocasião restou assentado que os partidos políticos têm direito de preservar a vaga obtida pelo sistema eleitoral proporcional salvo se, com justificativa legítima, o candidato eleito cancelar sua filiação partidária ou transferir-se para legenda diversa, a partir da data da Resolução do TSE. Do mesmo modo, estabeleceu-se que as hipóteses de perda de mandato por migração e desfiliação partidária voluntária não configuram sanção, mas antes decorrência lógica do regime jurídico da fidelidade partidária. Nos termos da ementa da referida decisão, observe-se, no caso, uma postura claramente ativista do Tribunal:

A normação constitucional dos partidos políticos - que concorrem para a formação da vontade política do povo - tem por objetivo regular e disciplinar, em seus aspectos gerais, não só o processo de institucionalização desses corpos intermediários, como também assegurar o acesso dos cidadãos ao exercício do poder estatal, na medida em que pertence às agremiações partidárias - e somente a estas - o monopólio das candidaturas aos cargos eletivos. - A essencialidade dos partidos políticos, no Estado de Direito, tanto mais se acentua quando se tem em consideração que representam eles um instrumento decisivo na concretização do princípio democrático e exprimem, na perspectiva do contexto histórico que conduziu à sua formação e institucionalização, um dos meios fundamentais no processo de legitimação do poder estatal, na exata medida em que o Povo - fonte de que emana a soberania nacional - tem, nessas agremiações, o veículo necessário ao desempenho das funções de regência política do Estado. As agremiações partidárias, como corpos intermediários que são,

posicionando-se entre a sociedade civil e a sociedade política, atuam como canais institucionalizados de expressão dos anseios políticos e das reivindicações sociais dos diversos estratos e correntes de pensamento que se manifestam no seio da comunhão nacional. (...) A FORÇA NORMATIVA DA CONSTITUIÇÃO E O MONOPÓLIO DA ÚLTIMA PALAVRA, PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, EM MATÉRIA DE INTERPRETAÇÃO CONSTITUCIONAL. - O exercício da jurisdição constitucional, que tem por objetivo preservar a supremacia da Constituição, põe em evidência a dimensão essencialmente política em que se projeta a atividade institucional do Supremo Tribunal Federal, pois, no processo de indagação constitucional, assenta-se a magna prerrogativa de decidir, em última análise, sobre a própria substância do poder. - No poder de interpretar a Lei Fundamental, reside a prerrogativa extraordinária de (re)formulá-la, eis que a interpretação judicial acha-se compreendida entre os processos informais de mutação constitucional, a significar, portanto, que 'A Constituição está em elaboração permanente nos Tribunais incumbidos de aplicá-la'.

Contudo, no papel de Guardião da Constituição nem sempre o Supremo Tribunal Federal age de modo coerente.²⁶ Assim, no caso da "Ficha Limpa", não foi a tensão em torno do princípio democrático que pautou a decisão. Ela foi pautada, antes, pela necessidade da moralização da política no país. Provavelmente o fato de cuidar de uma lei de iniciativa popular pesou na definição do entendimento dos Ministros. Poder-se-ia dizer que, talvez exagerando, mas não muito, o espectro do poder popular acabou por "assombrar" o Supremo Tribunal Federal. A ementa do caso "Ficha Limpa" fala por si. A postura, agora, foi francamente deferente, de contenção:

2. A razoabilidade da expectativa de um indivíduo de concorrer a cargo público eletivo, à luz da exigência constitucional de moralidade para o exercício do mandato

²⁶ "A defesa mais aberta de Kelsen do Tribunal Constitucional acontece quando este expõe as vantagens em se adotar este como protetor dos valores constitucionais, em que este não participaria do exercício do poder e não se colocaria antagonicamente em relação ao Parlamento ou o governo. O problema da teoria de Schmitt para Kelsen estaria em negar o antagonismo entre o Parlamento e o governo, o que incapacitaria o Chefe de Estado de sua tarefa de defesa da Constituição. E o dualismo entre Estado e sociedade (que pautaria a dualidade Parlamento-governo), sob o qual a interpretação de Schmitt se limitaria, seria extinto com a emergência de um Estado total." (LORENZETTO, Bruno Meneses. "O debate entre Kelsen e Schmitt sobre o Guardião da Constituição". In: **Anais do XVIII Congresso Nacional do CONPEDI**. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2009. p. 1936).

(art. 14, § 9º), resta afastada em face da condenação prolatada em segunda instância ou por um colegiado no exercício da competência de foro por prerrogativa de função, da rejeição de contas públicas, da perda de cargo público ou do impedimento do exercício de profissão por violação de dever ético-profissional.

3. A presunção de inocência consagrada no art. 5º, LVII, da Constituição Federal deve ser reconhecida como uma regra e interpretada com o recurso da metodologia análoga a uma redução teleológica, que reaproxime o enunciado normativo da sua própria literalidade, de modo a reconduzi-la aos efeitos próprios da condenação criminal (que podem incluir a perda ou a suspensão de direitos políticos, mas não a inelegibilidade), sob pena de frustrar o propósito moralizante do art. 14, § 9º, da Constituição Federal.

4. Não é violado pela Lei Complementar nº 135/10 não viola [*sic*] o princípio constitucional da vedação de retrocesso, posto não vislumbrado o pressuposto de sua aplicabilidade concernente na existência de consenso básico, que tenha inserido na consciência jurídica geral a extensão da presunção de inocência para o âmbito eleitoral. (...)

8. A Lei Complementar nº 135/10 também não fere o núcleo essencial dos direitos políticos, na medida em que estabelece restrições temporárias aos direitos políticos passivos, sem prejuízo das situações políticas ativas.

9. O cognominado desacordo moral razoável impõe o prestígio da manifestação legítima do legislador democraticamente eleito acerca do conceito jurídico indeterminado de vida pregressa, constante do art. 14, § 9.º, da Constituição Federal.

Como a lei em questão não foi integralmente impugnada, há a chance de, uma vez esfriados os apelos populares, surgirem novos questionamentos sobre sua constitucionalidade. É de aguardar, no futuro, o afastar do olhar simplificado sobre a moralidade e, quem sabe, a adoção de compreensão mais sofisticada sobre o problema, embora sempre considerando que a moralidade política constitui matéria constitucional e pauta de extrema relevância.

O olhar prospectivo aponta, então, para uma possibilidade de correção das imprecisões técnicas da Lei da Ficha Limpa, aquelas violadoras de direitos fundamentais, mas, também, para a formulação de uma resposta institucional

que seja adequada à continuidade do “choque de moralidade política” que o país precisa e que a Constituição exige.

3. AS RAZÕES DA DEMOCRACIA

O Estado de Direito, com origem reconhecidamente liberal, marca a identidade das Constituições modernas. Ora, todos sabem que não há verdadeiro Estado de Direito sem (i) a submissão de todos, com igualdade, ao *império da lei*; (ii) a *divisão de poderes* e (iii) a *proclamação e garantia dos direitos fundamentais*.²⁷

Ora, o constitucionalismo, mesmo aquele mais recente proclamador também dos direitos sociais e da igualdade material, é visto, muitas vezes, por esta ou por aquela escola, como uma doutrina antidemocrática. É que função importante da Constituição consiste em afastar algumas decisões do processo democrático, ou seja, proibir que a maioria possa, em seu proveito, desprezar o arcabouço constitucional e institucional estabelecido por gerações anteriores. Em outro extremo, a democracia restaria presa em uma espécie de camisa de força constitucional, caso a perspectiva constitucionalista não implicasse a emergência de tensões políticas.²⁸

A separação de poderes constitui um dos pilares do constitucionalismo moderno, todos sabem. Porém, o princípio usualmente é apreendido exclusivamente em uma perspectiva negativa, como um meio de obstar interferências entre os

²⁷ SILVA, José Afonso da. **Poder constituinte e poder popular**. p. 115. No mesmo sentido entende Michel Rosenfeld que: “There appears to be no accepted definition of constitutionalism but, in the broadest terms, modern constitutionalism requires imposing limits on the powers of government, adherence to the rule of law, and the protection of fundamental rights.” (ROSENFELD, Michel. “Modern constitutionalism as interplay between identity and diversity”. In: ROSENFELD, Michel. **Constitutionalism, Identity, Difference, and Legitimacy**: Theoretical Perspectives. Durham; London: Duke University Press, 1994. p. 3).

²⁸ A superação desta dicotomia pode ser vislumbrada da seguinte maneira: “É precisamente no Estado Democrático de Direito que se ressalta a relevância da lei, pois ele não pode ficar limitado a um conceito de lei como o que imperou no Estado de Direito clássico. Pois ele tem que estar em condições de realizar, mediante lei, intervenções que impliquem diretamente uma alteração na situação da comunidade. Significa dizer: a lei não deve ficar numa esfera puramente normativa, não pode ser apenas lei de arbitragem, pois precisa influir na realidade social.” (SILVA, José Afonso da. **Poder constituinte e poder popular**. p. 127).

poderes.²⁹ Em outra perspectiva, Stephen Holmes demonstra que a percepção negativa da disciplina constitucional obscurece os propósitos positivos do desenho institucional. Resultaria útil, como corretivo da ideia convencional, conceber a separação de poderes também como uma forma de divisão do trabalho, da qual deriva uma distribuição e uma organização mais eficientes das funções governamentais.³⁰

Segundo Holmes, a separação de poderes, ao contrário do que muitos podem pensar, ajuda a realçar as condições de um governo com sensibilidade popular. É que o princípio assegura que as preocupações do cidadão ordinário sejam representadas no processo legislativo.³¹ Logo, o arranjo constitucional com poderes divididos teria o condão de exigir do governo um cuidado com a opinião pública maior do que aquele encontrado em regimes cuja legitimidade é erigida a partir de um único ramo do poder político.

Ora, a democracia não pode ser vista como o simples “governo do povo”. De fato, o ideal democrático do governo do povo tem, na regra da maioria, um instrumento de significação indisputável. Como anota Celso Fernandes Campilongo: “Nas condições de fragmentação, dissenso e complexidade do mundo contemporâneo, o princípio da maioria, por suas feições não discriminatórias e igualitárias, transforma-se na condição necessária, quando amplamente extensivo a todo o povo, para a aproximação entre governantes e governados.”³² Porém, assumir o critério majoritário como único norte a ser seguido implica sérios riscos. É que sendo ele necessário, não pode ser aceito como condição suficiente para a caracterização da democracia,³³ pelo menos da

²⁹ “For instance, although in the United States the separation of powers and federalism continue to provide the principal structural constraints on unchecked democratic power, they have undergone important changes since their implantation over two hundred years ago. One notable change in the separation of powers area is the relatively dramatic increase in the powers of the President – particularly in foreign affairs – at the expense of those of Congress.” (ROSENFELD, Michel. “Modern constitutionalism as interplay between identity and diversity”. p. 12).

³⁰ HOLMES, Stephen. “El precompomiso y la paradoja de la democracia”. In: ELSTER, Jon; SLAGSTAD, Rune. **Constitucionalismo y democracia**. México D.F.: Fondo de Cultura Económica, 1999. p. 249.

³¹ HOLMES, Stephen. “El precompomiso y la paradoja de la democracia”. p. 251.

³² CAMPILONGO, Celso Fernandes. **Direito e democracia**. São Paulo: Max Limonad, 1997. p. 41.

³³ CAMPILONGO, Celso Fernandes. **Direito e democracia**. p. 43.

democracia constitucional. Questões como (i) quais são as pessoas legitimadas para compor o processo de decisão, (ii) quais temas podem ser debatidos pelo povo, (iii) com quais limites e, por fim, (iv) como *traduzir* a manifestação popular, complementam a regra da maioria.³⁴

Diante disto, Holmes entende que a democracia é o governo do povo por certos canais pré-estabelecidos, de acordo com certos procedimentos pré-determinados, e seguindo certas normas eleitorais definidas com anterioridade.³⁵ Holmes está certo.

Neste ponto é oportuno recorrer ao pensamento de Amartya Sen, para quem a ideia de justiça e a prática da democracia estão conectadas. Esta é vista como o governo por meio do debate, ou seja, da prática deliberativa na qual os cidadãos expõem e discutem seus argumentos sobre temas políticos:

O mais importante é observar que a totalidade dessas novas contribuições ajudou a trazer o reconhecimento geral de que os pontos centrais de uma compreensão mais ampla da democracia são a participação política, o diálogo e a interação pública. (...) Se as exigências da justiça só podem ser avaliadas com a ajuda da argumentação pública, e se essa argumentação está constitutivamente relacionada com a ideia de democracia, então existe uma íntima conexão entre a justiça e a democracia, que partilham características discursivas.³⁶

Sen concorda com a importância do voto secreto, inclusive como expressão desta prática discursiva pública, embora observe que ele constitui apenas um dos modos de manifestação da razão pública. Aduz que a liberdade democrática, para além da expressão da preferência por meio do sufrágio, também se realiza de outras formas, inclusive com a promoção da justiça social por meio da adoção

³⁴ "Diversas situações práticas põem em dúvida o caráter democrático da regra da maioria. O maior número pode decidir pela supressão dos direitos da minoria? Maiorias circunstanciais, mesmo quando expressivas, têm legitimidade para deliberar sobre matéria impossíveis de serem revistas no futuro? A regra da maioria só é aplicável à esfera pública? A noção de igualdade inerente ao princípio majoritário é realista? Os direitos humanos são passíveis de apreciação plebiscitária? Seguem-se novas aporias." (CAMPILONGO, Celso Fernandes. *Direito e democracia*. p. 49).

³⁵ HOLMES, Stephen. "El precompomiso y la paradoja de la democracia". p. 253.

³⁶ SEN, Amartya. **A ideia de justiça**. São Paulo: Companhia das Letras, 2011. p. 360.

de políticas melhores e mais justas, o que demanda, convém reconhecer, um acentuado grau de participação dos cidadãos nas discussões que se travam no espaço público.³⁷

Para muitos, uma perspectiva republicana da construção política, como resultado de uma ampla participação pública no processo governamental, decorrente da emergência de uma cidadania verdadeiramente ativa, comprometida com as virtudes cívicas, já seria suficiente para o robustecimento do compromisso democrático.

Não é esse, porém, o pensamento de Roberto Mangabeira Unger, para quem é imperiosa a reconstrução democrática do projeto democrático.³⁸ O experimentalismo democrático de Unger se projetaria sobre todos os campos da vida social, com o fortalecimento da política a partir de uma democracia de “alta energia”.

A doutrina de Unger, embora sedutora, é por demais exigente. Temos que o Estado brasileiro haverá de ser democrático (uma democracia permanentemente reinventada) projetando um valor que merece estar presente igualmente no corpo societário. Tratando-se de uma Constituição aberta, conquanto aponte, como objetivo fundamental da República, entre outros, para a construção de uma sociedade livre, justa e solidária, não há lugar para o fundamentalismo, para a intolerância, para o suprimir da argumentação do outro ou para a compressão da alteridade. Ao contrário, no contexto da Constituição brasileira há lugar para o livre fluxo das ideias, para a disputabilidade intersubjetiva, para o debate forjador da opinião pública, para a formação de uma razão pública moldada a partir dos discursos que circulam livremente no espaço público. Aparece aqui, com toda a sua força, a importância da liberdade de imprensa, de expressão, de pensamento, de comunicação. Mais do que isso, aparece aqui, também, a importância da compreensão do eleitorado como integrado por

³⁷ SEN, Amartya. **A ideia de justiça**. p. 386.

³⁸ UNGER. Roberto Mangabeira. “A constituição do experimentalismo democrático”. In: **Revista de Direito Administrativo**. vol. 257. Rio de Janeiro: FGV, maio/agosto, 2011. p. 58.

cidadãos maduros, adultos, desnecessitados de tutela envolvendo a sua liberdade de escolha.

Com a consciência de que a democracia é aberta para a *natalidade*, para a criação do novo, e *perfectível*, suscetível de aperfeiçoamento contínuo, também importa considerar que ela se constitui como governo por discussão pública, não sendo suficiente, portanto, a imposição da vontade majoritária.

Temas como o desacordo público são essenciais para o robustecimento do processo democrático. O direito à oposição substancia, então, norma fundamental, aportando um requisito essencial para a formação de uma opinião pública democrática. Insista-se que a participação política do povo na tomada da decisão a propósito dos rumos das instituições públicas é indispensável, porém insuficiente. Deve haver alguma garantia de que o processo deliberativo seja mantido, que o diálogo continue, não sendo obstado pela vontade da maioria. Daí a indispensabilidade das “amarras” constitucionais.

Convém nesta altura lembrar Cass Sunstein para quem, prestando-se os direitos fundamentalmente para a proteção de certas posições jurídicas diante da vontade majoritária, desempenham eles, também, outras funções, como a que se identifica com proteção da própria democracia, bastante evidente nos casos da liberdade de expressão e de informação.³⁹

Em suma, não é possível entender de maneira fragmentada as tradições que conformam o desenho institucional brasileiro. Se, por um lado, floresce demanda pelo robustecimento do republicanismo, das virtudes cívicas, da moralidade pública, por outro lado, as tradições liberal e democrática também presentes em nosso constitucionalismo não podem ser esquecidas.

Isso tudo está a indicar que temas políticos de alta tensão, como o caso da Ficha Limpa, não podem ser resolvidos a partir de uma tomada de posição ortodoxa, desatenta à complexidade inerente a uma normativa constitucional compromissória.

³⁹ SUSNTEIN, Cass R. “Constituciones y democracias: epílogo”. p. 345.

CLÈVE, Clèmerson Merlin. LORENZETTO, Bruno Meneses. Jurisdição constitucional e paternalismo: reflexões sobre a *Lei da ficha limpa*. Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.9, n.1, 1º quadrimestre de 2014. Disponível em: www.univali.br/direitopolitica - ISSN 1980-7791.

Não há como negar que no contexto sócio-político no qual apareceu a Lei Complementar 135/2010, a busca pela moralização da política acabou por ganhar voz e peso determinantes, ainda que seus resultados práticos, para além dos efeitos simbólicos⁴⁰, não possam ser antecipados. Não se sabe se a “Lei da Ficha Limpa” terá o potencial efetivo para regenerar o quadro político brasileiro, embora este pareça constituir o anseio popular.⁴¹

4. CAMINHANDO PARA A CONCLUSÃO: EXIGÊNCIA CONSTITUCIONAL, LEI DE FICHA LIMPA E PATERNALISMO LIBERTÁRIO

Richard H. Thaler e Cass R. Sunstein propõem, em obra conjunta intitulada *Nudge*, uma arquitetura de escolhas. Segundo os autores, um arquiteto de escolhas teria como responsabilidade organizar o contexto no qual as pessoas tomam decisões.⁴² Afirmam que muitas pessoas cumprem o papel de “arquitetas de escolhas”, embora nem sempre percebam isso.

Defendem um “paternalismo libertário”,⁴³ não autoritário, portanto, no qual a perspectiva libertária da proposta se funda no entendimento de que as pessoas são livres para a definição de suas escolhas, cabendo, todavia, ao Poder Público, a tarefa de orientá-las para prevenir aquelas cujos resultados são ou podem ser indesejáveis.

⁴⁰ Sobre a constitucionalização simbólica conferir livro de Marcelo Neves: NEVES, Marcelo. **A constitucionalização simbólica**. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

⁴¹ O seguinte alerta de Eros Grau, entretanto, merece ser lembrado: “Grandes apelos populares são impiedosos, podem conduzir a chacinas irreversíveis, linchamentos. O Poder Judiciário existe, nas democracias, para impedir esses excessos, especialmente se o Congresso os subscrever. (...) Temo, seriamente, de verdade. O perecimento das democracias começa assim. Estamos correndo sérios riscos. A escalada contra ela castra primeiro os direitos políticos, em seguida as garantias de liberdade. Pode estar começando, entre nós, com essa lei. A seguir, por conta dessa ou daquela moralidade, virá a censura das canções, do teatro. Depois de amanhã, se o Judiciário não der um basta a essa insensatez, os livros estarão sendo queimados, pode crer.” (GRAU, Eros Roberto. “Lei da Ficha Limpa põe em risco o estado de direito”).

⁴² THALER, Richard H.; SUNSTEIN, Cass R. **Nudge: o empurrão para a escolha certa**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009. p. 3.

⁴³ Proposta apresentada originariamente em: SUNSTEIN, Cass R.; THALER, Richard H. “Libertarian Paternalism is not an oxymoron”. In: **The University of Chicago Law Review**. vol. 70. n. 4, 2003. pp. 1159-1202.

A tentativa de combinar o aspecto *libertário* com o *paternalismo* visa, aduzem os autores, a preservação da liberdade. O paternalismo libertário seria, então, um “paternalismo fraco”, não-intrusivo, pois as escolhas feitas pelas pessoas não são bloqueadas ou obstruídas.⁴⁴

Logo, deduzem ser possível orientar as escolhas das pessoas, particularmente naquelas situações nas quais podem elas trazer sérias consequências pessoais ou coletivas. Nestes casos, o Poder Público atua por meio de uma “cutucada” (*nudge*), um “empurrão”, um auxílio com informações valiosas visando orientar a escolha a ser realizada.

Supondo ser isso possível entre nós, uma lista dos candidatos com problemas junto à justiça, ou que demonstre seu desempenho político no exercício dos cargos públicos, constituiria um modo de informar aos eleitores, constituindo exemplo de “paternalismo fraco”. Procura-se explicitar a condição daqueles que almejam se tornar representantes políticos, sem, contudo, impedir as respectivas candidaturas ou expropriar a capacidade decisória do eleitor. Para o proveito da autonomia dos sujeitos, a mão autoritária e tutelar do Estado deixa de operar.

A “Lei da ficha limpa” adota um paternalismo forte, afastando, através da inelegibilidade, a possibilidade de participação de determinadas pessoas no jogo político, o que implica, também, nessas hipóteses, expropriação da liberdade de escolha do eleitor. É verdade que há previsão constitucional. Portanto, a lei complementar deriva de uma escolha do Constituinte que não pode ser afastada. Mas o legislador, ao cumprir a determinação constitucional, poderia ter legislado de forma mais cuidadosa, menos invasiva. A quem, afinal, a “ficha limpa” protege? Aqueles eleitores que, na busca de “choque de moralidade” no campo político, demandaram ao Legislativo, e obtiveram, a proibição da candidatura de determinadas pessoas, conferindo uma interpretação forte – paternalista, mas, não libertária – da disposição constitucional que prevê “a moralidade para o exercício de mandato considerada a vida pregressa do candidato”? Será isso bom para o robustecimento do nosso sistema democrático? O resultado não poderá

⁴⁴ “Libertarian paternalism is a relatively weak and nonintrusive type of paternalism, because choices are not blocked or fenced off.” (SUNSTEIN, Cass R.; THALER, Richard H. “Libertarian Paternalism is not an oxymoron”. p. 1162).

ser exatamente o contrário? É correto, afinal, manter o corpo eleitoral numa condição de tutela e menoridade? Sendo a Constituição paternalista nesse ponto, não poderia o Legislador ser mais cuidadoso? E o Supremo Tribunal Federal, no julgamento da constitucionalidade da lei, precisava mesmo ser tão deferente, logo ele que em outros casos, bastante menos graves, foi tão ativista?

Aquilo que está implícito na Lei Complementar n. 135/2010 é a falibilidade humana, o entendimento de que, ao realizar escolhas, as pessoas podem escolher errado, tomando decisões contra-intuitivas. De fato, nem todos possuem compreensão, tempo e disposição para refletir adequadamente sobre as escolhas que devem realizar. Por isso, segundo a teoria de Thaler e Sunstein, as pessoas seriam “orientáveis”,⁴⁵ ou seja, poderiam ser informadas para melhor decidirem.

Identifica-se como um problema, no que tange à formulação das decisões – e a preocupação, aqui, trata de como as pessoas escolhem seus candidatos –, aquilo que Thaler e Sunstein chamam de “ignorância pluralista”,⁴⁶ na qual o desconhecimento por parte significativa da população sobre o que as outras pessoas pensam, leva ao seguimento do “bando”. Reitera-se um comportamento, não em virtude da existência de motivos racionais ou para a maximização da felicidade, mas apenas para seguir a maioria.

Diversas práticas sociais se sustentam nessa razão simples, razão pela qual uma “cutucada” poderia fazer com que as pessoas vissem o mesmo fenômeno com lentes diferentes. Pense-se, em termos nacionais, no “medo” de “perder o voto” de considerável parte da população, o que supõe a resistência em votar em candidatos que, à luz das pesquisas eleitorais, dificilmente serão eleitos. De fato, a voz que prevalece é a do “bando”, de um pragmatismo pobre. O mesmo se aplicaria aos fenômenos da permanência extremamente prolongada de certas famílias no mundo político, em virtude dos votos garantidos pela “tradição” (em sentido weberiano) dos nomes.

⁴⁵ THALER, Richard H.; SUNSTEIN, Cass R. **Nudge**. p. 40.

⁴⁶ THALER, Richard H.; SUNSTEIN, Cass R. **Nudge**. p. 63.

Para o “paternalismo libertário”, não há como fugir da arquitetura de escolhas e de seus efeitos. Por isso, a teoria propõe a adoção de políticas de informação e orientação para a tomada de decisões:

Ao enfatizar os efeitos da elaboração de planos nas escolhas, esperamos estimular os elaboradores de planos a se informar mais. E, ao defender uma verificação libertária dos planos ruins, esperamos criar uma forte salvaguarda contra planos mal analisados e com motivações ruins. Na medida em que o interesse individual é uma ferramenta saudável para controlar os planejadores, a liberdade de escolha é um importante corretivo.⁴⁷

O princípio que rege o “paternalismo libertário” se coloca no sentido de auxiliar as pessoas menos favorecidas, com menor conhecimento, não implicando, ao contrário de outras técnicas de intervenção, um custo elevado para aquelas pessoas que já dispõem do conhecimento suficiente para a definição de suas escolhas.

Talvez as lições do paternalismo libertário possam, com o tempo, ser incorporadas à nossa experiência, tão contaminada por iniciativas legislativas autoritárias, embora muitas vezes bem intencionadas, voltadas à satisfação de finalidades públicas ou sociais altamente meritórias. No caso da exigência plasmada no art. 14, parágrafo 9º, da Constituição, não há dúvida que o legislador satisfaz o comando constitucional, entretanto, atuando em várias hipóteses com excesso, em particular ao introduzir novas causas de inelegibilidade que não se ajustam de modo confortável com as vertentes liberal e democrática da nossa Lei Fundamental. Talvez pudesse o Legislador, nessas situações excedentes daquilo que foi estritamente exigido pelo Constituinte e que compõe, aceite-se, hipótese de inevitável paternalismo constitucional, seguir as veredas sugeridas pela doutrina do paternalismo libertário, para desenhar, com experimentalismo imaginativo, política pública voltada a oferecer ao eleitor as informações e o *empurrãozinho* suficientes para uma mais aprimorada tomada de decisão, tudo porém num quadro de orientação com respeito e consideração, sem tutela e, portanto, sem expropriação do poder decisório do cidadão eleitor.

⁴⁷ THALER, Richard H.; SUNSTEIN, Cass R. **Nudge**. p. 262.

CLÈVE, Clèmerson Merlin. LORENZETTO, Bruno Meneses. Jurisdição constitucional e paternalismo: reflexões sobre a *Lei da ficha limpa*. Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.9, n.1, 1º quadrimestre de 2014. Disponível em: www.univali.br/direitopolitica - ISSN 1980-7791.

REFERÊNCIAS DAS FONTES CITADAS

AMARAL, Roberto; CUNHA, Sérgio Sérvulo da. **Manual das eleições**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

BARROSO, Luís Roberto. "Constituição, democracia e supremacia judicial: direito e política no Brasil contemporâneo". In: FELLET, André Luiz Fernandes; et. all. (Org.). **As novas faces do ativismo judicial**. Salvador: Juspodivm, 2011.

CAMPILONGO, Celso Fernandes. **Direito e democracia**. São Paulo: Max Limonad, 1997.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Constituição dirigente e vinculação do legislador**. Coimbra: Coimbra Ed., 1998.

CLÈVE, Clèmerson Merlin. **Fidelidade partidária e impeachment**. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2012.

_____. **Medidas provisórias**. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

DIMOULIS, Dimitri; LUNARDI, Soraya Gasparetto. "Ativismo e autocontenção judicial no controle de constitucionalidade". In: FELLET, André Luiz Fernandes; et. all. (Org.). **As novas faces do ativismo judicial**. Salvador: Juspodivm, 2011.

DIXON, Rosalind. "Creating dialogue about socioeconomic rights: Strong-form versus weak-form judicial review revisited". In: **International Journal of Constitutional Law**. vol. 5. Oxford: Oxford University Press, 2007, pp. 391-418.

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

_____. "Rights as Trumps". In: WALDRON, J. **Theories of rights**. Oxford: University Press, 1984. pp. 153-167.

CLÈVE, Clèmerson Merlin. LORENZETTO, Bruno Meneses. Jurisdição constitucional e paternalismo: reflexões sobre a *Lei da ficha limpa*. Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.9, n.1, 1º quadrimestre de 2014. Disponível em: www.univali.br/direitoepolitica - ISSN 1980-7791.

ELY, John Hart. **Democracia e desconfiança**: uma teoria do controle judicial de constitucionalidade. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

GRAU, Eros Roberto. **Ensaio sobre a interpretação/aplicação do Direito**. São Paulo: Malheiros, 2002.

_____. "Lei da Ficha Limpa põe em risco o estado de direito". In: **O Estado de São Paulo**, São Paulo, 03 de agosto de 2010.

HOLMES, Stephen. "El precompomiso y la paradoja de la democracia". In: ELSTER, Jon; SLAGSTAD, Rune. **Constitucionalismo y democracia**. México D.F.: Fondo de Cultura Económica, 1999.

LÓPEZ MEDINA, Diego Eduardo. **Teoría Impura del Derecho**: la transformación de la cultura jurídica latino-americana. Bogotá: Legis, 2012.

LORENZETTO, Bruno Meneses. "O debate entre Kelsen e Schmitt sobre o Guardião da Constituição". In: **Anais do XVIII Congresso Nacional do CONPEDI**. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2009.

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

PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique. **Derechos humanos, Estado de derecho y Constitución**. 6. ed. Madrid: Tecnos, 1999.

RAMAYANA, Marcos. **Direito eleitoral**. 8. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2008.

ROSENFELD, Michel. "Modern constitutionalism as interplay between identity and diversity". In: ROSENFELD, Michel. **Constitutionalism, Identity, Difference, and Legitimacy**: Theoretical Perspectives. Durham; London: Duke University Press, 1994.

SEN, Amartya. **A ideia de justiça**. São Paulo: Companhia das Letras, 2011.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 30ª ed. São Paulo: Malheiros, 2008. P. 388.

CLÈVE, Clèmerson Merlin. LORENZETTO, Bruno Meneses. Jurisdição constitucional e paternalismo: reflexões sobre a *Lei da ficha limpa*. Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.9, n.1, 1º quadrimestre de 2014. Disponível em: www.univali.br/direitoepolitica - ISSN 1980-7791.

_____. **Poder constituinte e poder popular**: estudos sobre a Constituição. São Paulo: Malheiros, 2000.

SUNSTEIN, Cass R. "Constituciones y democracias: epílogo". In: ELSTER, Jon; SLAGSTAD, Rune. **Constitucionalismo y democracia**. México D.F.: Fondo de Cultura Económica, 1999.

_____. **One Case at Time**: judicial minimalism on the supreme court. Cambridge: Oxford University Press, 1999

SUNSTEIN, Cass R.; THALER, Richard H. "Libertarian Paternalism is not an oxymoron". In: **The University of Chicago Law Review**. vol. 70. n. 4, 2003. pp. 1159-1202.

THALER, Richard H.; SUNSTEIN, Cass R. **Nudge**: o empurrão para a escolha certa. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009.

TUSHNET, Mark. **Taking the Constitution Away from the Courts**. Princeton: Princeton University Press, 1999.

UNGER. Roberto Mangabeira. "A constituição do experimentalismo democrático". In: **Revista de Direito Administrativo**. vol. 257. Rio de Janeiro: FGV, maio/agosto, 2011.

WALDRON, Jeremy. "The Core of the Case Against Judicial Review". In: **The Yale law journal**, v. 115, 2006, pp. 1346-1406.

Submetido em: Junho/2013

Aprovado em: Dezembro/2013