

ANDRÉ GARCIA XEREZ SILVA

**A TOLERÂNCIA NO PROCESSO ELEITORAL BRASILEIRO:  
CONTORNOS JURÍDICOS E PERSPECTIVAS**

Tese de Doutorado

Orientadora: Profa. Dra. Monica Herman Salem Caggiano

**UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO  
FACULDADE DE DIREITO  
SÃO PAULO  
2020**



ANDRÉ GARCIA XEREZ SILVA

**A TOLERÂNCIA NO PROCESSO ELEITORAL BRASILEIRO:  
CONTORNOS JURÍDICOS E PERSPECTIVAS**

Tese apresentada a Banca Examinadora do Programa de Pós-Graduação em Direito, da Faculdade de direito da Universidade de São Paulo, como exigência parcial para obtenção do título de Doutor em Direito, na área de concentração Direito do Estado, sob a orientação da Profa. Dra. Monica Herman Salem Caggiano.

**UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO  
FACULDADE DE DIREITO  
SÃO PAULO  
2020**

Catálogo da Publicação  
Serviço de Biblioteca e Documentação  
Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo

---

Garcia Xerez Silva, André

A tolerância no processo eleitoral brasileiro:  
contornos jurídicos e perspectivas ; André Garcia  
Xerez Silva ; orientadora Monica Salem Herman  
Caggiano -- São Paulo, 2020.

272

Tese (Doutorado - Programa de Pós-Graduação em  
Direito do Estado) - Faculdade de Direito,  
Universidade de São Paulo, 2020.

1. Tolerância. 2. Processo eleitoral. 3. Jurisdição  
eleitoral . 4. Democracia. I. Salem Herman Caggiano  
, Monica, orient. II. Título.

---

**ANDRÉ GARCIA XEREZ SILVA**

**A TOLERÂNCIA NO PROCESSO ELEITORAL  
BRASILEIRO: CONTORNOS JURÍDICOS E  
PERSPECTIVAS**

Tese apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito de Estado, como requisito para obtenção do título de Doutor em Direito do Estado.

Orientadora: Prof.<sup>a</sup> Dr.<sup>a</sup> Monica Herman Salem Caggiano.

BANCA EXAMINADORA

---

---

---

---

---



*A todos os seres humanos, para manter viva a lembrança do atributo que assim  
lhes define e une: sua humanidade.*





## AGRADECIMENTOS

Receio que redigir os agradecimentos na medida e na justiça devida a todas as pessoas que contribuíram nesta empreitada ultrapassaria em extensão o texto da própria tese, certamente inviabilizando sua apresentação e tornando inócuo tal esforço, o que me obriga exercer o máximo poder de síntese ao qual já me submeti. Foram anos de renúncias, sacrifícios, incontáveis vôos de Fortaleza pra São Paulo e, acima de tudo, muito aprendizado no universo acadêmico propiciado pela tradicional e prestigiada Universidade de São Paulo.

Logo após concluir meu mestrado em 2014, estava decidido a não interromper a jornada investigativa pela busca de conhecimento, quando, de imediato, comecei a avaliar as condições e a viabilidade para cogitar me aventurar no processo seletivo do maior Programa de Pós Graduação em Direito do país. Estimulado pelo então chefe, hoje sócio, Dr. Hélio Parente, e sempre orientado pelo Prof. Dr. Martonio Mont’Alverne Barreto Lima, fui aprovado no início de 2015, como aluno especial, na disciplina “Princípios do Direito Eleitoral na jurisprudência do TSE e STF, ministrada pela Profa. Dra. Monica Herman Salem Caggiano, que futuramente me honraria com sua valiosa orientação.

Para assistir as aulas durante aquele semestre, que aconteciam todas as segundas-feiras, às 9h da manhã, embarcava em um vôo semanal que partia 3h da madrugada e pousava em torno de 6h30 em Guarulhos, de onde eu seguia direto para a Faculdade de Direito e retornava no final de dia para Fortaleza após o curso. Meu primo Yuri, operosa e voluntariamente, saía de casa e me levava para o aeroporto todas as madrugadas de segunda-feira, pelo simples motivo de acreditar na minha formação e capacidade para oferecer alguma contribuição à sociedade, a quem cabe essa explícita e humilde expressão de gratidão, por um gesto que talvez pareça pequeno, mas que, para mim, sempre foi de gigantesca importância.

A logística para o doutorado também rendeu um dos maiores legados que eu pretendo preservar por muito tempo. Ricardo Grillo, amigo de primeira hora, de maneira completamente espontânea e unilateral, abrigou-me em São Paulo durante essa jornada em sua residência. Não é exagerado dizer que fui realmente adotado por ele, que gentilmente não só me transportava para meus compromissos acadêmicos, mas também os assistia quando tinha a oportunidade. A convivência nesse período presenteou-me com o estreitamento dos nossos laços de amizade e, principalmente, com muito aprendizado diante da oportunidade de

testemunhar a nobreza de seu caráter, que, a despeito das agruras do tempo, jamais perdeu a leveza e a capacidade de acreditar nas pessoas.

Com a aprovação no processo seletivo para aluno regular do Programa, iniciou-se uma nova etapa de engajamento e compromisso com todas as obrigações acadêmicas decorrentes das graves responsabilidades que acarretam o percurso para a titulação pretendida. Indubitavelmente, a liderança e orientação da Prof. Dra. Monica Caggiano foi decisiva para que fosse possível concluir esta saga da maneira enriquecedora como foi. Lúcida, serena, técnica, sem jamais abandonar o rigor científico no manuseio dos conceitos jurídicos, seu olhar criterioso e cirúrgico permitiu que se desenvolvessem as reflexões necessárias para submeter à comunidade científica a presente investigação. Na esteira de seu rigor conceitual, sei que não há palavra no vocabulário português com a fidelidade semântica necessária para exprimir a real envergadura do sentimento de gratidão a qual eu possa recorrer no momento para agradecer à Professora Monica por haver confiado e acreditado em mim, desde quando fui seu aluno especial até a última revisão deste trabalho. Espero haver minimamente correspondido e, quem sabe, colaborado para sua incansável e intransigente defesa da democracia.

A inteligência e perspicácia do Prof. Dr. Cláudio Salvador Lembo é um privilégio que me foi oportunizado desfrutar nas aulas ministradas pela Professora Monica Caggiano. Bem humorado e arguto em suas provocações, o Professor Lembo sempre ofereceu uma visão crítica da realidade na contramão de modelos dogmáticos estrangeiros que se costumam importar na tentativa de explicar, sem sucesso, os problemas brasileiros. Foi uma honra conviver com tamanho intelecto, agora também emprestado para esta banca de doutorado.

Os conterrâneos, Prof. Dr. Martonio Mont'Alverne Barreto Lima e Profa. Dra. Raquel Cavalcanti Ramos Machado aceitaram o convite para abandonar provisoriamente nosso Ceará a fim de participar desta solene ocasião de avaliação crítica do meu estudo, a quem agradeço, desde já, tanto pela pronta aceitação do convite, quanto pelas produções acadêmicas que subsidiaram esta pesquisa.

O desafio é proporcional à credibilidade dos nomes do Prof. Dr. Gilberto Bercovici e Prof. Dr. Carlos Bastide Horbach, que personificam a grandeza e a autoridade intelectual que a Universidade de São Paulo representa na comunidade acadêmica, a quem também agradeço a oportunidade de submeter minhas inquietações a intelectuais de tamanha expressão.

À minha família, cuja definição se materializa no apoio que irrestritamente me foi ofertado, é necessário reiterar o sentimento de gratidão aos meus pais, Adrienne e João Júnior, por quem eu sempre lutei para superar os percalços vida. Meus avós maternos, Jeanne e Adriano, continuam alimentando doçura na minha vida, verdadeiro combustível para enfrentar todos os obstáculos. Meus avós paternos, Diana, hoje presente em memória, e João Silva, são exemplos de entrega e carinho absoluto, dos quais pude me acalantar.

Minha namorada, Roberta, esteve presente ao meu lado em todas as etapas percorridas até este momento, desde a aprovação no exame de proficiência em língua estrangeira no processo seletivo, testemunhando meu nervosismo ao conferir o gabarito, até os silenciosos dias em que eu precisava me concentrar para tentar exercer uma profícua produção intelectual à altura deste Programa. Seu companheirismo, carinho e compreensão também são autores desta tese e estão grafados nas letras e ideias aqui reproduzidas, ainda que, em razão das formalidades acadêmicas, não constem nas notas de rodapé.

Os meus colegas do Programa dividiram aflições parecidas de modo a nos ajudarmos mutuamente. Alessandra Sales, Glauco Costa Leite, Nicanor Komata e Lucas Verdero foram fundamentais interlocutores no encurtamento da distância entre Fortaleza e São Paulo na condução de todas as atividades acadêmicas e administrativas, além de serem competentes profissionais dos quais pude apreender e assimilar enriquecedoras reflexões.

Finalmente, Natalia Tammone aceitou revisar minha pesquisa, oportunidade em que me foram revelados ajustes importantes e necessários na correção de “pontos cegos” quando a exaustão manifestava seus primeiros sinais. Seu rigor científico elevou esta pesquisa aos padrões oficiais qualificadores da credibilidade da pesquisa acadêmica, pelo que são dignos de nota e merecida gratidão os seus esforços prestados.

Atravessar um curso de Doutorado em Direito na Universidade de São Paulo é um degrau que me afigurava intangível sob vários aspectos. A conclusão desta jornada representa a superação de etapas no tempo e modo que não poderiam hoje parecer mais acertados. Submeti-me ao vestibular para ingressar no curso de Direito em 2006 na Universidade de Fortaleza, na Universidade Federal do Ceará e Universidade de São Paulo. Naquela época, fui aprovado apenas na UNIFOR, onde concluí minha graduação em 2012, ano no qual também fui aprovado para o Mestrado da Universidade Federal do Ceará, obtendo a titulação de Mestre em 2014. Eis que agora o ápice da minha vida acadêmica se encerra onde um dia se fechou uma porta na minha vida. Espero que todos os anos de investigação e pesquisa

acumulados façam jus ao protagonismo intelectual dos egressos desta Universidade de São Paulo e, sobretudo, que esta tese seja capaz de contribuir com o aprimoramento da Ciência Jurídica, de nossas instituições e fortaleça, cada vez mais, a crença nos valores democráticos para a preservação de toda a beleza e riqueza da vida que repousa na diversidade humana.

*“Are there any queers in the theatre tonight?*

*Get 'em up against the wall!*

*Now that one in the spotlight, he don't look right  
to me*

*Get him up against the wall!*

*That one looks Jewish!*

*And that one's a coon!*

*Who let all this riff-raff into the room?*

*There's one smoking a joint!*

*And another with spots!*

*If I had my way I'd have all of you shot!”*

(Pink Floyd – In The Flesh).



## RESUMO

Este trabalho problematiza uma possível retração dos regimes democráticos na contemporaneidade em face da ascensão de diversas expressões de intolerância entre os indivíduos na sociedade e o enfrentamento desse fenômeno pela jurisdição eleitoral brasileira. A fim de assegurar a subsistência e longevidade do regime democrático, procura-se assentar a tolerância como elemento teórico fundamental da democracia, com base no estudo de obras clássicas e modernas da Filosofia, Ciência Política e Jurídica, de modo a revelar a essencialidade do conceito como indicador de qualidade democrática. Em seguida, pretende-se demonstrar os reflexos da intolerância na corrosão do tecido social que conduzem à fragilização e ruína da democracia. Para tanto, procede-se ao exame histórico dos principais aspectos políticos e jurídicos da realidade estrangeira vivenciada pelo Nacional Socialismo alemão, enquanto emblemática e sofisticada experiência da conformação estatal e institucional à perseguição de grupos marginalizados social e juridicamente, e se analisa a realidade brasileira a partir do exame das consequências de sua colonização e da formação de uma cultura de violência, além do enfrentamento crítico do julgamento do Habeas Corpus n. 82.424 pelo Supremo Tribunal Federal. Por fim, na condição de instituição indispensável à garantia da democracia brasileira, situa-se a Justiça Eleitoral como protagonista na defesa da regularidade e legitimidade do processo eleitoral. Investiga-se criticamente o conjunto da legislação que compõe a grade de proteção normativa da tolerância no embate eleitoral no que diz respeito ao regime jurídico dos partidos políticos, propaganda eleitoral, inelegibilidades e abuso de poder nas eleições, a fim de propor categorias analíticas e conceitos jurídicos capazes de aperfeiçoar o controle judicial exercido pela Justiça Eleitoral destinado a inibir condutas que incitam à propagação da intolerância de maneira a fortalecer os postulados da democracia.

Palavras-chave: TOLERÂNCIA; PROCESSO ELEITORAL; JURISDIÇÃO ELEITORAL; DEMOCRACIA.

## ABSTRACT

This research problematizes a possible retraction of democratic regimes in contemporary times due to the rise of various expressions of intolerance among individuals in society and the confrontation of this phenomenon by the Brazilian electoral jurisdiction. To ensure the subsistence and longevity of the democratic regime, it seeks to establish tolerance as a fundamental theoretical element of democracy, based on the study of classical and modern works of philosophy, political science and law, in order to reveal the essentiality of the concept as an indicator of democratic quality. Then, it is intended to demonstrate the reflections of intolerance in the corrosion of the social contexture that lead to the weakening and ruin of democracy. To this end, a historical examination of the main political and legal aspects of the foreign reality experienced by the German National Socialism is performed as an emblematic and sophisticated experience of state and institutional conformation to the persecution of socially and legally marginalized groups, and the Brazilian reality is analyzed from the study of the consequences of its colonization and the formation of a culture of violence, besides the critical analysis of the judgment of Habeas Corpus. 82.424 by the Federal Supreme Court. Finally, as an indispensable institution for the guarantee of Brazilian democracy, the Electoral Justice is situated as a protagonist in the defense of the regularity and legitimacy of the electoral process. The legislation set that makes up the normative protection grid of tolerance in the electoral dispute with regard to the juridical regime of political parties, electoral propaganda and abuse of power in the elections is critically examined, in order to propose analytical categories and juridical concepts capable to enhancing the judicial control exercised by the Electoral Justice to inhibit behaviors that encourages the spread of intolerance in order to fortify the postulates of democracy.

Keywords: TOLERANCE; ELECTORAL PROCESS; ELECTORAL JURISDICTION; DEMOCRACY.



## SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	19
1. TOLERÂNCIA COMO FUNDAMENTO DA DEMOCRACIA .....	27
1.1 A coletivização dos afetos e a potência da multidão em Espinosa.....	29
1.2 A dualidade formal e material da democracia: procedimentalismo ou substancialismo? .....	43
1.3 O paradoxo da tolerância .....	54
1.4 Tutela jurídica das minorias e oposição na política.....	71
2. A INTOLERÂNCIA E SEUS REFLEXOS .....	93
2.1 A ascensão do Nacional Socialismo: principais aspectos políticos e jurídicos .....	94
2.1.1 O caso Dreyfus.....	95
2.1.2 A queda da República de Weimar.....	99
2.1.3 A trajetória e as consequências de Hitler para a democracia .....	106
2.2 Violência e intolerância na formação brasileira .....	121
2.2.1. Reflexos do passado colonial.....	121
2.2.2 A cultura da violência .....	138
2.2.3 O julgamento de Siegfried Ellwanger pelo Supremo Tribunal Federal.....	150
3. A PROTEÇÃO JURÍDICA DA TOLERÂNCIA NO PROCESSO ELEITORAL BRASILEIRO .....	166
3.1 Justiça Eleitoral como instituição garantidora da democracia .....	173
3.2 Disciplina jurídica da tolerância na legislação eleitoral .....	179
3.2.1 Registro, funcionamento e cassação dos partidos políticos .....	180
3.2.2 Propaganda eleitoral.....	192
3.2.3 Inelegibilidade.....	209
3.3 Abuso de poder.....	228
CONCLUSÃO .....	253
BIBLIOGRAFIA .....	266



## INTRODUÇÃO

A história da democracia não foi sempre linear e progressiva na direção de sua expansão e aprimoramento. Ao contrário, o que se percebe é um movimento pendular, próprio da dialética dos conflitos e contradições históricas que a luta por um regime de governo como a democracia encerra. Quem parece oferecer a melhor radiografia desse movimento é Samuel Huntington, ao catalogar as ondas de democratização que foram sucedidas por ondas reversas, considerando as transições entre governos democráticos e não democráticos por meio de um estudo descritivo de cada realidade nacional.

A primeira onda, longa, de democratização, com raízes nas revoluções americana e francesa, manifestou-se nos anos de 1828 a 1926. A primeira onda reversa começou em 1922, com a marcha para Roma e o controle da frágil democracia italiana por Mussolini, passando pela conquista do poder por Hitler em 1933, encerrando-se em 1942. A segunda onda, curta, de democratização se estendeu de 1943 a 1962, período marcado pela influência do final da Segunda Guerra Mundial, que promoveu a inauguração de instituições democráticas na Alemanha Ocidental, Itália, Áustria, Japão, Coreia, Europa, além de Uruguai, Brasil, Costa Rica, Argentina, Colômbia, Peru e Venezuela, na América Latina. A segunda onda reversa, situada de 1958 a 1975, marcou a instalação de regimes militares, sobretudo na América Latina, mas também na Ásia (Paquistão, Coreia, Indonésia, Filipinas e Taiwan) e no Mediterrâneo (Grécia e Turquia). Finalmente, a terceira onda de democratização iniciou-se em 1974, com a Revolução dos Cravos em Portugal, seguindo-se pelos 15 anos subsequentes, com a substituição de regimes autoritários por democráticos em aproximadamente 30 países da Europa, Ásia e América Latina, além de uma considerável liberalização em regimes autoritários na África e no Oriente Médio<sup>1</sup>.

O estudo de Huntington, publicado em 1994, indica um padrão de expansão e retração das democracias nada alvissareiro para o futuro da democracia na atual quadra histórica, considerando, caso ele esteja correto, que a próxima etapa do movimento será fatalmente uma terceira onda reversa contra a onda de democratização iniciada em 1974. A

---

<sup>1</sup> HUNTINGTON, Samuel P. **A terceira onda: a democratização do século XX**. Tradução de Sergio Gois de Paula). Ática: São Paulo, 1994, p. 25.

consagração da democracia no século XXI não parece ser suficiente para garantir sua sobrevivência e longevidade de maneira irreversível.

Diversos acontecimentos recentes mundo afora revelam uma aparente ascensão do sentimento de ódio e intolerância nas sociedades contemporâneas, culminando com ações violentas contra determinados grupos, motivadas por uma (ir)racionalidade política, étnica, ideológica, religiosa ou sexual. A gravidade do que a convivência social vem experimentando merece ser encarada racionalmente para examinar com lucidez a complexidade dos desafios com os quais os governos e as sociedades modernas se deparam. Há uma inevitabilidade do enfraquecimento e esgotamento dos regimes democráticos naturalmente com o curso do tempo? É possível que a ciência do Direito enfrente uma onda reversa de democratização a ponto de evitá-la ou, pelo menos, mitigá-la? O que o Estado e a política podem fazer na intermediação dos conflitos que são inerentes à democracia, mas que, em determinada medida, podem arruiná-la? A democracia conforma-se a manifestações de intolerância, até certo ponto, indissociáveis do convívio entre diferentes indivíduos? Qual controle pode ser exercido contra a disseminação da intolerância, especificamente no âmbito do processo eleitoral brasileiro? Interessa ao Direito se ocupar dessas questões?

Essas reflexões não recomendam uma compreensão isolada de episódios que atentem contra o constitucionalismo democrático. A consciência universal assimilou com profundo espanto o terror provocado pela Segunda Guerra Mundial, que divisou a história e obrigou repensar os rumos e o papel das instituições que governam as sociedades.

É inquietante a narração de Hannah Arendt sobre o julgamento de Eichmann, que, mesmo tendo afirmado aos seus homens nos últimos dias de guerra: “eu vou dançar no meu túmulo, rindo, porque a morte de 5 milhões de judeus [...] na consciência me dá enorme satisfação”<sup>2</sup>, declarou-se perante a Corte Distrital de Jerusalém “inocente, no sentido da acusação”<sup>3</sup>. À medida que Eichmann era ouvido sobre declarações como a de que “teria mandado seu próprio pai para a morte se isso tivesse exigido”<sup>4</sup>, percebia-se que não se estava diante de um monstro, mas de alguém completamente incapaz de pensar sob

---

<sup>2</sup> ARENDT, Hannah. **Eichmann em Jerusalém: um relato sobre a banalidade do mal**. São Paulo: Companhia das Letras, 1999, p. 59.

<sup>3</sup> *Ibidem*, p. 32.

<sup>4</sup> *Ibidem*, p. 54.

o ponto de vista de outra pessoa e para além de toda a burocracia alienante da função que ocupava.

Com o espólio da Segunda Guerra, o constitucionalismo ingressou em uma nova fase: a tentativa da cultura de direitos humanos sobreveio como resposta ao aprendizado decorrente desse genocídio. O papel do Direito e das instituições redefiniu-se em favor de um pensamento que ofertasse uma tutela de proteção mínima ao cidadão que garantisse sua existência digna em vários aspectos. Róis de direitos fundamentais foram encartados pelas constituições e, sem uma nova grande guerra, o mundo experimentou relativa estabilidade, pelo menos em relação ao abismo degradante do qual acabava de começar a se recuperar.

Apesar da transformação causada pelos impactos da Segunda Guerra e o despertar para uma preocupação mais sensível com a ascensão de novos regimes antidemocráticos, a literatura remonta episódios anteriores ao século XX, que retratam a corrosão do tecido social causado pelo sentimento antissemita, já no século XVI, na obra de Shakespeare. Em *O Mercador de Veneza*, o escritor expressa o comovente desabafo enfurecido de Shylock, um rico judeu, ao tentar ser dissuadido de cobrar um pedaço de carne do cristão que lhe estava em débito, segundo fora pactuado:

Sou um judeu. Então, um judeu não possui olhos? Um judeu não possui mãos, órgãos, dimensões, sentidos, afeições, paixões? Não é alimentado pelos mesmos alimentos, ferido com as mesmas armas, sujeito às mesmas doenças, curado pelos mesmos meios, aquecido e esfriado pelo mesmo verão e pelo mesmo inverno que um cristão? Se nos picais, não sangramos? Se nos fazeis cócegas, não rimos? Se nos envenenais, não morremos? E se vós nos ultrajais, não nos vingamos? Se somos como vós quanto ao resto, somos semelhantes também nisto<sup>5</sup>.

Tom Holland busca explicações no avanço do Império persa contra a resistência grega, em 480 A.C., pois “se os gregos tivessem sido subjugados pela invasão de Xerxes, chegasse mesmo a existir a entidade chamada ocidente”<sup>6</sup>. Nesse conflito já remontam as primeiras raízes de conceitos como “o monoteísmo e a noção de um Estado universal, democracia e totalitarismo: tudo isso pode ter suas origens traçadas remontando ao período das Guerras Persas”<sup>7</sup>.

---

<sup>5</sup> SHAKESPEARE, William. *O mercador de Veneza*. 2. ed. São Paulo: Martin Claret, 2013, pp. 69-70.

<sup>6</sup> HOLLAND, Tom. *Fogo persa*. Rio de Janeiro: Record, 2008, p. 17.

<sup>7</sup> *Ibidem*, p. 21.

Assim, analisar os principais acontecimentos e fenômenos que revelam os caminhos do pensamento constitucional e político na edificação da tolerância como elemento necessário ao regime democrático, com ênfase na modernidade, é tarefa que, a par da preocupação humanitária com o destino da sociedade, merece investigação acadêmica no plano do Direito do Estado, pois lhe incumbe diretamente a (re)formulação do pacto social para refletir as perspectivas de um constitucionalismo democrático na modernidade, que se propõe a ser examinado no curso deste estudo sob a ótica dos instrumentos jurídicos à disposição da legislação brasileira para coibir a disseminação da intolerância durante o processo eleitoral. Portanto, o estudo e a definição da democracia como forma de governo e de representação política precisa se perguntar a que se devem os novos impulsos contrários à democracia que voltam a frequentar a cena política.

A preocupação deve ser transposta para a atualidade e a aparente normalidade democrática, visto que, conforme adverte Monica Caggiano<sup>8</sup>, “o processo eleitoral para a seleção de governantes/representantes não é, todavia, exclusividade da democracia, mas é utilizado, com características e tonalidades diversas, até mesmo sob regimes autoritários e totalitários”. Da observação desse sintoma, a pensadora denuncia a insuficiência da mecânica eleitoral para identificação do regime político, bem como revela que o sufrágio “não é garantia da efetiva concretização do princípio representativo”<sup>9</sup>. Por isso, é evidente a necessidade de se recorrer ao Direito do Estado para a investigação que se planeja.

O diagnóstico de Jacques Rancière sugere que, em virtude da lógica democrática que subverte a ordem natural de títulos que orienta as relações sociais, democracia pode significar, nessa perspectiva, “um governo anárquico, fundamentado em nada mais do que na ausência de qualquer título para governar”<sup>10</sup>. Daí por que não é difícil concluir que o “governo de qualquer um está fadado ao ódio infundável de todos aqueles que têm de apresentar títulos para o governo dos homens: nascimento, riqueza ou ciência”<sup>11</sup>.

Interligar essas questões à luz do papel do Direito e do Estado sugere uma análise filosófica, social, jurídica e política da intolerância na modernidade como ameaça ao caminhar democrático da humanidade. Para a subsistência da democracia, a tolerância é um de seus fundamentos indispensáveis sobre o qual se assenta o regime, que merece ser

---

<sup>8</sup> CAGGIANO, Monica Herman Salem. **Direito parlamentar e direito eleitoral**. Barueri: Manole, 2004, p. 75.

<sup>9</sup> *Ibidem*, p. 76.

<sup>10</sup> RANCIÈRE, Jacques. **O ódio à democracia**. São Paulo: Boitempo, 2014, p. 57.

<sup>11</sup> *Ibidem*, p. 119.

particular tutela jurídica, especialmente durante o curso do processo eleitoral, na medida em que consiste no ápice do florescimento e da mobilização dos conflitos políticos e de ideias, a partir do qual a legitimidade do voto poderá vir a fundamentar a ideologia defendida do candidato vitorioso nas urnas, além de a via eleitoral ser o canal pelo qual as rupturas democráticas atualmente se desenvolvem.

Para finalidade deste trabalho e a fim de manter sua centralidade teórica, os autores aqui referenciados servirão de suporte para o olhar a ser lançado no constitucionalismo democrático brasileiro e suas perspectivas após 1988. Esse referencial teórico inicial delimitará as reflexões a serem aprofundadas e desenvolvidas, visando a analisar a tolerância enquanto elemento necessário ao regime democrático, os reflexos da ascensão da intolerância para o Estado Democrático de Direito e os desafios que o Direito deverá cumprir na consolidação da democracia no que diz respeito ao aparato jurídico que regulamenta o processo eleitoral brasileiro na inibição de manifestações de ódio.

Partindo dos termos acima problematizados acerca do objeto em estudo, serão examinadas, inicialmente, as premissas filosóficas, políticas e jurídicas que permitem argumentar que a tolerância representa um dos fundamentos da democracia. Para tanto, examinar-se-á a contribuição do pensamento filosófico de Baruch de Espinosa na conformação das relações do indivíduo com a sociedade com base nos principais conceitos de sua obra. Procurar-se-á problematizar as dimensões formal e material de democracia sob a ótica de proteção das diferenças, bem como analisar a aparente contradição decorrente do paradoxo da tolerância quanto aos controversos limites da convivência com intolerância e se apresentará a importância constitucional da tutela jurídica das minorias e da oposição na política na edificação desta ideia.

Em seguida, serão demonstrados os reflexos da intolerância na corrosão do tecido social até a ruína do governo democrático. Em que pese a vasta extensão de experiências globais de regimes institucionais antidemocráticos, dada a sua relevância e sofisticação de funcionamento baseada na mais emblemática expressão de ódio e intolerância universal, cujo contexto social, político e jurídico que levou à falência da democracia, ascensão do Nacional Socialismo na Alemanha afigurar-se-á etapa intelectual necessária a ser percorrida. Não obstante, não haveria como descurar do cenário local para complementar a visão colhida na experiência estrangeira, a fim de desconstruir uma mitologia romântica de uma relativa facilidade na integração cultural dos diversos segmentos que compõem a

sociedade brasileira, motivo pelo qual a realidade nacional merecerá ocupar espaço nesta reflexão, por meio do exame das consequências de nossas raízes coloniais, uma proposta de compreensão da institucionalização de uma cultura da violência e o enfrentamento crítico do julgamento do *Habeas Corpus* n. 82.424-2 pelo Supremo Tribunal Federal, que ficou conhecido como caso “Siegfried Ellwanger”.

Percorridas essas premissas, será dissecada a legislação brasileira que regula a lisura e legitimidade do processo eleitoral brasileiro e suas interseções com a tutela jurídica da tolerância. Há um plexo normativo esparso que atravessa diversos temas relacionados à disciplina dos partidos políticos, propaganda eleitoral, inelegibilidades e abuso de poder, que se pretende examinar sob a ótica do âmbito de proteção da tolerância, assegurada sob diversos aspectos no embate eleitoral.

A criação da Justiça Eleitoral deverá ser compreendida, assim, antes de tudo, como instituição destinada a garantir o pleno funcionamento da democracia. É no âmbito de sua jurisdição que os conflitos decorrentes por mandatos eletivos se resolvem e a seus integrantes cabe oferecer as diretrizes e parâmetros de controle que impactarão na conduta dos candidatos. Além de sua função jurisdicional, no exercício de sua função administrativa e normativa, esta Justiça Especializada do Poder Judiciário desempenha papel decisivo na consolidação da democracia e na proteção de seus postulados. Por isso, o curso do processo eleitoral com os conflitos que lhes são inerentes foi delimitado como o fenômeno jurídico sensível a ser dissecado no que se refere à análise crítica da grade de proteção da tolerância, uma vez que lhe caberá, em última instância, chancelar e atestar a legalidade do mandato eletivo conferido com base na expressão popular à luz dos ditames constitucionais.

Conforme percebeu Dahl<sup>12</sup>, as variações no sistema constitucional não interferem diretamente na consolidação das principais democracias maduras do mundo, pois sua promoção depende mais da crença e cultura compartilhada pela elite política, jurídica e cultural. Reforça essa compreensão Dworkin<sup>13</sup>, para quem a democracia não será saudável com uma profunda e ácida divisão e sem argumentos verdadeiros, porque se tornaria apenas uma tirania de números.

---

<sup>12</sup> DAHL, Robert. **How democratic is the American constitution?** 2. ed. Yale: Yale University Press, 2003, p. 99.

<sup>13</sup> DWORKIN, Ronald. **Is democracy possible here?: principles for a new political debate.** Princeton: Princeton University Press, 2008, p. 6.



O papel do Direito na mediação dos conflitos sociais que ameaçam a sobrevivência democrática é tarefa iminente, diante da necessidade de se evitar, ou, pelo menos, mitigar, uma nova retração democrática cujas consequências o mundo testemunhou em um passado não tão distante. A ciência jurídica deve assimilar uma abordagem interdisciplinar a fim de trazer para seu objeto de estudo fatos sociais que dialoguem com o fenômeno jurídico, o que justifica esta tese, como reflexão destinada à compreensão da nova fase de desafios que afligem o constitucionalismo democrático no âmbito do processo eleitoral brasileiro.

A originalidade do projeto de tese está diretamente relacionada à especificidade da situação vivenciada no Brasil e no mundo. Ainda que se localizem muitos estudos na literatura jurídica sobre democracia, pouco ainda tem se teorizado a respeito da nova realidade política, que desafia as atuais ordens democráticas a provarem perante a História sua plena consolidação, motivo pelo qual se propõe examinar como pode a democracia resistir aos novos impulsos antidemocráticos da modernidade por meio da investigação científica da proteção jurídica da tolerância na legislação eleitoral brasileira. Além disso, pretende-se oferecer uma releitura crítica das normas que interferem na defesa da tolerância a fim de sugerir categorias analíticas e conceitos interpretativos sobre a grade de proteção democrática brasileira capazes de abranger a realidade estudada com base nos clássicos e modernos pensamentos da literatura sobre o tema.

Não se trata de revisão de discussão acumulada no pensamento jurídico. O que se pretende é um olhar científico sobre o “estado da arte” na filosofia e teoria política, a partir do acúmulo que se construiu e da ação concreta da política (por meio de decisões, legislação, ações de partidos e representantes dos setores sociais) na experiência estrangeira, no Brasil e, sobretudo, na legislação eleitoral brasileira relacionada à tutela da tolerância. A abordagem se propõe interdisciplinar quanto aos influxos antidemocráticos sob aspectos sociais e políticos à luz das teorias contemporâneas de democracia, sem prejuízo da remissão a obras clássicas da Ciência Política.

No julgamento do *Habeas Corpus* n. 82.424-2 em 2003, o Supremo Tribunal Federal delineou os primeiros contornos da resposta institucional em um ambiente democrático, diante de demonstrações de intolerância que flertavam com o totalitarismo. Porém, por cuidar de uma compreensão ainda incipiente e não consolidada na literatura jurídica, a tese que se pretende desenvolver é inédita na tentativa de identificar se o atual regime democrático, com base nas normas destinadas a tutelar a tolerância no processo

eleitoral brasileiro, é suficiente para garantir sua sobrevivência em face do acirramento das disputas sociais, por meio do papel do Estado Democrático de Direito na institucionalização da tolerância como fundamento e pressuposto da democracia.

A experiência universal sobre a perversidade dos regimes autoritários e totalitários que ascenderam no século XX precisa ser revisitada para que a ciência jurídica não descuide de se ocupar dos iminentes confrontos que ressuscitam agora no século XXI em sociedades democráticas a fim de oferecer mecanismos jurídicos de contenção dos impulsos antidemocráticos.

A presente tese insere-se, pois, no programa do Curso de Doutorado em Direito do Estado da Universidade de São Paulo, na Área de Concentração de Direito do Estado, na Subárea de Direito Constitucional, especificamente na linha de pesquisa: “Direitos fundamentais, democracia e limitação do poder”. Procurar-se-á examinar os motivos pelos quais a tolerância poderia se apresentar como fundamento da democracia, para, em seguida, analisar os reflexos da intolerância da modernidade, que subsiste nos atuais regimes democráticos, a despeito da consagração filosófica e política no século XXI do constitucionalismo democrático, de modo a, enfim, investigar criticamente a grade normativa do processo eleitoral brasileiro destinada à tutela da tolerância a fim de se apontar propostas interpretativas e conceitos jurídicos para fortalecer a defesa da democracia. Na consecução desta pesquisa será utilizada a técnica monográfica, utilizando como ferramentas os artigos, livros e decisões judiciais consultados. A pesquisa terá natureza predominantemente bibliográfica e jurisprudencial.

A questão central é, portanto, formular uma reflexão uma releitura das normas que regulamentam o processo eleitoral brasileiro para fortalecer os postulados do regime democrático por meio da jurisdição eleitoral na resolução das disputas e conflitos experimentados em face de uma crescente intolerância que sinaliza avanço na contemporaneidade. A racionalidade jurídica precisa ser instada a se debruçar sobre as atuais ameaças e desafios da convivência social sob o regime democrático, a partir de uma lógica institucional de tolerância que garanta a manutenção das premissas que assentam a democracia. Daí por que se justifica, para esta pesquisa, a tentativa de investigar o papel da política e do Estado na coibição da intolerância no processo eleitoral brasileiro e como pode o Direito nessa seara interferir no aprimoramento da democracia.

# 1. TOLERÂNCIA COMO FUNDAMENTO DA DEMOCRACIA

“O respeito ao adversário configura o melhor critério para acoplar a um sistema político a conotação de democrático”.  
Maurice Hauriou e Gélard Gicquel<sup>14</sup>

Desde o pensamento clássico até a atualidade, a democracia ocupa espaço privilegiado na reflexão teórica e acadêmica dos grandes pensadores, diante da sua permanente necessidade de atualização e reinvenção, à luz do caminhar da sociedade e acontecimentos históricos que moldam as expectativas e necessidades dos cidadãos. Provavelmente, assim continuará sendo enquanto houver civilização e compromisso com os valores democráticos que buscam consolidação no decorrer dos séculos.

Vários olhares distintos podem ser lançados sobre a formulação de um conceito, segundo o ângulo que se pretende dar enfoque, conforme o ramo do conhecimento que se pretenda trabalhar. Por óbvio, uma reflexão preliminar sobre o conceito de democracia é necessária para avançar no raciocínio a ser elaborado neste capítulo, que consiste na premissa teórica que se busca firmar, isto é, que a tolerância figura entre os fundamentos da democracia como um de seus pilares de sustentação.

Como ponto de partida, há que se remeter a relação da democracia enquanto forma de governo, que, nas derivações teóricas, sempre revelou estrita intimidade com o conceito de república. Classicamente, invocando a concepção aristotélica, distinguem-se as formas de governo em monarquia, aristocracia e república. A primeira se refere ao governo de um só; a segunda, ao governo de mais de um; e a terceira, ao governo em que o povo dirige os seus próprios interesses. Poderiam ser deturpadas em tirania, oligarquia e demagogia, respectivamente.

Se Aristóteles preferiu separar em classes distintas república e aristocracia, Montesquieu conceitua o governo republicano como aquele em que o povo - democracia - ou parte do povo - aristocracia - conserva o poder, ao lado da monarquia, que significa o governo de um só, mas por leis fixas e estabelecidas, e do despotismo, governo de apenas

---

<sup>14</sup>HAURIU, Maurice; GICQUEL, Jean; GÉLARD, Patrice. **Droit Constitutionnel et Institutions Politiques**. Paris: Montchrestien, 1975, p. 350.

um e sem nenhuma submissão à lei<sup>15</sup>. Aqui, a aristocracia seria espécie do gênero república.

Na república aristocrática o direito de eleger os órgãos que exercem o poder político assiste apenas a uma classe nobre e privilegiada, ao passo que na república democrática o direito de eleger e de ser eleito é garantido a todos os cidadãos universalmente, uma vez atendidas as exigências legais<sup>16</sup>. Em sua face de oposição à monarquia, república adquire um significado próximo de democracia, na medida em que indica a possibilidade de participação do povo no governo. Isso porque sua consolidação deriva principalmente das lutas contra a monarquia absolutista e em favor da soberania popular no século XVIII<sup>17</sup>. Daí por que democracia e república costumam se confundir em algum aspecto na Ciência Política, haja vista a ênfase na irradiação do poder político a partir do povo, compreendido na totalidade da população, enquanto mecanismo de legitimação do governo.

Há ainda discussões que se propõem a examinar duas abordagens contemporâneas de democracia: a *folk theory*, ou, o ideal populista de democracia, que enfatiza o papel do cidadão na determinação das políticas públicas, seja através de seus representantes, seja por meio de sua participação direta; a segunda, *leadership selection*, expressa a democracia com um viés menos populista, tratando-se de mecanismo de seleção de líderes, restringindo-se à noção de que o povo apenas goza da oportunidade de aceitar e negar seus governantes, segundo uma teoria de voto retrospectivo<sup>18</sup>. Christopher Achen e Larry Bartels pretendem desconstruir as duas ideias e provar que o comportamento eleitoral não cumpre à finalidade dessas duas visões de democracia, pois o eleitor, mesmo o mais informado, não faz escolhas segundo suas preferências políticas ou ideologia, mas segundo sua identidade social<sup>19</sup>.

---

<sup>15</sup> MONTESQUIEU, Charles de Secondat. **Do espírito das leis**. Tradução de Roberto Leal Ferreira. São Paulo: Martin Claret, 2010, p. 27.

<sup>16</sup> Apesar da proclamação da república no Brasil 1889, quando o sufrágio era garantido apenas aos homens maiores de 21 anos e alfabetizados, menos pessoas tinham direito a votar em relação à época do voto censitário durante o regime imperial.

<sup>17</sup> Em 1789, a Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão já estabelecia no seu art. 15 que “a sociedade tem o direito de pedir conta a todo agente público de sua administração”.

<sup>18</sup> XEREZ, A. G. S; KOMATA, Nicanor Barry. **O comportamento eleitoral e as perspectivas da democracia representativa**. In: LEMBO, Claudio; PINTO, Felipe Chiarello de Sousa. (Orgs.). Direito constitucional político-eleitoral: estudos em homenagem à Profa. Dra. Monica Herman Salem Caggiano. Belo Horizonte: Arraes, 2017, p. 97.

<sup>19</sup> ACHEN, Christopher H; BARTELS, Larry M. **Democracy for realists: why elections do not produce responsive government**. New Jersey: Princeton University Press, 2016.

Portanto, todas as reflexões que vão se debruçar sobre a democracia precisam ter em conta um elemento comum para enfrentar o mesmo problema que atravessa as mais distintas concepções sob diferentes colorações: o povo, que, pelo menos na teoria, é o protagonista do poder político. Contudo, essa entidade unificada em uma palavra encerra uma série de complicações que desafiam a concretização da secular e romântica definição de democracia proclamada no emblemático discurso de Gettysburg em 1863 de Abraham Lincoln: “governo do povo, pelo povo e para o povo”<sup>20</sup>.

É considerando essa problemática inicial em se conceber uma organização estatal que conflua em torno da multiplicidade de interesses, sentimentos, conflitos, ambições e desejos reunidos em torno de um único ator ficcional, cuja conciliação se opera mais facilmente em textos normativos do que na realidade empírica, que destoa a tolerância como elemento crucial para a sobrevivência orgânica do sistema. Aqui, não se discorrerá acerca da tolerância sob algum viés romântico ou moralista que deva orientar metafisicamente o agir humano para o êxito do governo democrático, mas, acima de tudo, com base na ação concreta e inevitável das relações humanas.

Esse paradigma filosófico atrai o pensamento sobre a qual se apoiam as considerações seguintes, sustentadas pelo filósofo judeu português, Baruch de Espinosa, que funda seu sistema político em uma dimensão radicalmente imanente da realidade para defender um estado democrático, que, para ele, é o mais natural dos regimes. Seguindo sua profunda compreensão sobre o funcionamento e organização do estado sem recorrer às malhas da transcendência para resolver os graves problemas que a democracia impõe, é possível situá-lo como ponto de partida para o desenvolvimento da premissa teórica desse capítulo quanto à indissociabilidade da tolerância com o regime democrático.

### **1.1 A coletivização dos afetos e a potência da multidão em Espinosa**

O escrito de Espinosa destinado especificamente à política se expressou em seu *Tratado Político*, ainda que o assunto atravessasse suas demais obras, especialmente em *Ética e Tratado Teológico-Político*. Para a infelicidade da História, o *Tratado Político* se

---

<sup>20</sup> Disponível em Library of Congress: <<https://cdn.loc.gov/service/rbc/lprbcs/cm/scsm0365/scsm0365.pdf>>. Acesso em 06/09/2017. (tradução nossa).

encerrou antecipadamente junto com o falecimento precoce do filósofo, remanescendo inacabado justamente o capítulo em que o autor começara a investigar especificamente a democracia enquanto sistema de governo. Isso não impede, entretanto, que do conjunto de sua obra se extraia com solidez a autoridade de seu pensamento sobre os complexos problemas e fundamentos da organização da vida em sociedade e sua delicada relação com o funcionamento do Estado.

Durante o século XVII, em seus diversos embates teóricos com um dos principais filósofos da época – Thomas Hobbes –, Espinosa procurou sempre evidenciar a distinção de suas formulações, em que pese sua inquestionável admiração ao ilustre pensador inglês. Apesar de protagonizarem o cenário intelectual de então, soa inexplicável, à primeira vista, que a filosofia de Espinosa não ocupe o mesmo patamar de importância no estudo das ciências humanas e políticas que seus demais contemporâneos. Na realidade, não é difícil relacionar seu pouco espaço na reflexão da atualidade pelos mesmos motivos que o mantiveram às sombras nos anos de suas produções.

Espinosa, de origem judia, emigrou de Portugal para a Holanda, em Amsterdã, onde se radicou e se dedicou à formulação de suas obras, uma vez que ali, não por coincidência, a tolerância cultural permitiu que sua família, perseguida pela Coroa portuguesa, que forçava os judeus a emigrarem ou se converterem católicos, formasse abrigo. A Holanda, após sagrar-se vitoriosa contra a dominação espanhola, consagrava uma plataforma de liberdade civil e religiosa que resultou em abrigo para o desenvolvimento sem entraves para a ciência, inclusive para outros pensadores do mesmo período que ali construíram sua filosofia, como Descartes. Não tardou, todavia, para que, logo ao início de suas primeiras atividades intelectuais, a comunidade judaica o excomungasse, ainda com 23 anos de idade, sofrendo a cruel penalidade do *herem*<sup>21</sup>, o anátema formal que o infligia o

---

<sup>21</sup> “(...) conforme o julgamento dos anjos e dos santos, nós, com plena aprovação do tribunal espiritual e com o consentimento de todas as sagradas comunidades, na presença dos santos Livros, com os seiscentos e treze preceitos nele contidos, banimos, expulsamos, condenamos e maldizemos Baruch Spinoza, com a maldição que Josué lançou sobre Jericó, com a maldição que Elias proferiu contra as crianças, e com todas as maldições que estão escritas no Livro da Lei. Maldito seja ele de dia e maldito seja de noite. Maldito seja ele ao dormir e maldito seja ao levantar. Maldito seja ao sair e maldito seja ao entrar. Que o Altíssimo jamais o perdoe. Que o Altíssimo faça arderem sobre esse homem Sua ira e Seu desfavor, e que lance sobre ele todas as maldições escritas no Livro da Lei. Que seu nome seja destruído sob os céus e que, para a sua desgraça, ele seja separado de todas as tribos de Israel, com tudo o que é amaldiçoado no Livro da Lei. Mas vós, que sois fiéis ao Senhor vosso Deus, nós vos saudamos neste dia. Certificai-vos que nenhum de vós se dirija a ele, nem de viva voz nem por escrito; que nenhum de vós lhe conceda nenhum favor; que nenhum de vós permaneça sob o mesmo teto que ele; que ninguém fique a uma distância de menos de quarto côvados dele, e que ninguém leia nada que ele tenha escrito ou transcrito”. BENJAMIM, César (org.). **Estudos sobre**

banimento acompanhado de uma maldição, lido na publicamente na sinagoga de Amsterdã em 6 de agosto de 1656.

Foge aos propósitos desse estudo perquirir a fundo os motivos e detalhes da excomunhão, que, via de regra, resultava de algum comportamento subversivo ou contrário aos mandamentos judaicos. Obviamente, com Espinosa, as especulações sobre a propagação do ateísmo em seu pensamento contribuíram decisivamente, sobretudo na censura que lhe foi imposta desde então, quando foi declarado culpado pelo crime de blasfêmia. Espinosa pode ser considerado um iconoclasta que desafiou as instituições políticas e eclesiásticas de sua época, estremecendo as monarquias vigentes, mesmo nas províncias holandesas, o mais tolerante dos Estados nesse período. Assim, percebe-se por que sua literatura enfrentou resistência na sua própria época e, ainda hoje, não superou definitivamente o preconceito de sua obra para que se lhe reconheça as primeiras sementes do que foi o Iluminismo.

O traço distintivo de sua filosofia sobre a organização do Estado, que o justifica como marco teórico nesse tópico, distanciando-o de seus antecessores, especialmente do idealismo grego, e o afasta de seus contemporâneos e a maioria dos pensadores que o sucederam é revelada pelas palavras inaugurais de seu *Tratado Político*:

Os filósofos concebem os afetos com que nos debatemos como vícios em que os homens incorrem por culpa própria. Por esse motivo, costumam rir-se deles, chorá-los, censurá-los ou (os que querem parecer os mais santos) detestá-los. Creem, assim, fazer uma coisa divina e atingir o cume da sabedoria quando aprendem a louvar de múltiplos modos uma natureza humana que não existe. Com efeito, concebem os homens não como são, mas como gostariam que fossem. De onde resulta que, as mais das vezes, tenham escrito sátira em vez de ética e que nunca tenham concebido política que possa ser posta em aplicação, mas sim política que é tida por quimera ou que só poderia instituir-se na utopia ou naquele século de ouro dos poetas, onde sem dúvida não seria minimamente necessária. Como, por conseguinte, se crê que em todas as ciências que não têm aplicação, mormente a política, a teoria é discrepante da prática, considera-se que não há ninguém menos idôneo para governar uma república do que os teóricos ou filósofos<sup>22</sup>.

Suas ideias, portanto, divergem diametralmente de grande parte das concepções que ainda se inspiram no moralismo grego, orientado pela busca do “Rei filósofo” ou de

---

**Spinoza.** Tradução de Aliana Aguiar, Estrela dos Santos Abreu e Vera Ribeiro. Rio de Janeiro: Contraponto, 2014, p. 34.

<sup>22</sup> ESPINOSA, Baruch de. **Tratado Político.** Op. cit., pp. 5-6.

atributos morais superiores nos seres humanos que devam conduzir os destinos da sociedade. Isso por causa da perspectiva declaradamente materialista, segundo a qual se refuta uma natureza humana idealizada que não encontra eco na prática, pois há que se conceber os homens como eles realmente são, não como se gostaria que eles fossem.

Então, um conceito chave de Espinosa nasce de sua ideia sobre os “afetos”, do qual se socorre para sustentar seu sistema político-filosófico e que foi alçado ao título do presente tópico. Embora seu conteúdo percorra toda a obra do pensador, foi na *Ética* que se trabalhou com maior profundidade a sua ideia, em que o autor assim define os afetos: “o desejo é a própria essência do homem, enquanto esta é concebida como determinada, em virtude de uma dada afecção qualquer de si própria, a agir de alguma maneira”<sup>23</sup>. Na esteira da lógica anunciada do subtítulo da *Ética* (demonstrada segundo a ordem geométrica), em que a cada proposição se segue sua “demonstração”, Espinosa explica que devem ser compreendidos

(...) pelo nome de desejo todos os esforços, todos os impulsos, apetites e volições do homem, que variam de acordo com seu variável estado e que, não raramente, são a tal ponto opostos entre si que o homem é arrastado para todos os lados e não sabe para onde se dirigir<sup>24</sup>.

A importância dos afetos para o pensamento filosófico de Espinosa se explica pelas proposições VII e VIII da Parte III da *Ética*, segundo as quais: “o esforço pelo qual cada coisa se esforça por preservar em seu ser nada mais é do que a sua essência atual”; e “o esforço pelo qual cada coisa se esforça por preservar em seu ser não envolve nenhum tempo finito, mas um tempo indefinido”<sup>25</sup>. Nessas ideias se encerram o conceito que Espinosa viria a definir como *conatus*, palavra latina que pode ser traduzida como tendência.

Em razão de sua preocupação com noções fundamentais da natureza humana relacionadas à sua existência e preservação na formulação de premissas necessárias à construção de seu sistema político, Antônio Damásio<sup>26</sup> pontua o acerto de Espinosa na

---

<sup>23</sup> SPINOZA, Benedictus de. *Ética*. Tradução de Tomaz Tadeu. 3. ed. Belo Horizonte: Autêntica, 2013, p. 237.

<sup>24</sup> *Ibidem*, p. 239.

<sup>25</sup> *Propositio VII. Conatus, quo unaquaqueque res in suo esse perseverare conatur, nihil est praeter ipsius rei catalem essentiam; Propositio VIII. Conatus, quo unaquaqueque res in suo esse perseverare conatur, nullum tempus finitum, sed indefinitum involvit. Ibidem*, p. 175.

<sup>26</sup>DAMÁSIO, Antônio. **Em busca de Espinosa**: prazer e dor na ciência dos sentimentos. São Paulo: Companhia das Letras, 2004, p. 43.



coincidência de sua visão sobre o organismo humano e os postulados da neurobiologia, para quem há uma clara relação entre *conatus* e a regulação da vida pelo esforço homeostático, que procura produzir um estado da vida melhor do que neutro. Segundo Damásio, em termos biológicos contemporâneos, “*conatus* é o agregado de disposições presentes em circuitos cerebrais que, uma vez ativados por certas condições do ambiente interno ou externo, levam à procura da sobrevivência e do bem-estar”<sup>27</sup>.

Quantos filósofos podem encontrar sustentação de seu pensamento na objetividade científica de outra ciência, como a neurobiologia? Definitivamente, partir de concepções da natureza humana tal qual ela realmente é permite que Espinosa avance em questões de ordem política com amparo em premissas sólidas que oferecerão sustentação à sua formulação do Estado. É evidente que, ainda que de maneira intuitiva e distante do que seriam os avanços na neurociência para dar razão ao seu pensamento, Espinosa descortinou a noção de *conatus*, que, uma vez trazida à tona, oferece que esforços conscientes e deliberados da autoconservação ajudem a fazer escolhas sobre a maneira como a autopreservação deve se realizar, ou seja, “o controle voluntário daquilo que até então era automático”<sup>28</sup>. Nada que se encontre na filosofia de Espinosa estará dissociado dessa compreensão básica da natureza humana e sua orientação em conservar sua existência.

A grandeza dessa premissa é analisada por Antônio Damásio, para quem a importância dos fatos biológicos no sistema espinosiano é imensa, motivando reflexões sobre sua filosofia à luz dos postulados da neurobiologia. É essencial compreender a dinâmica dos sentimentos e das emoções<sup>29</sup> segundo a neurobiologia, uma vez que “o êxito ou o fracasso da humanidade depende em grande parte do modo como o público e as instituições que governam a vida pública puderem incorporar essa nova perspectiva da natureza humana em princípios, métodos e leis”<sup>30</sup>, a fim de reduzir o sofrimento humano e engrandecer seu florescimento, o que ocorre, ainda que implicitamente, no pensamento de Espinosa. Sobre a ciência das emoções e dos sentimentos, a concepção espinosiana que os considera indissociáveis da construção de uma ética é aplaudida por Damásio, dada sua

---

<sup>27</sup> *Ibidem*, pp. 44-45.

<sup>28</sup> DAMÁSIO, Antônio. **Em busca de Espinosa**. Op. Cit., p. 87.

<sup>29</sup> Damásio explica que as emoções precedem os sentimentos. Enquanto as emoções ocorrem no “teatro do corpo”, os sentimentos ocorrem no “teatro da mente”, na medida em que as emoções fazem parte de mecanismos básicos de regulação da vida, ao passo que os sentimentos constituem o pano de fundo da mente. *Ibidem*, p. 35. Todavia, neste trabalho as expressões são utilizadas como sinônimo de afetos, nos termos do pensamento de Espinosa.

<sup>30</sup> *Ibidem*, p. 16.

importância regulatória e evolutiva na preservação do ser humano<sup>31</sup>.

Nesse sentido é que Espinosa sacramenta que “as causas e fundamentos naturais do estado não devem pedir-se aos ensinamentos da razão, mas deduzir-se da natureza ou condição comum dos homens”<sup>32</sup>. Assim, de acordo com esse pressuposto, segundo o qual a sociedade deve deduzir suas regras de convivência a partir da natureza humana, a perspectiva espinosiana sobre política e direito é fundamental para enfrentar o problema proposto nesse capítulo.

Espinosa considera direito da natureza “as próprias leis ou regras da natureza segundo as quais todas as coisas são feitas, isto é, a própria potência da natureza, e por isso o direito natural de toda a natureza, e conseqüentemente de cada indivíduo, até onde se estende sua potência”<sup>33</sup>. A fundação do estado civil aqui inaugurada destoa da grande parte das teorias contratualistas e suas variações.

Ao tratar do Direito Natural no *Tratado Político*, Espinosa aprofunda o porquê da afirmação acima citada, por meio da concepção de que “os homens são conduzidos mais pelo desejo cego do que pela razão, e, por conseguinte, sua potência ou direito natural deve definir-se não pela razão, mas por qualquer apetite pelo qual eles são determinados a agir e com o qual se esforçam por conservar-se”<sup>34</sup>. A premissa de que os homens são mais pautados pelas paixões do que pela razão é o ponto inicial para o desenvolvimento de sua teoria sobre política.

Para Espinosa, os sentimentos humanos como inveja, ódio, cobiça, raiva, amor, glória, esperança são atributos indissociáveis da natureza humana e devem, por isso, ser encarados não como vícios, mas como propriedades naturais, assim como o frio e o calor o são na natureza. Apesar de incômodos, são necessários e tem causas certas. Por conseguinte, Espinoza se abstém de detestá-los ou procurar bani-los, mas apenas compreendê-los.

Ainda que soe heterodoxa, a concepção de Espinoza, suas ideias não devem ser interpretadas como negligência ou pessimismo com os rumos da sociedade. A aceitação da condição humana não importa, nem de longe, em conformismo com os problemas sociais, mas é o primeiro passo para tentar verdadeiramente compreendê-los e buscar soluções

---

<sup>31</sup> *Ibidem*, p. 88.

<sup>32</sup> ESPINOSA, Baruch de. *Tratado Político*. Op. cit., p. 10.

<sup>33</sup> ESPINOSA, Baruch de. *Tratado Político*. Op. cit., p. 12.

<sup>34</sup> *Ibidem*, pp. 12-13.

concretas e compatíveis para com a sobrevivência da existência humana. A conformação do Estado assentada no direito natural (direito do Estado) espinosiano enseja, segundo Marilena Chauí, “duas determinações que, se não forem ignoradas pelos agentes políticos, podem servir-lhes de guia para a manutenção da forma originária do corpo político e, sobretudo, podem evitar o risco da tirania”<sup>35</sup>. Trata-se da vontade de não ser governado, mas a todos governar, e da inclinação natural à transgressão. Disso conclui Marilena Chauí:

Essas duas determinações do direito natural fazem com que a política que “se institucionaliza da melhor maneira” no momento de sua instauração seja aquela que não negligencia essas lições da experiência e que por isso não tenta legislar tudo aquilo que nem o medo nem a esperança possam impedir que os homens façam, isto é, que não tente impor a lei ao que não pode suportar o peso da lei. É impossível, escreve Espinoza, uma legislação que imponha amar o que se odeia, odiar o que se ama e, sobretudo, renunciar ao direito de julgar, ao qual a massa jamais renuncia, mesmo que só possa exercê-lo em certos regimes.<sup>36</sup>

Em suma, resulta do reconhecimento da natureza humana como pilar da ética que a ciência jurídica não pode ignorar a imanência da realidade na contramão do papel das emoções e sentimentos humanos, sob pena de abraçar uma filosofia idealista cujo resultado prático será fatalmente absoluta ineficácia. Na proposição 7 da parte IV da *Ética*, Espinosa assentou que “um afeto não pode ser refreado nem anulado senão por um afeto contrário e mais forte do que o afeto a ser refreado”<sup>37</sup>. O papel da razão em Espinosa, portanto, não é aniquilar as paixões humanas, mas combater as emoções negativas, que, por sua vez, só podem ser controladas ou neutralizadas por uma emoção mais forte e positiva, o que deve ser conseguido por meio do raciocínio e do esforço intelectual<sup>38</sup>. Mesmo os homens mais racionais não dispensam as paixões, pois fazem parte da condição humana e delas é impossível se afastar por completo.

Damáσιο explica as razões que o aproximaram de Espinosa na condução de sua pesquisa sobre neurociência mediante uma citação envelhecida do autor da proposição 18 da parte IV da *Ética*, segundo a qual “o primeiro fundamento da virtude é o esforço (*conatum*) de preservar o *self* individual, e a felicidade consiste na capacidade humana de

---

<sup>35</sup> CHAUI, Marilena. **Política em Espinoza**. São Paulo: Companhia das Letras, 2003, p. 232.

<sup>36</sup> *Ibidem*, p. 232.

<sup>37</sup> ESPINOZA, Benedictus de. **Ética**. Op. cit., p. 275.

<sup>38</sup> DAMÁSIO, Antonio. **Em busca de Espinosa**. Op. cit., p. 20.

preservar o *self*<sup>39</sup>. Nela residiriam os fundamentos de um sistema comportamental ético que são essencialmente biológicos e, por isso, “são fundamentos que resultam de uma descoberta baseada em observações da natureza humana, e não nas revelações de um profeta”<sup>40</sup>. A preservação individual enquanto virtude não carrega uma conotação individualista, na medida em que é apoiada por fatores biológicos que vinculam a necessidade de manter a si à necessidade de ajudar os outros a se manterem. Isto é, o princípio ético fundamental da autopreservação depende da preocupação de preservar o outro.

A coletivização dos afetos individuais com os sociais passa a ser a tarefa primordial da política, pois é por meio dela que se institucionalizam os conflitos afetivos. E o termômetro capaz de equilibrar o modo de ser dos indivíduos (*ingenium*) em sociedade são as instituições, fundando uma dimensão republicana e materialista da vida social, visto que é “pelas instituições que a Cidade se torna capaz de afirmar o seu *ingenium*, mesmo quando indivíduos ou grupos não se enquadram naquilo que é estabelecido pelo mesmo”<sup>41</sup>. É por essa razão que o norte ético se estabelece na Cidade, por meio da contenção das paixões que contrariem a existência humana e a fruição do convívio coletivo. Damásio compara a lógica espinosiana como extensão de mecanismos homeostáticos, segundo a aplicação de convenções e regras éticas enquanto dispositivos regulatórios como o metabolismo e os apetites, a fim de gerar um equilíbrio do processo da vida que vise à sobrevivência e ao bem estar<sup>42</sup>.

O estado civil espinosiano, então, uma vez assimilados os afetos humanos em seu agir, conduzido sobretudo pelo seu apetite irracional, não resulta na perturbação da ordem da natureza, “antes a segue necessariamente”<sup>43</sup>. Dessa racionalidade que absorve o direito da natureza ao direito civil, “o pecado não pode conceber-se senão no estado”<sup>44</sup>. Espinosa explica que, apesar de poder se defender que o pecado também é aquilo que ofende o ditame da sã razão, assim somente seria possível se admitir caso a liberdade humana consistisse na servidão ao império da razão, o que não se observa na prática.

Reverte-se a lógica que demanda a conscientização moral dos cidadãos para que se

---

<sup>39</sup> *Ibidem*, p. 183.

<sup>40</sup> *Ibidem*, p. 184.

<sup>41</sup> GUIMARAENS, Francisco de. **Direito, ética e política em Spinoza**: uma cartografia da imanência. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 188.

<sup>42</sup> DAMÁSIO, Antonio. **Em busca de Espinosa**. Op. cit., p. 181.

<sup>43</sup> ESPINOSA, Baruch de. **Tratado Político**. Op. cit., p. 21.

<sup>44</sup> *Ibidem*, p.21.

elevem ao patamar de eticamente livres por meio da racionalização das condutas que subordinem às paixões para escolher o bem no lugar do mal<sup>45</sup>. No Breve *Tratado*, de 1660, o Capítulo X trata explicitamente do que são bem e mal, de sua relação de existência não com a natureza, mas com a razão humana, ou seja, com os *entia ratione*. Assim como a bondade de Pedro e maldade de Judas não se encontram fora de Pedro e de Judas, respectivamente, é de concluir-se que “o bem e o mal não são coisas nem ações que existam na Natureza”<sup>46</sup>. É com tal firmeza que Espinosa atribui materialidade ao seu sistema filosófico para a defesa da liberdade e segurança de todos com base na lei fixa a congregar as forças de todos para formar como que um só corpo, o corpo da sociedade.

Da mesma forma, a neurociência visualiza a relação entre bem e mal na natureza, cuja transposição de Espinosa para a biologia se dá segundo Damásio, na compreensão de que “os bons objetos são aqueles que levam, de forma previsível e sustentável, aos estados de alegria que reforçam o poder e a liberdade de ação”<sup>47</sup>, ao passo que os maus são aqueles que provocam o oposto. Espinosa define explicitamente no prefácio da parte IV da *Ética* que “por bem, entenderei aquilo que sabemos com certeza, ser útil (...), enquanto “por mal compreenderei, por sua vez, aquilo que sabemos, com certeza, nos impedir que desfrutemos algum bem”<sup>48</sup>. Em outras palavras, “o bem e o mal são sinônimos do útil e do prejudicial”<sup>49</sup>, respectivamente, o que, conforme Damásio, explica-se devido aos indivíduos serem estruturados biologicamente a sobreviverem de forma agradável em vez de sobreviver com dor, implicando contratos sociais e políticos que incorporem as características biológicas de concordância por força do sucesso das populações cujos cérebros aprimoraram os comportamentos cooperativos.

Ao seu pensamento opõe-se frontalmente o universalismo moral kantiano, que fundamenta parâmetros de avaliação de condutas extraídos da exclusividade humana. Espinosa refuta a moral kantiana contrariando o caráter sagrado e inarredável da lei moral<sup>50</sup>, porquanto resulta de um procedimento formal (imperativo categórico) que visa à universalização das máximas que orientam a conduta dos indivíduos.

Com a rejeição da ética de Espinosa a qualquer qualificação moral do bem e do mal,

---

<sup>45</sup> GUIMARAES, Francisco de. **Direito, ética e política em Spinoza**. Op. cit., p. 163.

<sup>46</sup> ESPINOSA, Baruch de. **Breve Tratado de Deus, do homem e seu bem-estar**. Belo Horizonte/São Paulo: Autêntica, 2012, p. 87.

<sup>47</sup> DAMÁSIO, Antonio. **Direito, ética e política em Spinoza**. Op. cit., p. 185.

<sup>48</sup> SPINOZA, Benedictus de. **Ética**. Op. cit., p. 267.

<sup>49</sup> GUIMARAES, Francisco de. **Direito, ética e política em Spinoza ...** Op. cit., p. 177.

<sup>50</sup> *Ibidem*, p. 210.

inaugura-se uma preciosa distinção para a democracia e para a tolerância – a ser, claro, aplicada necessariamente por quem decide os destinos dos outros – juízes, agente públicos, etc. A distinção mencionada consiste na concepção ética “fundada na imanência dos modos de vida”, a qual se distingue “de uma percepção moral, que se estrutura sobre uma perspectiva transcendente de valores”<sup>51</sup>. Inexiste, portanto, qualquer rastro do pensamento idealista que se seguirá na filosofia de Espinosa.

Encontra-se uma primeira grande conclusão apontada sobre a ética espinosiana para o escopo deste trabalho, que é a fundação institucional da liberdade e da convivência com base em uma dimensão radicalmente imanente, em oposição ao voluntarismo moralista, que pressupõe a necessidade de difusão de virtudes morais universais<sup>52</sup>. A ética se desvincula da obediência incontestável ao dever, orientando-se pela lógica do que é útil ou prejudicial à preservação individual, que só se satisfaz em coletividade, compreendida através do Estado (*imperium*), assim conceituado por Espinosa:

Este direito que se define pela potência da multidão costuma chamar-se de estado. E detém-no absolutamente quem, por consenso comum, tem a incumbência da república, ou seja, de estatuir, interpretar e abolir direitos, fortificar as urbes, decidir sobre a guerra e paz, etc. E se esta incumbência pertencer a um conselho que é composto pela multidão comum, então o estado chama-se democracia; mas, se for composto só por alguns eleitos, chama-se aristocracia; e se, finalmente, a incumbência da república e, por conseguinte, o estado estiver nas mãos de um só, então chama-se monarquia<sup>53</sup>.

A relação entre democracia e multidão no pensamento do filósofo desperta relevantes reflexões para o papel da tolerância na fundação do estado democrático. Isso porque, independentemente das formas de governo conceituadas pelo autor, o Estado é o direito comum que se expressa pela potência da multidão, vocábulo que costuma carregar forte teor pejorativo no seu conteúdo, mas que, em Espinosa, direciona sua compreensão em outra direção, que pode ser aproximada ao que doutrinava Maquiavel a esse respeito, que, apesar de não citado expressamente, afigura-se presente intimamente em conteúdo.

Antes de Espinosa e dos contratualistas, Maquiavel antecipara um debate sobre a relação jurídica da multidão com o Estado, no capítulo 58 do Livro I dos *Discursos sobre a*

---

<sup>51</sup> *Ibidem*, p. 168.

<sup>52</sup> *Ibidem*, p. 193.

<sup>53</sup> ESPINOSA, Baruch de. **Tratado Político**. Op. cit., p. 20.

*primeira década de Tito Lívio*, intitulado “a multidão é mais sábia e constante que um príncipe”<sup>54</sup>. O próprio florentino anunciava que nesse capítulo que sua conclusão “contraria a opinião comum, de que os povos, quando são príncipes [têm o poder], são variáveis, mutáveis e ingratos, e afirmo que neles esses pecados não são diferentes dos que se vêem nos príncipes particulares [monarcas]”<sup>55</sup>. Rompendo coma tradição de associar a multidão a uma massa incauta, plebe ou desordem, Maquiavel recorre a exemplos históricos em que se demonstra que houve muitos príncipes instáveis e multidões estáveis.

A premissa que levaria Tito Lívio a afirmar que nada é mais instável e inconstante, segundo Maquiavel, derivaria de um equívoco no estado das coisas de sua afirmação, pois costuma levar em consideração apenas a multidão irrefreada, que não estaria regulada pelas leis. Ao contrário, o povo romano, enquanto a república se manteve incorruptível, “nunca serviu com humildade ou dominou com soberba”<sup>56</sup>. Por isso, dos mesmos defeitos de que a multidão é acusada também padecem os príncipes enfurecidos e irrefreados, que igualmente erram sempre que podem errar sem temor à lei.

Contudo, além de equipar multidão e príncipe quanto aos defeitos, quando ausente o império da lei aos seus desígnios, Maquiavel<sup>57</sup> defenderá que, entre um e outro, o povo é mais prudente, mais estável e de mais juízo que um príncipe, não sendo sem razão que se compara a voz do povo com à voz de Deus. Isso porque, uma vez comparadas as desordens dos povos e dos príncipes e todas as glórias dos povos e dos príncipes, concluir-se-á que a bondade e glória do povo é bastante superior. Em suma, para Maquiavel, o que há que prevalecer, antes de tudo, para que se comprove que os governos dos povos são melhores que os dos príncipes é que sejam regulados pela lei, mas, mesmo quando ausente essa condição, uma multidão irrefreada comete menos erros do que o príncipe. O motivo de ordem pragmática para tanto é constatado porque “se um povo licencioso e tumultuário pode ser aconselhado por um homem bom, que facilmente o reconduz ao bom caminho, um mau príncipe não há quem consiga aconselhar, e para ele não há outro remédio senão o ferro”<sup>58</sup>.

Esse raciocínio reaparece em Espinosa no *Tratado Político*, ao afirmar que “talvez isso que escrevemos dê vontade de rir aos que restringem só à plebe os vícios que são inerentes a

---

<sup>54</sup> MAQUIAVEL, Nicolau. **Discursos sobre a primeira década de Tito Lívio**. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 166.

<sup>55</sup> *Ibidem*, p. 169.

<sup>56</sup> *Ibidem*, p. 168.

<sup>57</sup> *Ibidem*, p. 170.

<sup>58</sup> *Ibidem*, p. 171.

todos os mortais, a saber, que no vulgo não há meio-termo, que é terrível se não teme, e que a plebe ou serve humildemente ou domina sobranceiramente, que é alheia à verdade e ao juízo.”<sup>59</sup> A escolha de palavras denuncia a provável fonte de que se valeu Espinosa para partilhar de pensamento análogo. Amplamente baseado na constatação de que “a experiência demonstrou, na verdade, que enquanto houver homens, haverá vício”<sup>60</sup>, o direito natural de Espinosa se distancia dos demais contratualistas que acreditam que a fundação do estado civil distingue as noções de massa e povo, a exemplo de Hobbes.

A lógica contratualista costuma considerar que o pacto social rompe com o estado de natureza, em que todos tem direitos a todas as coisas, para atingir um estado civilizatório de ordem e concórdia entre os cidadãos. Na doutrina hobbesiana, o contrato social decorre de uma necessidade de sobrevivência, pois, no estado de natureza, mesmo aqueles mais fracos podem conspirar e encontrar meios de assassinar os que são mais fortes<sup>61</sup>. Com o nascimento do estado civil, desapareceria, então, a multidão, que daria lugar ao surgimento do povo, enquanto entidade política.

O mesmo processo de fundação da ordem civil não se repete em Espinosa, para quem inexistente tal racionalidade intelectual capaz de extinguir os desejos e apetites humanos no estado de natureza, ou seja, enquanto “multidão”. Espinosa refuta esse contratualismo, segundo o qual “a maioria crê que os ignorantes perturbam mais a ordem da natureza do que a segue, e concebe os homens na natureza como um estado dentro do estado”<sup>62</sup>. Caso se admitisse que estaria no plano dos homens viverem segundo os preceitos da razão mais do que conduzidos pelo cego desejo, não haveria dúvida de que todos se conduziriam exclusivamente pela razão e a vida seria sabiamente organizada, o que não parece acontecer na prática.

Em Espinosa, portanto, conforme enuncia Diogo Pires Aurélio, “o estado de natureza subsiste no estado civil, pelo que o Estado é a configuração ou modo, não negação da natureza”<sup>63</sup>. Essa compreensão diversa dos fundamentos tradicionais do contratualismo em Espinosa merece atenção porque, ao procurar um Estado capaz de coexistir com a “multidão”, isto é, com a multiplicidade e afetos inerentes da condição humana, que não negue as contradições e conflitos existentes no convívio, funda-se um modelo de organização

---

<sup>59</sup> ESPINOSA, Baruch de. **Tratado Político** Op. cit., p. 80.

<sup>60</sup> *Ibidem*, p. 6.

<sup>61</sup> HOBBS, Thomas. **Leviatã: ou matéria, forma e poder de um estado eclesiástico civil**. Tradução de Alex Marins. 2. ed. Martin Claret: São Paulo, 2008, p. 96.

<sup>62</sup> *Ibidem*, p. 13.

<sup>63</sup> AURÉLIO, Diogo Pires. **O mais natural dos regimes: Espinosa e a Democracia**. Lisboa: Círculo de Leitores e Temas e Debates, 2014, p. 378.



institucional que reconhece a natureza conflitiva própria da vida em sociedade, para buscar mecanismos de convivência pacífica com base e por meio de suas diferenças, em vez de escondê-la por meio de ficções que não se materializam na realidade.

Afastada a suposta inépcia da multidão para exercer um governo e sua valoração pejorativa, Espinosa confirma que não é por meio de uma decisão artificialmente racional que a população se põe em acordo, mas por algum afeto comum. Significa dizer que os homens desejam por natureza o estado civil<sup>64</sup>, cuja consequência de sua fundação é uma continuidade do estado de natureza, portanto. Desaparece a metamorfose contratualista para manter íntegra a carga contraditória de razões e paixões para compreender a multidão como comunidade política organizada.

Essa oposição se visualiza claramente em relação ao pensamento de Hobbes, que invoca a ideia de representação como processo de politização da massa na celebração do contrato social, ilustrado pelo próprio autor pela seguinte cláusula do pacto: “Cedo e transfiro meu direito de governar a mim mesmo a este homem, ou a esta assembleia de homens, com a condição de que transfiras a ele teu direito, autorizando de maneira semelhante todas as suas ações”<sup>65</sup>. Logo, com a delegação de vontade para um representante, seja um só homem ou uma assembleia, inaugura-se o corpo político em Hobbes, que distingue claramente povo e multidão: o primeiro é uno e dotado de apenas uma vontade, sendo, em qualquer governo, o povo que governa, ao contrário da multidão. Em outras palavras, o povo é a multidão representada.

Não que a representação, em si, seja refutada por Espinosa quando da existência do estado civil, mas é sua ontologia que vai diferenciá-lo do contratualismo hobbesiano. Partindo do princípio que “cada um prefere governar a ser governado”<sup>66</sup>, Espinosa entende que a transferência livre do poder para um rei apenas acontece em matérias em que se afigura absolutamente impossível ela própria administrar diretamente. Por isso, seja em qualquer uma das formas de governo estabelecidas (monárquica, aristocrática ou democrática), jamais haverá uma reconciliação em definitivo das múltiplas vontades encarnadas na multidão, que sempre será a expressão da potência do poder do Estado.

Daí por que o Estado democrático pode ser considerado na filosofia espinosiana o mais natural dos regimes, uma vez que haveria a maior coincidência e, por conseguinte, a menor

---

<sup>64</sup> ESPINOSA, Baruch de. **Tratado Político**. Op. cit., p. 47.

<sup>65</sup> HOBBS, Thomas. **Leviatã...** Op. cit. p. 125.

<sup>66</sup> ESPINOSA, Baruch de. **Tratado Político**. Op. cit., p. 66.

contradição entre o direito natural e sociedade, pois aproxima no plano político o estado de igualdade existente no estado de natureza, conforme confessa o autor, ao se referir ao Estado democrático como o que lhe parece “mais natural e o que mais se aproxima da liberdade que a natureza concede a cada um”<sup>67</sup>. Ao contrário da cessão de vontade no contrato de Hobbes, Espinosa sustenta que “ninguém transfere o seu direito natural para outrem ao ponto de este nunca mais ter de o consultar daí em diante: transfere-o, sim, para a maioria de todo social, de que ele próprio faz parte, e, nessa medida, todos continuam iguais, tal qual acontecia anteriormente no estado de natureza”<sup>68</sup>. Não significa um contrato social nos moldes que posteriormente viria a defender Rousseau, para quem apenas existiria pacto por meio da *volonté general*, que, por sua vez, não admitia a representação política, que, em sua perspectiva, tornaria os cidadãos escravos, ao invés de livres, por considerar a soberania inalienável<sup>69</sup>.

A necessária busca pela maior convergência entre o direito natural e a forma de governo encontrada sob a forma democrática expõe as “virtudes de múltiplo”<sup>70</sup>, ao contrário da vontade geral rousseauiana, que almeja uma unidade absoluta da expressão da vontade popular para legitimar o exercício poder político, isto é, uma multidão sem multiplicidade. Para Espinosa, a potência da multidão, enquanto fonte originária do Estado (*imperium*) encontra seu ápice no regime democrático, que potencializa sua passagem para o direito natural, ou comum, por incorporar as tensões com maior fidelidade do estado de natureza.

Incorporar a ordem política, como concebeu Espinosa, com base na intrínseca contradição e multiplicidade de paixões, desejos e afetos que definem o ser humano em sua coletividade - multidão, cuja natureza que lhe é indissociável não desaparece com a fundação do estado civil (direito natural): é o primeiro passo para que a tolerância seja compreendida como um fundamento do regime democrático. O Estado deve reconhecer a conflitualidade própria da coletivização dos afetos como verdadeira substância da potência da multidão para atingir o fim último da república, que, segundo Espinosa<sup>71</sup>, é a liberdade, na sua dimensão de preservação em maior medida da existência que se esforça para se libertar do que lhe oprime o poder de agir e expandir seu bem-estar. A experiência indica que o elevado propósito não se

---

<sup>67</sup> ESPINOSA, Baruch de. **Tratado Teológico-Político**. Tradução de Diogo Pires Aurélio. 3. ed. Lisboa: Imprensa Nacional-Casa da Moeda, 2004, p. 332.

<sup>68</sup> *Ibidem*, p. 332.

<sup>69</sup> ROUSSEAU, Jean-Jacques. **Do contrato social ou princípios do direito político**. São Paulo: Martin Claret, 2007, p. 36.

<sup>70</sup> AURÉLIO, Diogo Pires. **O mais natural dos regimes**. Op. cit., p. 379.

<sup>71</sup> ESPINOSA, Baruch de. **Tratado Teológico-político**. Op. cit., p. 385.

efetiva quando são suprimidas as individualidades típicas da multidão por meio da transcendente unificação do povo enquanto expressão do corpo político. A fundação da República, para Espinosa, compreendida em sua perspectiva democrática, em se tratando do mais natural dos regimes, não torna magicamente os homens racionais, motivo pelo qual o papel da razão será evitar que eles se digladiem “por ódio, cólera ou insídia, nem que sejam intolerantes uns para com os outros”<sup>72</sup>.

## **1.2 A dualidade formal e material da democracia: procedimentalismo ou substancialismo?**

Superada a abordagem inicial acerca dos contornos propostos na fundação da ordem civil de viés democrático, há uma face particular da democracia que merece ser explorada na esteira edificação da tolerância enquanto um de seus fundamentos, conforme sugere o presente tópico. A aparente dualidade entre democracia formal e material enfatiza aspectos distintos do mesmo fenômeno institucional constituído para a tomada da decisão política pelo povo no arranjo democrático.

Embora amplamente conhecido e estudado pela sua consagrada concepção do positivismo jurídico, Kelsen legou à comunidade acadêmica valiosas contribuições como teórico da democracia. Em 1954, em trabalho apresentado em forma de conferência patrocinada pela *Charles R. Walgreen Foundation for the Study of American Institutions* na Universidade de Chicago, o autor elencou a tolerância como um de seus princípios, dentro do rol de fundamentos da democracia. Atento às inquietações políticas e ao permanente desafio que é a consolidação democrática, não foi difícil para o autor reparar que, mesmo após a queda da monarquia alemã com a Primeira Guerra Mundial e a instauração de uma república, “a tinta do documento de paz de Versalhes mal havia secado quando, na Itália, o governo fascista chegou ao poder e, na Alemanha, o partido nacional-socialista dava início a sua vitoriosa ofensiva”<sup>73</sup>, momento que reflete exatamente a

---

<sup>72</sup> *Ibidem*, p. 385.

<sup>73</sup> KELSEN, Hans. **A democracia**. Tradução de Vera Barkow, Jefferson Luiz Camargo, Marcelo Brandão Cipolla e Ivone Castilho Benedetti. São Paulo: Martin Fontes, 2000, p. 140.

passagem da primeira onda de expansão democrática e sua conseqüente retração (1922-1942)<sup>74</sup>.

Após a derrocada do fascismo e nacional-socialismo com a Segunda Guerra, Kelsen justificava sua preocupação por acreditar que, apesar de destruídos enquanto realidade política, suas ideologias permanecem em oposição ao credo democrático. O filósofo austríaco não vivenciou o período da segunda retração democrática descrita por Huntington (1958-1975)<sup>75</sup>, mas a desconfiança com as ameaças que rondavam a democracia, levantada pelo jurista, foi confirmada pelo viria a ocorrer na ordem mundial.

Isso não impediu, entretanto, que já naquela época Kelsen oferecesse suas reflexões para a preservação da democracia, descortinando sua compreensão com base em suas duas faces (procedimento e conteúdo), assim conceituada: “(...) um sistema político através do qual a ordem social é criada e aplicada pelos que estão sujeitos à ordem, de tal modo que a liberdade política, no sentido de autodeterminação, esteja assegurada (...)”<sup>76</sup> Considera-se democracia, portanto, a ordem criada e aplicada pelos cidadãos (aspecto procedimental), mas também que assegura a liberdade política, na perspectiva de autodeterminação (aspecto material).

A subsistência da democracia, para Kelsen, depende da coexistência cumulativa de suas duas dimensões, advertindo que a ausência de uma delas, especialmente o caráter material, não contemplando as garantias da liberdade, não significa que exista democracia sem ideais, mas que já não existe sequer mais democracia<sup>77</sup>. A cautela particular com o conteúdo democrático se explica porque normalmente é nele que se costuma vulnerar inicialmente o regime democrático até que se perceba com maior clareza a corrosão de seus postulados. Até mesmo por ser consagrada como “forma” de Estado, é o aspecto procedimental que define e sustenta a existência, por si, da democracia, no campo das teorias que procuram desvinculá-la de qualquer conteúdo.

Não é a corrente teórica que abraça Kelsen, que denuncia o obstáculo criado para o avanço da democracia entre aqueles que defendem uma democracia formalista e abrem uma perigosa porta para que o povo seja levado a acreditar que um governo pode agir melhor em seu nome e corrigir a sua expressão de vontade quando assim bem entender,

---

<sup>74</sup> HUNTINTON, Samuel P. **A terceira onda: a democratização do século XX**. Op. cit., p. 25.

<sup>75</sup> *Ibidem*, p. 25.

<sup>76</sup> KELSEN, Hans. **A democracia**. Op. cit., p. 144.

<sup>77</sup> *Ibidem*, p. 144.

desde que justifique estar agindo em seu nome, pois ainda seria democrático o governo que não é exercido pelo povo, mas que a ele seria destinado<sup>78</sup>. Com um núcleo substancial delimitado pela ordem democrática, resumido em Kelsen como a liberdade política no sentido de autodeterminação, a consequência de um regime assim constituído como seu desdobramento é o princípio da tolerância.

Inexiste, pois, dominação absoluta em terreno democrático, visto que fundado igualmente no princípio da liberdade e igualdade, ainda que exercida por uma maioria, que, por definição, pressupõe uma minoria. A dominação da maioria deve ser exercida, assim, por meio do reconhecimento político da existência e proteção dos direitos da minoria oposição. Essa seria a diretriz fundamental que pautaria no plano internacional as futuras cartas de Direitos Humanos, paulatinamente absorvidas pelas nações signatárias, em respeito às minorias.

Entre as vantagens de assim organizar o Estado, Kelsen argumenta que no processo dialético da formação da vontade do Estado, o embate entre maioria e minoria se desenrola, na democracia, com base na discussão, até que se resulte uma conciliação, cuja expressão se materializará em ordem jurídica, visando a paz interna no ambiente dos amantes da paz e opositores da agressão. Por outro lado, em uma autocracia, não se tolera oposição, não há discussão nem conciliação, “só existe injunção”<sup>79</sup>.

Sob a luz de uma perspectiva contemporânea, apesar de sua obra enfatizar, em alguns momentos, uma abordagem do direito penal, a abrangência de sua análise, mediante a incorporação de premissas referentes à epistemologia, à ciência política e à democracia, tornam a doutrina de Luigi Ferrajoli dialogável com qualquer ramo da ciência jurídica que se pretenda estudar de maneira contextualizada. Tanto é assim que o autor emprega o termo “garantismo” como Estado de Direito a partir do princípio da legalidade em sentido estrito, “ou validade substancial, que existe, outrossim, que lhe sejam legalmente preordenadas e circunscritas, mediante obrigações e vedações, as matérias de competência e os critérios de decisão”<sup>80</sup>. Ao contrário, a legitimidade formal do exercício do poder pressupõe apenas que “todos os poderes dos sujeitos titulares sejam legalmente predeterminados, bem como as formas de exercício”<sup>81</sup>.

---

<sup>78</sup> *Ibidem*, p. 145.

<sup>79</sup> *Ibidem*, p. 184.

<sup>80</sup> FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão ...** Op. cit., p. 790.

<sup>81</sup> *Ibidem*, p. 790.

Com essas distinções, Ferrajoli relaciona democracia, política e Estado de Direito, atrelando as condições formais de exercício do poder ao primeiro conceito, traduzido pelas regras sobre quem e como se deve decidir, ao passo que as condições substanciais dizem respeito ao segundo postulado, representado pelas regras sobre o que se deve ou não se deve decidir<sup>82</sup>. Desse modo, as regras de democracia política cuidam de quem e como se decide e englobam competências e procedimentos como o sufrágio universal e o princípio da maioria. Porém, o Estado de Direito exerce limites substanciais às condições formais do exercício do poder, na medida em que nenhuma maioria pode decidir pela supressão de minoria, contrapondo-se a qualquer Estado absoluto, seja autocrático ou democrático<sup>83</sup>.

Não basta para legitimar uma decisão as regras sobre quem e como se deve decidir, pois nem mesmo pela vontade de maioria, ou da unanimidade, é possível “que um homem morra ou seja privado sem culpa de sua liberdade, que pense ou escreva ou não pense ou não escreva de um dado modo, que não se reúna ou não se associe a outros (...)”<sup>84</sup>, ou que, em outras palavras, lhe macule o núcleo de seus direitos fundamentais. Nesse sentido, o Estado de Direito representa a dimensão substancial e social da democracia, que reflete, para além do interesse da maioria, o interesse de todos, de modo que o garantismo atua como técnica de limitação e disciplina do exercício do poder com ênfase naquilo que se deve ou não se deve ser decidido.

Na mesma direção, embora a teoria de democracia de Habermas seja normalmente associada a um sentido formal, ou procedimental<sup>85</sup>, haja vista sua ênfase na teoria do discurso, que enxerga na política deliberativa o âmago do processo democrático, o autor não considera ser dado à comunidade decidir sobre tudo. Pelo contrário, Habermas afirma que “a consideração de fins coletivos não pode destruir a forma jurídica - que é a função própria do direito; essa consideração não pode deixar o direito diluir-se em política”<sup>86</sup>.

O filósofo entende que o princípio da democracia resulta da interligação entre o princípio do discurso e da forma jurídica, que, juntos, formam um processo circular em que o código de direito e o mecanismo de produção do direito legítimo (democracia) se

---

<sup>82</sup> *Ibidem*, p. 791.

<sup>83</sup> *Ibidem*, p. 792.

<sup>84</sup> *Ibidem*, p. 793.

<sup>85</sup> STRECK, Lenio. **Verdade e Consenso**: constituição, hermenêutica e teorias discursivas. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 81.

<sup>86</sup> HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia**: entre facticidade e validade. Volume I. 2. ed. Rio de Janeiro: 2012, p. 192.

constituem de modo cooriginário<sup>87</sup>. O princípio do discurso repousa na liberdade comunicativa, definida “como a possibilidade – pressuposta no agir que se orienta pelo entendimento – de tomar posição frente aos proferimentos de um oponente e às pretensões de validade aí levantadas, que dependem de um reconhecimento intersubjetivo”<sup>88</sup>. O processo circular que começa com o princípio do discurso termina com sua aplicação ao direito, que, por sua vez, permite a “institucionalização jurídica de condições para um exercício discursivo da autonomia política, a qual pode equipar retroativamente a autonomia privada, inicialmente abstrata, com a forma jurídica”<sup>89</sup>.

Assim, Habermas concebe a autonomia privada no sentido dos direitos humanos, enquanto a soberania do povo representa a autonomia política, que se entrelaçam nesse processo circular de criação e legitimação. Se, por um lado, a autonomia privada, enquanto direitos humanos, oferece liberdades subjetivas de ação, por outro, a autonomia política exige um código jurídico que coloque o direito como *medium*<sup>90</sup> da liberdade comunicativa.

Enquanto condições necessárias que possibilitam o exercício da autonomia política, a forma jurídica não é capaz de circunscrever a soberania, pois “condições possibilitadoras não impõem limitações àquilo que constituem”<sup>91</sup>. Por isso, o princípio do discurso somente revela o princípio da democracia quando mediado pelo direito, no qual “os cidadãos fazem um uso originário de uma autonomia política que se constitui através de um modo performativo autorreferencial”<sup>92</sup>.

Tais considerações aproximam o garantismo de Ferrajoli da liberdade comunicativa de Habermas, uma vez que em ambas as concepções do exercício do poder político, a forma jurídica ou o Estado de Direito, surgem como limitadores e condicionadores da vontade popular. Portanto, a natureza jurídica da proteção aos direitos fundamentais na democracia significa precisamente a forma jurídica necessária à legitimação substancial, ou mesmo processual na perspectiva de Habermas, ao exercício do poder político pelos cidadãos.

Nesse sentido, o embate entre expressão da vontade popular e zona de proteção jurídica a que não se sujeita suas deliberações é um ponto sensível da relação entre direito

---

<sup>87</sup> *Ibidem*, p. 158.

<sup>88</sup> *Ibidem*, p. 155.

<sup>89</sup> *Ibidem*, p. 155.

<sup>90</sup> *Ibidem*, p. 164.

<sup>91</sup> *Ibidem*, p. 165.

<sup>92</sup> *Ibidem*, p. 165.

e política, em que irrompe a tensão entre facticidade e validade, na qual “ela se concentra na circunstância, paradoxal à primeira vista, de que os direitos políticos fundamentais têm que institucionalizar o uso público das liberdades comunicativas *na forma* de direitos subjetivos”<sup>93</sup>. É em decorrência desta “juridificação da liberdade comunicativa”<sup>94</sup> que se exige do direito explorar fontes indispensáveis de legitimação.

Isso porque, segundo Habermas, no Estado de Direito delineado pela teoria do discurso, a soberania do povo “não se concentra mais numa coletividade, na presença física dos civis unidos ou de representantes reunidos, fazendo-se valer na circulação de consultas e decisões estruturadas racionalmente”<sup>95</sup>. Essa concepção de soberania dialoga com o pensamento de Ferrajoli, segundo quem “mesmo na democracia política mais perfeita, representativa ou direta, é precisamente um regime absoluto e totalitário se o poder do povo for nela ilimitado”<sup>96</sup>. Com base nisso, Habermas confirma que “no Estado de direito não pode haver um soberano”, pelo menos no sentido de um titular de poderes ilimitados ou absolutos.

O poder político encarnaria uma vontade apoiada na pura decisão, que “se dobra à razão, transformada em lei, apenas para servir-se dela”<sup>97</sup>, de modo que a facticidade do poder de mando atinge a estrutura normativa das leis em detrimento da liberdade subjetiva de ação dos súditos. Habermas<sup>98</sup> entende, assim, que não foram superados os vestígios desse antagonismo por Kant nem mesmo por Rousseau, eis que, nesse formato, o direito permanece à disposição do poder político.

Como proposta de conciliação entre este aspecto de tensão entre positividade e legitimidade do direito entre autonomia pública e privada é que Habermas desloca o conceito de soberania do povo para “círculos de comunicação de foros e corporações, de certa forma destituídos de sujeito”<sup>99</sup>. O postulado de que todo poder emana do povo em um arranjo institucional interligado com as liberdades subjetivas, ou seja, em um sentido material de democracia, “vai ser concretizado através dos procedimentos e pressupostos

---

<sup>93</sup> *Ibidem*, p. 167.

<sup>94</sup> *Ibidem*, p. 168.

<sup>95</sup> *Ibidem*, p. 173.

<sup>96</sup> FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão ...** Op. cit., p. 792.

<sup>97</sup> HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia...** Op. cit., p. 175.

<sup>98</sup> *Ibidem*, p. 175.

<sup>99</sup> *Ibidem*, p. 173.



comunicativos de uma formação institucionalmente diferenciada da opinião e da vontade”<sup>100</sup>, remetendo ao poder comunicativo a formação legítima do direito.

À luz de tais considerações é que se converge para o mesmo ponto: a fundamentação racional de deliberações com pretensão de validade em um consenso intersubjetivo funda um novo conceito de soberania popular harmonizado com o Estado de Direito. As consequências desse paradigma interferem diretamente no desenrolar deste estudo, na medida em que à soberania popular não é dado o puro arbítrio para formar sua decisão.

A face formal e substancial da democracia enseja correntes teóricas de procedimentalistas e substancialistas, que enfatizam, em maior ou menor intensidade, cada um de tais aspectos, segundo grau de importância que cada teórico concebe no regime democrático. Ainda que não excludentes, conforme se demonstrou, o peso que se à dimensão da democracia priorizada reflete, sobretudo, no papel que irá desempenhar o Poder Judiciário no controle do processo deliberativo.

No terreno procedimentalista, cumpre precipuamente ao Poder Judiciário “zelar pelo respeito aos procedimentos democráticos para a formação da opinião e da vontade política, a partir da própria cidadania”<sup>101</sup>. Aqui, enfatiza-se o papel de controle apenas quanto ao procedimento deliberativo de decisões políticas, tendo em vista a falta de legitimidade da justiça constitucional. Países como Canadá, Reino Unido e Nova Zelândia abraçam a jurisdição em sua vertente procedimentalista.

A tese substancialista, por outro lado, reforça o caráter contramajoritário exercido pela jurisdição, sobretudo a constitucional, pois, assim, haveria um aprimoramento da relação Constituição e democracia. É a tese adotada pela maioria da doutrina brasileira, notadamente por Paulo Bonavides, que fundamenta, essencialmente, seu pensamento no fato de países com dificuldade na implementação dos direitos sociais fundamentais exigirem maior esforço institucional que ultrapasse a simples lógica deliberativa.

Lenio Streck, adepto da corrente substancialista, explica que “a implementação dos direitos fundamentais-sociais (substantivados no texto democrático da Constituição) afigura-se como condição de possibilidade da validade da própria Constituição, naquilo que ela representa de elo contudístico que une política e direito”<sup>102</sup>. Por essa razão, parece

---

<sup>100</sup> *Ibidem*, p. 173.

<sup>101</sup> STRECK, Lenio. **Verdade e Consenso**: constituição, hermenêutica e teorias discursivas. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 83.

<sup>102</sup> *Ibidem.*, p. 82.

não ser sustentável uma concepção estritamente procedimentalista da jurisdição no Estado brasileiro, haja vista o viés claramente dirigente perseguido pela Constituição de 1988.

Por razões pragmáticas de funcionamento dos Poderes, questiona-se a efetividade do Executivo e Legislativo a efetivarem os direitos fundamentais estabelecidos no texto constitucional, cuja inércia despertaria alguma legitimidade para o Judiciário concretizar os direitos que a Constituição assegurou aos cidadãos. Cabe advertir para os perigos que rondam a corrente substancialista no fortalecimento do Judiciário, que passa a colonizar o processo deliberativo e, no limite, substituir a cidadania por decisionismos e arbitrariedades interpretativas. É o risco indissociável do ativismo judicial, presente no ambiente de protagonismo do aspecto substancial do processo democrático.

O delicado ponto de equilíbrio entre o procedimentalismo e substancialismo pode ameaçar a sobrevivência da democracia quando qualquer dessas dimensões ameaçar sobrepujar a outra. As duas faces precisam coexistir para o bom funcionamento do Estado democrático. Por isso, se a corrente procedimentalista parece não se adequar, em termos absolutos, à realidade brasileira, uma vez considerada a gravidade do quadro social que impõe a primazia pela inclusão social por meio da efetivação de direitos fundamentais, afiliar-se à tese substancialista não deve significar subscrever a disfunção da atividade jurisdicional cuja patologia se exprime pelo ativismo judicial.

No Brasil, assim como na grande parte dos países de subdesenvolvidos e em desenvolvimento, ao contrário dos países desenvolvidos, a desjuridificação da política favorece a perpetuação dos privilégios e desigualdades. A ordem jurídica se reveste não apenas do caráter regulatório das disputas sociais, mas também está imbuída de uma perspectiva finalística, transformadora.

Canotilho a respeito da finalidade das constituições dirigentes acredita que o problema da constituição social é um problema de transformação da realidade a ser operada pelos homens<sup>103</sup>. O perfil prospectivo de uma política racional delineada em uma Constituição tida como dirigente visa ao mundo político-social e se projeta sobre ele na tentativa de alterá-lo. Para Gilberto Bercovici “a Constituição Dirigente busca racionalizar a política, incorporando uma dimensão materialmente legitimadora ao estabelecer um

---

<sup>103</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Constituição dirigente e vinculação do legislador**: contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas. Coimbra: Coimbra, 1994, p. 69.

fundamento constitucional para a política”<sup>104</sup>. Assim sendo, o dirigismo constitucional se afirma na legitimidade material da Constituição vinculativamente às tarefas e finalidades públicas estabelecidas pela ordem constitucional.

Nesse sentido, o controle judicial na dimensão conteudística da política democrática é legítimo somente na medida em que assentado na seguinte premissa fundamental que justifica a existência da jurisdição constitucional: “quem controla o povo não são os juízes, mas a Constituição – o que significa que, na verdade, o povo controla a si mesmo”<sup>105</sup>. Eis o legítimo caráter contramajoritário do Estado de Direito em face da democracia política.

Quando os juízes passam a controlar o exercício da vontade popular desbordando os limites fixados pela Constituição, com base puramente em subjetivismos axiológicos, é evidente que se enfraquece o princípio democrático, segundo o qual o povo deve se autogovernar e definir os rumos de sua própria administração. John Hart Ely coloca o problema nos seguintes termos: “A tarefa mais difícil sempre foi e continua sendo a de criar uma ou mais maneiras de proteger as minorias da tirania da maioria sem incorrer numa contradição flagrante com o princípio do governo majoritário”<sup>106</sup>. Esse aparente dilema entre forma e procedimento apenas se resolverá quando houver a maior consonância possível entre a vontade popular e o texto constitucional, que, por sua vez, também é resultado da mais importante deliberação política que instaura a ordem política e social de uma comunidade.

Em outras palavras, efetivar a Constituição jamais poderá ser uma atividade contra a democracia, pois os objetivos e finalidades ali erigidas decorrem do Poder Constituinte originário, que é a decisão política fundamental da sociedade. O substancialismo, por si e em tese, não acarreta maiores dificuldades teóricas em explicar sua plena consonância com o regime democrático. O perigo inerente ao controle substancial do processo político, conforme se evidenciou, surge quando se substitui o texto constitucional pelo voluntarismo do Poder Judiciário, subtraindo o Poder Constituinte e, por conseguinte, a própria soberania popular. Permanece atual a crítica de Ingeborg Maus quanto ao fenômeno da expansão deletéria da atividade judicial, “quando a Justiça ascende ela própria à condição

---

<sup>104</sup> BERCOVICI, Gilberto. **Constituição Econômica e Desenvolvimento**: uma leitura a partir da Constituição de 1988. Malheiros: São Paulo, 2005, p. 35.

<sup>105</sup> ELY, John Hart. **Democracia e Desconfiança**: uma teoria do controle judicial de constitucionalidade. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010, p. 13.

<sup>106</sup> *Ibidem*, p. 12.

de mais alta instância moral da sociedade, passa a escapar de qualquer mecanismo de controle social – controle ao qual normalmente se deve subordinar toda instituição do Estado em uma forma de organização política democrática”<sup>107</sup>.

Essa disrupção subverte o pensamento Iluminista que foi percorrido desde os tempos de contratualismo, em que a primazia da autonomia do indivíduo e sua liberdade política fundamental para se autodeterminar eram cláusulas indispensáveis para firmar o pacto social, independentemente das diferentes colorações adquiridas em cada filósofo. Para a democracia, a ameaça é ainda mais tormentosa, na medida em que a legitimidade que lhe é própria pela tomada da decisão política compartilhada com a plenitude do corpo social desaparece, como sintoma de um discurso antidemocrático que sustenta ser admitido ao Estado corrigir a expressão popular para, ao final, substituí-la. A atividade jurisdicional exercida fora das barreiras constitucionais e despida de qualquer mecanismo de controle representa “notória a regressão a valores pré-democráticos de parâmetros de integração social”<sup>108</sup>.

É fundamental, portanto, que se distinga a judicialização da política do ativismo judicial. O primeiro conceito decorre do viés compromissório e dirigente do texto constitucional, que encampa objetivos fundamentais (art. 3º da Constituição Federal de 1988), além de um extenso plexo de direitos fundamentais a serem satisfeitos por meio de prestações estatais, aptos a despertarem a atuação judicial para concretizar em favor do cidadão. Já o ativismo judicial, segundo Elival da Silva Ramos, “reporta-se a uma disfunção no exercício da função jurisdicional, em detrimento, notadamente, da função legislativa (...)”<sup>109</sup>. Trata-se da ultrapassagem das barreiras demarcatórias da função jurisdicional em direção às funções de governo, em ofensa ao princípio da separação dos poderes.

Sua origem é atribuída aos Estados Unidos, a partir do emblemático caso de *Marbury vs Madison*, inaugurando a doutrina do *judicial review*, ou seja, a possibilidade de anulação pelo Poder Judiciário dos atos abusivos dos outros Poderes. O ativismo não deve ser associado necessariamente aos conceitos de bom ou ruim, esquerda ou direita, progressista ou conservador, mas um fenômeno contingencial. Tanto é assim que nas

---

<sup>107</sup> MAUS, Ingeborg. “O Judiciário como superego da sociedade: o papel da atividade jurisprudencial na “sociedade órfã””. Trad. Martonio Lima e Paulo Albuquerque. *Revista Novos Estudos CEBRAP*, nº 58, nov. de 2000, p. 187.

<sup>108</sup> *Ibidem*, p. 187.

<sup>109</sup> RAMOS, Elival da Silva. *Ativismo Judicial: parâmetros dogmáticos*. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 107.

primeiras décadas do século XX, a Suprema Corte americana chancelou a política de segregação racial e a imposição de um modelo econômico liberal, ao passo em que a jurisprudência da “Corte *Warren*”<sup>110</sup> (1937-1968) caminhou em um sentido progressista em relação à consecução de direitos fundamentais, especialmente quanto as questões acerca dos direitos da comunidade negra.

De acordo com os sistemas jurídicos *common law* e *civil law*, o ativismo judicial adquire distintos contornos. No modelo anglo-saxão, a força criativa dada aos tribunais é bem mais elevada do que no modelo romano-germânico, considerando as razões históricas que contribuíram para tanto, especialmente a desconfiança nos juízes por parte da Europa Continental<sup>111</sup>. No Brasil, ocorre uma aproximação dos dois sistemas e um permanente debate sobre a natureza da fonte jurídica que é a decisão judicial.

Não se deve confundir, portanto, judicialização da política, que resulta dos objetivos e finalidades públicas perseguidas expressamente pelo Poder Constituinte, com ativismo judicial, enquanto fenômeno patológico do controle judicial exercido no processo político fora e/ou contra o texto constitucional. A legítima expressão da democracia material está associada à judicialização da política, não ao ativismo judicial. A clara segregação dos conceitos é essencial para a dinâmica distributiva que se desenvolve segundo as diferenças e desigualdades a serem, respectivamente, respeitadas e corrigidas pela dimensão material da democracia, sem que se afronte a própria democracia.

Na Constituição Federal de 1988, evidentemente, está presente o dirigismo constitucional, ao lado do extenso rol de direitos e garantias fundamentais, que explicam a ênfase no aspecto substancialista do processo democrático brasileiro, com o conseqüente fortalecimento do Poder Judiciário na fiscalização e controle do processo político, por ação ou omissão estatal. Isso não resulta em oposição insuperável na dualidade entre democracia formal e material, segundo se demonstrou, visto que, em ambas as acepções, jamais se refuta a existência de um núcleo básico de direitos fundamentais a ser garantido pelo Estado Democrático de Direito, a ser garantido e promovido pelo Poder Público, que não se sujeita ao sabor interesse da maioria. Tanto procedimentalistas quanto substancialistas convergem na defesa da Constituição, da democracia e da efetivação dos direitos fundamentais.

---

<sup>110</sup> Nomenclatura conferida à Suprema Corte dos Estados Unidos sob o comando de Earl Warren durante o período de 1953 a 1969.

<sup>111</sup> Vide a Revolução Francesa e a oposição entre Legislativo em face do Executivo e Judiciário.

Desse modo, devem ser desconsiderados os falsos antagonismos entre uma corrente e outra segundo sua ênfase em determinado aspecto do processo democrático, afastando suas distorções patológicas que rompem o equilíbrio entre direito e política, a fim de, dentro da zona de interseção do ângulo formal e material da democracia, situar o que os une na particular proteção jurídica, asseguradas às minorias como expressão da tolerância.

### 1.3 O paradoxo da tolerância

A expressão consagrada por Karl Popper acerca do paradoxo da tolerância consta em sua obra *A sociedade aberta e seus inimigos*, em uma nota de rodapé, no capítulo referente à crítica ao pensamento de Platão<sup>112</sup>. Popper suscita questões sobre a busca da civilização por humanidade, razoabilidade, igualdade e liberdade, que ainda não completou a transição de uma sociedade tribal, ou sociedade fechada, para uma sociedade aberta, que se funda na liberdade das faculdades críticas do homem. O choque dessa transição justifica o nascimento de movimentos reacionários que tentaram e ainda tentam um retorno ao tribalismo, de modo que o que se costuma denominar como totalitarismo é um fenômeno existente desde as mais antigas tradições que acompanham o próprio surgimento da civilização.

Uma das primeiras expressões do pensamento totalitário seria exatamente a teoria da justiça na filosofia de Platão, que Popper qualifica como totalitária, pois vislumbra, em sua plataforma política, duas premissas fundamentais, que consistem na teoria idealista da mudança, avessa à qualquer transformação social, e na teoria naturalista, que determinava o ajuste da realidade ao que era concebido como o estado da natureza, isto é, um retorno ao patriarcado tribal. Popper contesta, portanto, a difundida tendência de classificar Platão como um revolucionário ou progressista, ou até mesmo o primeiro cristão antes de Cristo, pois seu pensamento era completamente oposto ao credo liberal e ao princípio humanitário.

A crítica ao conceito de justiça para Platão é demonstrada por Karl Popper com base na exclusão de aspectos fundamentais que lhe costumam ser associados em sua formulação, especialmente ideias como o tratamento igual dos cidadãos perante a lei e que as leis não sejam favoráveis ou desfavoráveis a determinados cidadãos, grupos ou classes,

---

<sup>112</sup> POPPER, Karl Raimund. *A sociedade aberta e seus inimigos*. Tradução de Milton Amado. Belo Horizonte: Itatiaia. São Paulo: Universidade de São Paulo, 1987, p. 289.

na medida em que, para Platão, a concepção de justiça se resumia unicamente àquilo que fosse interesse do Estado. Na prática, isso significava que, em Platão, cada classe deveria se ocupar apenas de sua tarefa. O carpinteiro deveria cuidar da carpintaria e o sapateiro de fazer sapatos, pois a mudança das classes representaria a ruína da cidade. Justiça, assim, seria identificada com o princípio do predomínio da classe e do privilégio.

Popper argumenta que no esquema filosófico de Platão é considerado justo o privilégio, ao passo que, na modernidade, justiça representa exatamente o contrário, ou seja, a ausência de privilégio. O Estado seria justo quando “o governante governa, o trabalhador trabalha e o escravo se deixa escravizar”<sup>113</sup>, ideia que transparece o predomínio totalitário de classe. O pensador grego, ainda que bem intencionado na formulação da República, elegeu como inimigo em sua crítica o igualitarismo, o que é comprovado por Karl Popper, com base em três exigências de uma teoria humanitária da justiça: o princípio igualitário, na perspectiva de abolir os privilégios naturais; o princípio geral do individualismo; e o princípio de que incumbe ao Estado proteger a liberdade dos cidadãos. Em Platão, cada uma dessas propostas se materializa de maneira oposta: o princípio do privilégio natural; o princípio geral do coletivismo; e o princípio segundo o qual é missão do indivíduo garantir a estabilidade do Estado <sup>114</sup>.

Contra o igualitarismo popperiano, fundado no tratamento imparcial pelo Estado aos cidadãos, Platão defendia privilégios naturais para os líderes naturais, por meio da objeção vulgar de que o tratamento igual aos desiguais resulta em injustiça, na medida em que somente caberia cogitar igualdade acaso os homens fossem iguais, ao contrário do que se afigura na realidade dos cidadãos. Trata-se de uma interpretação invertida do princípio da igualdade material consagrado na modernidade, segundo o qual, reconhecendo a desigualdade entre as pessoas, impõe-se o tratamento igual a todos que estiverem em condição de igualdade, ao passo que os desiguais sejam tratados de forma desigual, na medida de sua desigualdade. Em Platão, o tratamento desigual decorrente da desigualdade funcionava, na realidade, para justificar os privilégios políticos, que nunca se basearam em diferenças naturais de caráter, ao invés de distribuir equitativamente justiça.

Bobbio esclarece que toda ideologia política envolve alguma medida de igualdade. Assim, uma doutrina igualitária envolve saber os modos e formas em que é tratada a

---

<sup>113</sup> *Ibidem*, p. 104.

<sup>114</sup> *Ibidem*, p. 109.

igualdade, que devem ser extraídas por meio das indagações a respeito de entre quem se aplica a igualdade e com relação a que coisas. Para esses questionamentos, o filósofo sugere quatro respostas possíveis: “igualdade de alguns em alguma coisa”; “igualdade de alguns em tudo”; “igualdade de todos em alguma coisa”; e “igualdade de todos em tudo”, único postulado que traduziria a doutrina igualitária<sup>115</sup>.

Embora Popper enxergue em Platão a antítese do igualitarismo, Bobbio considera que a segunda resposta, que consiste na igualdade de alguns em tudo, ou igualitarismo parcial ou limitado, está presente na república platônica, “onde um número relevante de princípios que caracterizam as doutrinas igualitárias valem exclusivamente para uma única classe de membros da república, para a classe dos guerreiros”<sup>116</sup>. Independentemente do nível de oposição ao igualitarismo (parcial ou total), é certo que a filosofia de Platão se distanciava dos fundamentos que caracterizavam sua doutrina, pelo menos em alguma medida.

Também é possível divergir sobre o tratamento da igualdade quanto à própria definição da “coisa” e de “quem”, pois defender que todos devem ter direito a um lugar pra morar pode não significar que todos devem morar em um lugar igual. Bobbio estabelece a necessidade como critério igualitário por excelência na delimitação dos critérios de justiça, ao contrário uma doutrina liberal, que se vale da capacidade para a distribuição das recompensas sociais e avalia positivamente as desigualdades como indicativo de avanço civilizatório<sup>117</sup>.

Duas maneiras permitiram efetivar uma maior igualdade dentro de uma sociedade no âmbito do pensamento igualitário. A primeira delas, compatível com a filosofia não-igualitária, consiste na extensão de vantagens de uma categoria a outra até então privada de seu exercício, pois mantém intacta a situação do grupo superior, como a extensão do sufrágio, posteriormente aceita no seio das doutrinas liberais. A segunda se baseia na exclusão de vantagens de uma categoria privilegiados para serem usufruídos pelos não beneficiados, que Bobbio define como “nivelamento”<sup>118</sup>, e pode ser exemplificada tipicamente pela reforma agrária, pois não é possível conceder terras aos camponeses sem que as subtraia dos proprietários. As reformas igualitárias se apresentam, então, sob a

---

<sup>115</sup> BOBBIO, Norberto. **Teoria geral da política**: a filosofia política e as lições dos clássicos. Tradução de Daniela Beccaccia Versiani. Rio de Janeiro: Campus, 2000, p. 298.

<sup>116</sup> *Ibidem*, p. 299.

<sup>117</sup> *Ibidem*, p. 300.

<sup>118</sup> *Ibidem*, p. 303.



forma de igualdade de oportunidades, sem conflitar com a doutrina liberal, mas também como revolucionárias.

Assim, o igualitário condena as desigualdades sociais em nome da igualdade natural, ao passo que o inigualitário condena a igualdade social por causa da desigualdade natural. O primeiro vislumbra artificialidade nas desigualdades sociais, enquanto o segundo assim considera a igualdade social. Essa divergência de concepções influencia diretamente no papel do Estado no tratamento das diferenças, na medida em que seriam “naturais” ou “artificiais”, na formulação de políticas públicas e na distribuição de justiça.

O pensamento inigualitário justificaria as desigualdades sociais como legítimas porque seriam reflexos das desigualdades naturais, ao contrário da doutrina igualitária, que consideraria ilegítimas certas desigualdades aparentemente naturais, como aquela entre homens e mulheres. O conflito se instaura na definição do que seria um produto artificial da vida em sociedade e o que seria uma consequência inevitável das desigualdades naturais.

Para a filosofia igualitária, os homens são por naturais iguais, ou pelo menos mais iguais do que desiguais, e as desigualdades existentes não seriam relevantes para impor um tratamento diferenciado na distribuição de bens essenciais e obrigações para uma harmoniosa vida em comum, pois o homem não é concebido exclusivamente como indivíduo, mas pelas suas características de pertencimento a um único gênero. Essa premissa foi invocada no julgamento a ser analisado em capítulo posterior do Supremo Tribunal Federal que apreciou o habeas corpus de Sigfried Ellwanger para estender o conceito de racismo de uma dimensão puramente biológica para toda discriminação social, com base no reconhecimento da existência de uma única raça: a humana.

A centralidade do homem é um traço positivo que Bobbio atribui à democracia dos modernos em relação à democracia dos antigos (como Platão), que primava pelo caráter organicista e contribuiu para a formação do conceito político de povo. Na democracia moderna, Bobbio concebe que a soberania não é exercida pelo povo, mas por todos os cidadãos, pois “repousa em uma concepção individualista da sociedade”, conforme revelam seus fundamentos positivados nas Declarações dos Direitos do Homem e do Cidadão, ignoradas pela democracia grega. Contudo, o individualismo a que se refere Bobbio não elimina a dimensão social do homem, nem considera o indivíduo

isoladamente<sup>119</sup>. O pensador esclarece que existe o individualismo de tradição liberal-libertária e o individualismo democrático. Enquanto a primeira ideia preceitua a existência do cidadão fora do corpo orgânico da sociedade, em uma luta perpétua para cada um cuidar de si mesmo, a segunda concepção agrupa o homem com outros indivíduos semelhantes e assim percebidos por ele, para uma associação de pessoas livres e não como um todo orgânico<sup>120</sup>. O individualismo liberal-libertário persegue a liberdade do indivíduo em relação à sociedade, ao passo que o individualismo democrático o reconcilia com a sociedade fundada na livre vontade.

Ainda no contexto da análise entre o problema do individualismo e coletivismo como desdobramento da questão da igualdade e desigualdade, um dos artifícios argumentativos utilizados por Platão para sustentar sua teoria foi identificar o individualismo, enquanto oposição ao coletivismo, como sinônimo de egoísmo e antítese do altruísmo. O forte apelo emocional explorado pela sujeição do indivíduo ao interesse da coletividade e a aspiração ao sentimento de pertencimento a um grupo ou tribo é superficialmente resumido pela necessidade de serem sacrificados os interesses particulares pelo bem de todos, sob pena de egoísmo. Essa relação entre egoísmo e coletivismo não coincide nem em teoria, nem na prática. É possível que um individualista seja altruísta e esteja pronto para renunciar sua liberdade em favor de outros indivíduos, ao mesmo tempo em que um coletivista pode vir a ser egoísta.

Essa confusão terminológica não é de menor importância porque, conforme explica Popper, Platão reconheceu apenas duas situações em vez de quatro possíveis (individualismo, egoísmo, altruísmo e coletivismo), visto que resume individualismo a egoísmo e altruísmo a coletivismo. Essa superficial redução dos conceitos permitiu que Platão desferisse fortes e consistentes críticas contra o individualismo, inclusive, com o apelo humanitário ao desprendimento, contra os indivíduos incapazes de se devotarem a outra coisa além de si mesmos, que, na verdade, apenas alcança o sentido egoísta do individualismo. Popper aponta essa ser a raiz do reacionarismo de Platão contra o pensamento individualista, antecessor do igualitarismo, que consistia na revolucionária emancipação do indivíduo, que acarretaria a passagem do tribalismo para a democracia<sup>121</sup>. A união do individualismo com o altruísmo se afigura na base da civilização ocidental,

---

<sup>119</sup> *Ibidem*, p. 380.

<sup>120</sup> *Ibidem*, p. 381.

<sup>121</sup> POPPER, Karl Raimund. **A sociedade aberta e seus inimigos**. Op. cit., p. 116.

desde a doutrina do Cristianismo, que apregoa o amor ao próximo em vez do amor a tribo, até o axial postulado kantiano, de não conceber os indivíduos como meios, mas como fins em si mesmos, com toda a força desses pensamentos para o desenvolvimento moral do homem.

Por isso, Platão escolheu o individualismo como o principal inimigo de seu Estado de castas e descarregou tanta hostilidade contra o indivíduo. Segundo Popper, embora afeito a uma filosofia completamente anticristã e anti-humanitária, Popper atribui à identificação de seu anti-individualismo com anti-egoísmo o sucesso de uma propaganda humanitária até os dias atuais, que ainda confunde a reflexão sobre questões éticas e abre caminho para o totalitarismo e para uma interpretação totalitária e anticristã do Cristianismo<sup>122</sup>. O coletivismo radical de Platão reduziu a justiça a um problema de manutenção do Estado e não como um modo de tratamento dos cidadãos. Ficou excluída de sua teoria da justiça avaliar de maneira imparcial as reivindicações dos indivíduos e tampouco existia a preocupação em ajustar os interesses do Estado ao das pessoas, que estavam em um plano completamente inferior e despido de qualquer relevância. Não há elementos de uma interpretação individualista e igualitária na justiça de Platão que autorize concluir pelo caráter humanitário de sua ética.

O critério da moralidade em Platão se resume ao interesse do Estado, pois o indivíduo não é mais do que uma engrenagem a ser ajustada ao todo, atribuindo-lhe um viés exclusivamente utilitário e instrumental, ao contrário da moderna concepção humanitária e finalística do ser humano. O totalitarismo platônico se define por uma moralidade que propõe substituir o egoísmo individual pelo egoísmo coletivo.

Popper sugere uma abordagem tecnologista sobre as funções do Estado, desconsiderando indagações quanto à sua natureza e significação e concentrando-se em refletir o que se exige do Estado e por que se prefere viver em um Estado bem ordenado a anarquia<sup>123</sup>. Essa ponderação será respondida por um humanitário com a reivindicação de proteção para si e para os outros, por meio da restrição de sua liberdade para que possa confiar na defesa da liberdade restante e que se afigurem necessárias tais limitações. Renuncia-se a liberdade de atacar os outros para que o Estado apoie a defesa do cidadão que venha a ser atacado, sem se descurar da obrigação fundamental de garantir a liberdade

---

<sup>122</sup> *Ibidem*, p. 119.

<sup>123</sup> *Ibidem*, p. 124.

ao que não cause dano aos outros. A finalidade do Estado se explica, assim, na exigência de que seja limitada a liberdade dos indivíduos tão igualmente quanto possível e que não ultrapasse o necessário para atingir um patamar de igual limitação da liberdade.

Essa interpretação humanitária, igualitária e individualista não aparece no pensamento platônico. Nela, há uma esfera de individualidade do cidadão intransponível à finalidade estatal, que não admite instrumentalização, expressa no núcleo da liberdade que não causa dano aos outros. Pode ser compreendida essa liberdade como o direito de se autodeterminar sexualmente, religiosamente, filosoficamente, desde que o exercício dessa liberdade não ameça outras liberdades. Essa concepção estatal é denominada por Popper de “protecionismo”<sup>124</sup>, que, embora assumidamente liberal, afasta-se das doutrinas econômicas que preconizam a política da não-intervenção (*laissez faire*), mas também não significa uma política de proteção de interesses oposta à liberdade e à competitividade. Segundo o filósofo, “liberalismo e interferência do Estado não se opõem mutuamente”<sup>125</sup>, visto que não existe liberdade que não seja assegurada pelo Estado. Em sua formulação teórica, não há liberdade se não houver interferência estatal, assim como somente um Estado controlado por cidadãos livres poderá garantir sua segurança de maneira razoável.

O protecionismo popperiano se baseia fundamentalmente no papel do Estado em proteger os mais fracos de serem intimidados pelos mais fortes, exigência reclamada não apenas pelos fracos, mas também pelos fortes, postulação que se afigura incompatível com sentimentos egoístas ou imorais. Contrariamente, Platão concebeu que o protecionismo estatal é uma ideia defendida pelos que gostariam de praticar injustiça, mas são demasiadamente vulneráveis para conseguir esse objetivo, motivo pelo qual argumentam contra essa liberdade dos poderosos, como uma espécie de recalque. O historicismo totalitário de Platão descreve que praticar a injustiça é por natureza excelente para quem a inflige e apenas má para quem a sofre, o que obriga os cidadãos, por contrato, a se juntarem e se assegurarem mutuamente a defesa, ideia que não escapou à afiada percepção literária de Machado de Assis: “o melhor modo de apreciar o chicote é ter-lhe o cabo na mão”<sup>126</sup>.

Apesar de todos esses aspectos da teoria da justiça de Platão, repleta de ideias totalitárias, segundo Popper, a crítica do filósofo grego contra o egoísmo o assegurou um

---

<sup>124</sup> *Ibidem*, p. 126.

<sup>125</sup> *Ibidem*, p. 126.

<sup>126</sup> ASSIS, Machado de. **Quincas Borba**. 3. ed. São Paulo: Moderna, 2016, p. 51.

viés humanitário muito bem engajado em seu pensamento, a favor do governo totalitário de uma classe naturalmente superior. A justiça apenas serve ao poder estatal, ao poder de classe, ou de partido, que são traços da moderna definição de totalitarismo, que sufoca e suprime a individualidade dos cidadãos, que são apenas engrenagens excluídas da ideia de justiça em sua dimensão humanitária, individualista e igualitária.

Mais importante do que provar a presença de marcas totalitárias nas ideias de Platão, a crítica à sua teoria de justiça é o ponto de partida pelo qual Karl Popper assenta o papel humanitário da intervenção estatal na garantia da liberdade dos indivíduos, como etapa necessária à discussão sobre os fundamentos do exercício do poder na ordem democrática. Karl Popper analisa o problema fundamental da política proposto por Platão sobre quem deve dirigir o Estado, tarefa que caberia, segundo o filósofo grego, aos sábios, enquanto os “ignorantes” deveriam restringir-se a segui-los, também denominado como princípio da liderança. Essa indagação se afigura absolutamente inútil para Popper<sup>127</sup>, na medida em que resultaria em respostas óbvias quanto ao exercício do poder pelos melhores ou mais sábios, pois ninguém sustentaria a ideia de que os piores ou mais estúpidos governassem.

Mesmo que se defenda o governo dos melhores ou dos sábios, existirá a possibilidade permanente de que o poder nem sempre será exercido por alguém suficientemente dotado dessas qualidades e que não é fácil se deparar com um governo em que se possa confiar implicitamente em sua bondade e sabedoria. Isso desloca a pergunta do problema fundamental da política sobre “quem deve governar?” pela questão: “como poderemos organizar as instituições políticas de modo tal que os maus ou incompetentes governantes sejam impedidos de causar demasiado dano?”<sup>128</sup>.

Então, para o ramo do pensamento que se apegou à primeira pergunta, foi oferecida uma teoria da soberania, que Karl Popper considerada incontrolada, pois se funda na aceitação do exercício do poder político ilimitado, porquanto essencialmente soberano, na esteira da filosofia de Bodin, Rousseau e Hegel<sup>129</sup>. Nesse paradigma, a consequência dessa premissa se resume em definir quais seriam as melhores mãos para se ocupar do governo. Por sua vez, Popper argumenta que essas teorias de soberania deixam de enfrentar uma questão fundamental e pecam por ignorar uma reflexão acerca da existência “de um

---

<sup>127</sup> POPPER, Karl Raimund. *A sociedade aberta e seus inimigos*. Op. cit., p. 136.

<sup>128</sup> *Ibidem*, p. 136.

<sup>129</sup> *Ibidem*, p. 137.

controle institucional dos governantes através do equilíbrio de suas forças com outras forças”<sup>130</sup>, que denomina de teoria de controles e equilíbrios.

Reconhecendo tratar-se de uma opinião pessoal a constatação de que raras vezes houve governantes acima da média moral e intelectual, o pensador sustenta que o que deve importar para a política é a preparação para o pior da melhor maneira possível, ainda que se deva perseguir sempre simultaneamente o melhor, pois seria uma “loucura” depositar todos os esforços do pensamento e da política na esperança de sucesso na obtenção de governantes competentes ou excelentes<sup>131</sup>. A inconsistência de uma teoria da soberania concebida sob essas bases é denunciada contra o que seria uma versão demasiadamente ingênua do liberalismo, da democracia, e do princípio de que a maioria deve governar. Essa crítica se expressa, inicialmente, pelo “paradoxo da liberdade”, formulado por Platão, que propõe implicitamente a questão: “E se for vontade do povo, não que ele próprio governe, e sim um tirano em seu lugar?”<sup>132</sup> Nesse caso, o homem livre, no exercício de sua liberdade desafia sua própria liberdade e clama por um tirano.

Essa contradição da teoria da soberania põe os seus defensores no dilema que os obriga a se oporem a tudo que não seja o governo da maioria, ou seja, uma nova tirania, ao mesmo tempo em que os impõe aceitar qualquer decisão adotada pela maioria, que pode resultar no domínio de um novo tirano. Assim, para Popper, todas as teorias da soberania são paradoxais, pois o mais sábio pode exercer sua sabedoria para decidir que o melhor deve governar, que, por sua vez, com sua bondade, poderia decidir que cabe à maioria exercer o poder. Mesmo o império da lei está sujeito à mesma dificuldade, uma vez que pode advir alguma norma que determina a obediência à vontade de apenas um homem.

O paradoxo da liberdade de Platão demonstra, então, o risco de que a liberdade sem nenhum controle restritivo conduz à maior restrição, na medida em que torna os violentos livres para escravizarem os fracos. Partindo dessa contradição é que Karl Popper vai conceituar o paradoxo da tolerância:

Menos conhecido é o paradoxo da tolerância: a tolerância ilimitada pode levar ao desaparecimento da tolerância. Se estendermos a tolerância ilimitada até àqueles que são intolerantes; se não estivermos preparados para defender uma sociedade tolerante contra os ataques dos intolerantes, o resultado será a destruição dos tolerantes e, com eles, da tolerância. –

---

<sup>130</sup> *Ibidem*, p. 138.

<sup>131</sup> *Ibidem*, p. 138.

<sup>132</sup> *Ibidem*, p. 138.

Nesta formulação, não quero implicar, por exemplo, que devamos sempre suprimir a manifestação de filosofias intolerantes; enquanto pudermos contrapor a elas a argumentação racional e mantê-las controladas pela opinião pública, a supressão seria por certo pouquíssimo sábia. Mas deveríamos proclamar o direito de suprimi-las, se necessário mesmo pela força, pois bem pode suceder que não estejam preparadas para se opor a nós no terreno dos argumentos racionais e sim que, ao contrário, comecem por denunciar qualquer argumentação; assim, podem proibir a seus adeptos, por exemplo, que dêem ouvidos aos argumentos racionais por serem enganosos, ensinando-os a responder aos argumentos por meio de punhos e pistolas. Deveremos então reclamar, em nome da tolerância, o direito de não tolerar os intolerantes. Deveremos exigir que todo movimento que pregue a intolerância fique à margem da lei e que se considere criminosa qualquer incitação à intolerância e à perseguição, do mesmo modo que no caso da incitação ao homicídio, ao sequestro de crianças ou à revivescência do tráfico de escravos<sup>133</sup>.

Esse paradoxo ressoa até os dias atuais e agita discussões sobre os limites da liberdade de expressão no ambiente democrático. Recolocado o paradoxo em uma perspectiva jurídica, sua contradição se explicaria na necessidade de larga amplitude de proteção à livre manifestação de pensamento, em todas suas acepções, como requisito fundamental dos regimes democráticos em um contexto que essa garantia é utilizada para a defesa de ideias que advogam o fim dessa mesma liberdade e várias outras igualmente indispensáveis para a democracia. É certo, todavia, que não há direito absoluto na ordem jurídica e exige-se a conformação do plexo de direitos fundamentais de maneira que uns não levem à anulação de outros, ainda que por vezes não seja tarefa simples avaliar o grau de efetividade admitido em cada situação concreta.

Para tentar solucionar o paradoxo, Popper argumenta que não se pode tolerar a intolerância, pois o resultado da tolerância ilimitada é dos tolerantes e, por conseguinte, da própria tolerância. Em princípio, a limitação pode acontecer apenas no campo racional e argumentativo de contraposição a filosofias intolerantes, contudo, pode existir um cenário em que os adeptos da intolerância dispensem toda a racionalidade e abracem a linguagem de violência, o que despertaria, inclusive, o uso da força como meio legítimo de resistência aos intolerantes. Por isso, em nome da tolerância, deve ser proclamado o direito de não tolerar a intolerância e que sejam afastadas da legalidade democrática todas as expressões possíveis de sua manifestação.

Portanto, não há meio termo no que diz respeito à convivência com a incitação à intolerância no ambiente democrático. Toda e qualquer forma de comportamento intolerante é

---

<sup>133</sup>*Ibidem*, pp. 289-290.

incompatível com a ordem democrática, não estando protegido nem mesmo pela própria obrigação jurídica de tolerar as diferenças, em razão da necessidade de superação do paradoxo: caso se tolere juridicamente a defesa de ideias que apregoem a destruição da tolerância, é evidente que o êxito da intolerância importará na inexistência da tolerância. Em outras palavras, a tolerância, em sendo ilimitada, permite o nascimento da intolerância, até que não exista mais tolerância. Sob outra roupagem, a todos esses paradoxos (liberdade e tolerância) também pode ser incluído no que Popper chamou de paradoxo da democracia, que consiste na possibilidade de a maioria decidir que um tirano deve reinar, aniquilando, por conseguinte, o governo da maioria.

Para se evadir das contradições decorrentes da teoria da soberania, Karl Popper oferece uma compreensão do problema que não se baseia nas qualidades intrínsecas das virtudes do princípio majoritário, mas nos vícios da tirania e na adoção de mecanismos que possam lhe evitar e lhe resistir. Segundo o pensador, deve ser classificado como democracia o governo do qual se pode livrar sem derramamento de sangue, por meio de eleições gerais e instituições sociais que assegurem a retirada pacífica dos governantes e que não sejam facilmente destruídas pelos detentores do poder, ao passo que tirania, ou ditadura, representam o contrário, isto é, os governados não conseguem expurgar os governantes a não ser por meio de revoluções vitoriosas. Diante desses conceitos, Popper afirma que o princípio de uma política democrática deve ser agora uma proposta de “criar, desenvolver e proteger as instituições políticas, para evitar a tirania”<sup>134</sup>, eliminando o paradoxo da democracia, pois importa no reconhecimento de que as instituições não são impecáveis e perfeitas, ou que a política adotada pelo governo democrático seja necessariamente virtuosa ou mesmo melhor do que aquela praticada por um tirano benevolente.

Nesse sentido, o princípio democrático significa aceitar que uma política má na democracia, desde que persista a possibilidade de mudança pacífica do governo, é preferível à subjugação por uma tirania, por mais sábia ou benévola que possa ser. A teoria da democracia não deve, assim, basear-se no princípio do governo da maioria, mas na existência de métodos igualitários para o controle democrático. O sufrágio e o governo representativo, mais do que fins em si mesmos, devem ser considerados, na realidade, eficazes instrumentos de salvaguarda institucional contra a tirania, passíveis de constante aperfeiçoamento.

---

<sup>134</sup>*Ibidem*, p. 140.



Esse deslocamento da teoria da cidadania desobriga que se encare o resultado do voto democrático como expressão incontestável de justiça. Deve ser aceita a decisão da maioria, para a permanência do funcionamento das instituições democráticas, mas subsiste a liberdade para contestar e atuar para sua revisão pelas vias democráticas. Na eventual ocasião em que o voto da maioria implicar a destruição da democracia, apenas será confirmada a inexistência de mecanismos infalíveis para evitar a tirania, sem que se enfraqueça o direito de resisti-la ou a consistência dessa teoria.

No final das contas, a sua teoria aposta no papel das instituições para combater a ascensão da tirania contra o governo democrático. Não se afigura mais como fundamental gastar o intelecto para oferecer um titular mais adequado para o exercício do poder político, uma vez que a persistência nesse dilema fatalmente atrairá as contradições inerentes às teorias da soberania. O princípio da liderança de Platão não se resolve por meio da eleição dos líderes mais sábios ou melhores como solução para o problema democrático, seja pela experiência histórica, seja pela permanente possibilidade de que não seja eleito um governante dotado dessas qualidades.

A democracia é demasiadamente frágil para que se atrele toda sua subsistência à virtude individual de uma pessoa. O problema político fundamental do governo democrático deve ser a maior intransigência institucional possível com os embriões da tirania. Caso permaneça situada a problemática no campo de quem deve governar e as qualidades necessárias ao governante, a democracia sempre estará vulnerável à vontade da maioria optar por um tirano, bom ou mal, que destruirá o governo da maioria. O fundamento do princípio democrático no controle institucional significa preferir uma má democracia a qualquer espécie de tirania.

Por isso, Popper destaca a necessidade de superação do paradoxo da tolerância, uma subespécie de paradoxo da democracia. A sobrevivência da tolerância impõe que toda e qualquer forma de expressão de intolerância esteja à margem da legalidade, mesmo antes de que os intolerantes se tornem numerosos o suficiente de exercer seu domínio pelo governo da maioria. Seria incompatível admitir que uma maioria de adeptos da intolerância se aproveitem da tolerância com sua filosofia para suprimir essa liberdade. Portanto, para superar o paradoxo da democracia deve ser, antes, superado o paradoxo da tolerância por meio da existência de mecanismos de controle institucional contra a ascensão da tirania, de modo que se enfrente e

resista democraticamente aos impulsos antidemocráticos antes de se tornarem fortes o bastante para, pela via democrática, destruir as instituições democráticas.

Essa perspectiva diverge da formulação de John Rawls sobre a relação da tolerância com a intolerância. Embora percebam-se premissas semelhantes na definição do problema, é oferecida solução diversa para a celeuma. Sob a ótica de uma teoria da justiça, Rawls pressupõe que a “liberdade de consciência é limitada, como todos concordam, pelo interesse geral na ordem e na segurança pública”<sup>135</sup>. Essa obrigação do Estado pela manutenção da ordem e segurança se fundamenta no dever de apoiar imparcialmente as condições necessárias para que todos promovam seus interesses e cumpram suas obrigações segundo seu entendimento. Logo, a intervenção estatal na liberdade de consciência somente se justifica quando diante de uma expectativa razoável de que sua inércia enfraquecerá a ordem pública da qual é responsável, ou seja, restringe-se a liberdade para evitar uma restrição à liberdade ainda mais grave.

Significa reconhecer que são as próprias condições necessárias de existência da liberdade que a regulam, o que, contudo, não afasta de imediato a possibilidade de serem invocados motivos equivocados, ou mesmo de intolerância, como fundamento para restringir a liberdade alheia. John Rawls denuncia como a doutrina de São Tomás de Aquino apregoava a pena de morte para hereges porque a corrupção da fé, relacionada à vida da alma, é muito mais gravosa do que a o delito de falsificação de dinheiro, que diz respeito ao sustento da vida, argumento que não seria sustentável porque persegue a eliminação da heresia para salvação das almas como uma questão de dogma<sup>136</sup>. Outro pensador criticado por Rawls na concepção de uma tolerância restrita foi Rousseau (contrato social, livro IV, capítulo VIII), que não toleraria as religiões que acreditassem não haver salvação fora da Igreja, pois seria impossível a convivência pacífica dos cidadãos com aqueles que fossem julgados amaldiçoados, que deveriam ser atormentados ou convertidos como medida de preservação da paz na sociedade<sup>137</sup>.

Tanto o pensamento de Rousseau quanto o de São Tomás de Aquino seriam puramente dogmáticos e não se confirmariam pela experiência, o que é o critério definido por Rawls como termômetro para abandonar o princípio da tolerância, que não pode ocorrer com base em

---

<sup>135</sup> RAWLS, John. **Uma teoria da justiça**. Tradução de Jussara Simões. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2008, p. 261.

<sup>136</sup> *Ibidem*, p. 265.

<sup>137</sup> *Ibidem*, p. 265.

argumentações psicológicas quanto à existência de uma ameaça à segurança do Estado. Existe, de toda sorte, um traço distintivo na concepção de cada um dos autores. Enquanto Rousseau defendia a limitação da liberdade para evitar consequências que seriam claras na manutenção da ordem, pois determinada fé não estaria comprometida com a sociedade civil, os motivos da intolerância invocados por São Tomás de Aquino são exclusivamente questões de fé. Em um caso a negação da liberdade se explica por uma defesa da ordem pública, com base na experiência comum, que pode ser contestada em qualquer circunstância, ao passo que a restrição baseada em princípios teológicos não comporta argumentação possível.

A perspectiva liberal de John Rawls concebe, assim, que o problema se enfrenta no âmbito argumentativo, premissa pela qual propõe investigar “se a justiça exige a tolerância com os intolerantes e, nesse caso, em que condições”<sup>138</sup>. Situações como a atuação de partidos políticos em Estados democráticos que apregoam doutrinas que comprometem as liberdades constitucionais ou rejeitam a liberdade intelectual indicam que a tolerância seria incompatível com os princípios da justiça. Rawls acredita que essa matéria envolve se perguntar se uma seita intolerante tem algum direito de reclamar se não for tolerada e em que condições as seitas tolerantes têm o direito de não tolerar os intolerantes<sup>139</sup>.

Quanto à primeira indagação, o autor afirma que não existe o direito de a seita intolerante reclamar quando a liberdade igual lhe é negada, porquanto “um indivíduo não tem o direito de se opor à conduta alheia que esteja de acordo com os princípios que ele mesmo adotaria em circunstâncias semelhantes para justificar seus atos com relação aos outros”<sup>140</sup>. O direito de queixa se restringe às violações dos princípios que são reconhecidos por ambas partes, ou seja, se o indivíduo não reconhece a liberdade como princípio alheio, não pode invocá-la para fundamentar sua reclamação. Logo, os adeptos da intolerância não tem o direito de reclamar contra a intolerância.

A segunda reflexão diz respeito ao direito de as seitas tolerantes suprimirem a seita dos intolerantes. Para esse problema, Rawls examina se o fato de ser intolerante é razão suficiente para que seja limitada a liberdade de alguém. No caso de existirem bons motivos para se acreditar que a intolerância representa uma ameaça à própria segurança dos tolerantes, é fácil inferir que há o direito de não tolerar os intolerantes, pois todos concordariam que com o direito à autopreservação, na medida em que “a justiça não exige que os homens cruzem os

---

<sup>138</sup> *Ibidem*, p. 266.

<sup>139</sup> *Ibidem*, p.267.

<sup>140</sup> *Ibidem*, p. 267.

braços enquanto outros destroem os alicerces de sua existência”<sup>141</sup>. Como seria consensual que em nenhuma circunstância é vantajoso renunciar o direito à autopreservação, a única questão relevante seria avaliar a existência do direito de os tolerantes coibirem os intolerantes quando não houver risco imediato para as liberdades dos outros<sup>142</sup>.

Para John Rawls, a ausência do direito de os intolerantes reclamarem da intolerância não autoriza de maneira automática sua eliminação, o que somente se justificaria diante de riscos consideráveis para a coletividade dos interesses legítimos. Podem ser obrigados os intolerantes a respeitarem a liberdade alheia, contudo, enquanto a ordem constitucional estiver assegurada, não haveria razão para negar a liberdade aos intolerantes. A questão do controle da atuação de grupos intolerantes estaria “diretamente ligada à da estabilidade de uma sociedade bem-ordenada regida pelos dois princípios” (liberdade e igualdade). Essa proposta confia no que Rawls define como “princípio psicológico”, segundo o qual a permanência de uma constituição justa que proteja as liberdades desperta um sentimento de lealdade em relação a ela<sup>143</sup>.

Nesse cenário, o aparecimento de uma seita intolerante que não seja forte o bastante para se impor de maneira imediata ou cresça demasiadamente rápido de maneira a contrariar o princípio psicológico, a tendência será o abandono da intolerância e a aceitação da liberdade de consciência. Esse seria o sintoma da estabilidade de instituições justas, que põem em movimento forças antagônicas à injustiça para preservar o seu arranjo. Contudo, Rawls se esquiva de enfrentar o problema mais grave e fundamental da ascensão da intolerância com essa formulação, que consiste exatamente no comportamento institucional necessário contra uma demasiada força inicial ou rápida ascensão a ponto de que a estabilidade não seja capaz de convertê-la em liberdade. Para o pensador, “essa situação apresenta um dilema prático que a filosofia não consegue resolver sozinha”, uma vez que dependerá da verificação das circunstâncias concretas avaliar quando a liberdade dos intolerantes deverá ser limitada a fim de preservar a ordem constitucional vigente.

Rawls admite que sua teoria da justiça limita-se a procurar definir uma constituição justa e as referências pelas quais a ação política orienta as decisões práticas, sem desconsiderar

---

<sup>141</sup> *Ibidem*, p. 269.

<sup>142</sup> Essa premissa foi um dos argumentos teóricos veiculados no voto do Ministro Marco Aurélio, mesmo sem citar diretamente o pensamento de John Rawls, no julgamento do habeas corpus de Siegfried Ellwanger para privilegiar a liberdade de expressão em detrimento de repressão da incitação ao ódio contra os judeus no país, pois, para o Ministro, não seria factível o advento de uma revolução antissemita na realidade brasileira.

<sup>143</sup> RAWLS, John. **Uma teoria da justiça**. Op. Cit., p. 270.

o que seria “a força natural das instituições livres”<sup>144</sup>, assim como não se deveria supor que as tendências contrárias cresçam livremente e sempre triunfem. Portanto, a estabilidade de uma constituição justa em uma sociedade bem-ordenada somente limitará a liberdade dos intolerantes nos casos em que for estritamente necessário para a preservação da liberdade igual de todos.

O raciocínio de Rawls sintetiza-se na conclusão de que os tolerantes não devem sempre restringir a liberdade dos intolerantes apenas porque eles não tem o direito de reclamar contra a intolerância, mas somente quando existirem razões suficientes para acreditarem que sua própria segurança e das instituições democráticas estiverem em perigo, sem esclarecer quais seriam os critérios ou motivos para despertar essa intervenção, o que torna, realmente, limitada a aplicação da teoria do filósofo no campo prático da defesa da tolerância. Na medida em que se exime de analisar com maior profundidade o momento decisivo de ascensão da intolerância para a sobrevivência das instituições democráticas, há uma lacuna quanto à sua identificação e uma vaga crença na força da estabilidade e na lealdade à constituição, além de um ingênuo otimismo que aconselha não pressupor o triunfo das forças contrárias à tolerância.

Apesar de apresentar sólidos fundamentos para explicar por que não se deve tolerar os intolerantes, a teoria de Rawls parece não conseguir contribuir decisivamente para identificação precisa dos termos e condições em que a intervenção estatal deve acontecer para restringir a liberdade da seita intolerante. Na direção absolutamente contrária ao que sustenta Karl Popper para superar o paradoxo da intolerância, John Rawls admite a convivência pacífica com a intolerância, desde que ela não apresente risco imediato para a segurança do Estado e a liberdade alheia, que será espontaneamente dissolvida pela lealdade à estabilidade constitucional. Por sua vez, Popper não condiciona o exercício da intolerância com os intolerantes a nenhuma ameaça concreta, uma vez que sua existência, por si só, já seria incompatível com a institucionalidade democrática, devendo se exigir todo movimento que dissemine a intolerância esteja fora da legalidade e que seja criminalizada sua incitação<sup>145</sup>.

É verdade que John Rawls reconhece a possibilidade de “obrigar os intolerantes a respeitar a liberdade alheia”<sup>146</sup>, ao mesmo tempo que inexista motivo para negar a liberdade aos intolerantes. Cabe refletir em que medida o filósofo concebe não haver restrição à

---

<sup>144</sup>*Ibidem*, p. 271.

<sup>145</sup> Com a ótica ainda mais intransigente acerca da convivência com a intolerância, Cláudio Lembro argumenta que “os intolerantes não se assemelham aos humanos. Estão mais próximos das feras”. (LEMO, Cláudio. **Visões do cotidiano**. Barueri: Manole, 2012, p. 21).

<sup>146</sup>*Ibidem*, p. 269.

liberdade dos intolerantes quando lhes é imposto respeitar a liberdade alheia. Em alguma medida, essa formulação necessariamente significa que obrigar alguém (os intolerantes) a fazer alguma coisa (respeitar a liberdade alheia) importa em retirar a liberdade de não ser constrangido a adotar determinado comportamento, ou seja, restringir a suposta liberdade para violar liberdade alheia. Por ausência de profundidade no tema, não se conhece em que situações o autor considera que a atuação da seita da intolerância não representaria risco para a liberdade alheia a ponto de não justificar a limitação de sua liberdade.

Também não está claro na obra se há uma avaliação gradativa da delimitação do direito de não tolerar a intolerância, quando Rawls discute “o direito de suprimi-la”<sup>147</sup>, ou seja, se está em discussão eventual direito de exterminar a seita intolerante ou simplesmente tornar sua atuação ilegal. Ainda que Popper argumente a necessidade de intransigência absoluta com a intolerância na ordem política e social e, conseqüentemente, sua completa incompatibilidade com a legalidade, cujo combate se admite, em última instância, inclusive por meio da força, não se advoga o extermínio, a imputação de pena de morte, perda da nacionalidade, banimento, exílio ou afronta a direitos fundamentais dos adeptos da intolerância. Popper, consciente da fragilidade democrática e da experiência histórica que autoriza concluir que o poder político não será sempre exercido pelos mais sábios ou bondosos, propõe mecanismos de controles contra a deformação da democracia em tirania, dentre os quais a marginalização da intolerância. Embora deva se buscar continuamente os melhores governantes, as instituições devem estar simultaneamente preparadas para o pior, distinção fundamental em relação a filosofia de Rawls, que não elege a possibilidade de êxito da ascensão da intolerância como uma premissa a ser considerada na formulação de sua teoria.

Os pensamentos de Popper e Rawls assumem pontos de partidas semelhantes, afinal, na medida em que compactuam que a teoria da justiça em uma ordem democrática não deve tolerar a intolerância. A superação do paradoxo da tolerância, contudo, soa mais preparada para resistir e enfrentar a intolerância na proposta de Karl Popper, na medida em que desvincula a existência de qualquer indicativo concreto para justificar a intervenção estatal na repressão de comportamentos de disseminação da intolerância. Para Popper, toda expressão de intolerância é necessariamente ilegal e ameaça as instituições democráticas, motivo pelo qual devem existir mecanismos jurídicos suficientes para desmobilizar sua ascensão a qualquer tempo.

---

<sup>147</sup> *Ibidem*, p. 268.

#### 1.4 Tutela jurídica das minorias e oposição na política

Demonstrou-se que o núcleo material da democracia constitui uma esfera de proteção jurídica que não está passível de supressão, ainda que pela vontade da maioria, ou mesmo, unanimidade, refletindo precisamente o conteúdo dos direitos fundamentais, que, nessa perspectiva, transparecem sua relação com o conceito de direitos humanos, inerentes à própria condição humana. O aspecto substancial da democracia também se compreende, por isso, como a necessidade de se assegurar uma tutela jurídica mínima de existência do indivíduo em sociedade que não está em jogo no âmago das deliberações políticas, razão pela qual é o substrato jurídico de tutela das minorias.

Embora apenas após a Segunda Guerra Mundial a cultura dos direitos humanos proliferou no plano internacional e nacional -dada a preocupação óbvia de se criar mecanismos para conter maiorias políticas, que se reivindicam democráticas, contra determinados grupos políticos preteridos na ordem social - ainda em 1798, quando da edição da revolucionária *Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão*<sup>148</sup>, o constitucionalismo da época anunciava a necessidade de os Estados assegurarem a garantia de direitos, ao lado da separação de Poderes, sob pena de inexistir Constituição. Com a maturidade democrática experimentada no pós-guerra, Cortes Constitucionais e a jurisdição constitucional como um todo, assumiram um protagonismo no regime democrático associado ao controle contramajoritário exercido pelo poder das maiorias no processo deliberativo, fortalecendo a extensão da tutela dos direitos fundamentais nesse aspecto.

Sendo a democracia material, acima de tudo, a face do Estado de Direito de proteção dos pilares mínimos sobre os quais se erige o regime democrático, não é minimamente apropriada qualquer comparação vulgar entre direitos fundamentais, ou humanos, que opõem seu significado de proteção basilar dos cidadãos a qualquer espécie de privilégio de minorias. Essa distorção rasa e banalizada por um senso comum que vai de encontro à dimensão substancial da democracia milita contra a causa das próprias maiorias insufladas por esse discurso, ignorando também ser sujeito dos direitos fundamentais contra os quais

---

<sup>148</sup> “Art. 16.º A sociedade em que não esteja assegurada a garantia dos direitos nem estabelecida a separação dos poderes não tem Constituição”.

se insurge. Não é demais enfatizar que os direitos fundamentais transcendem o interesse imediato da maioria porque exprime, na realidade, o interesse de todos na convivência pacífica e harmônica.

Direitos fundamentais na democracia vinculam à validade jurídica do procedimento deliberativo-democrático, isto é, orientam a relação entre Estado e indivíduo, mas também desencadeiam consequências nas relações intersubjetivas entre os cidadãos. Sua axiologia pressupõe, antes de tudo, o enaltecimento do valor das pessoas, ou mesmo da pessoa enquanto valor, incluídas suas especificidades, diversas identidades e pluralidade de pontos de vistas expressos por elas. Nesse plano, Ferrajoli enuncia que sobre essas bases se funda a tolerância na modernidade, “definida como a atribuição a cada pessoa do mesmo valor; enquanto a intolerância é o desvalor associado a uma pessoa qualquer em força de sua particular identidade”<sup>149</sup>. Fortalecendo a relação da tolerância, propugnada em Kelsen como princípio da democracia, o jurista italiano aprofunda sua conexão com o núcleo substancial do regime sob a ótica da igualdade jurídica, resultado do valor da pessoa e do princípio da tolerância.

Em suas duas acepções, o princípio da igualdade implica, ao mesmo tempo, no igual valor atribuído a todas as diferentes identidades, sem qualquer distinção, bem como no desvalor associado a outro gênero de diferença. No primeiro sentido, denominado igualdade formal, ou política, igualdade e diferenças se implicam mutuamente, pois significa que todos devem ser tratados de maneira isonômica, apesar de suas diferenças. Na segunda perspectiva, convencionada igualdade substancial, ou social, os homens devem ser considerados iguais, tanto quanto possível for, levando em conta suas posições social e economicamente desiguais.

Assim, as diferenças estão presentes no conceito de igualdade formal, entretanto, de forma que elas não criem estatutos jurídicos que coloquem as diversidades étnicas, religiosas, culturais ou linguísticas, em situação de disparidade. Há uma tolerância positiva à pluralidade das identidades humanas. Por sua vez, são as desigualdades que se afiguram no conteúdo da igualdade substancial, porque, aqui, as distintas realidades materiais das pessoas são reputadas intoleráveis como causa de privilégios ou discriminações sociais que lhes deformam a identidade. Enquanto dimensão negativa da tolerância, a igualdade jurídica nesse ângulo determina a intolerância de tais desigualdades.

---

<sup>149</sup> FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão ...** Op. cit., p. 834.



Ferrajoli associa, portanto, “diferenças” como as diversidades vertidas pela igualdade política e “desigualdades” à igualdade social. Contudo, delimitar aquelas desigualdades que devem ser toleradas ou não é tarefa de notória complexidade no plano da filosofia jurídica e política, devendo, para o autor, serem repelidas apenas aquelas que vulneram “a vida, a liberdade, a sobrevivência e o desenvolvimento das outras pessoas”<sup>150</sup>. Em ambas suas acepções, o princípio da igualdade denotará, em realidade, a igualdade dos direitos fundamentais, que exercem técnica de, ora assegurar, ora perseguir, a igualdade. A dimensão política tutela as diferenças que postulam a tolerância, ao passo que a igualdade social remove ou compensa desigualdades reputadas intoleráveis. Uma representa o direito a ser diferente e permanecer diferente de todas as outras pessoas. Outra constitui o direito a compensações pelas desigualdades a fim de garantir condições mínimas de vida e sobrevivência, a ser igual a todas as pessoas.

Norberto Bobbio explica que o princípio da igualdade perante a lei, originário da Constituição francesa de 1791, “não quer decerto afirmar que todos os cidadãos são iguais”<sup>151</sup>. Sob a ótica do Poder Judiciário significa que a lei deve ser igual para todos, ou seja, aplicada imparcialmente para assegurar igual tratamento aos iguais. No âmbito do Legislativo, impõe que todos devem ter igual lei, que traduz a ideia de que a sociedade não deve ser dividida em segmentos com uma ordem jurídica própria e o estabelecimento de direitos e obrigações distintas. Essa perspectiva legislativa está consagrada no preâmbulo da Constituição francesa de 1791, que anunciou: “Não há mais nobreza, nem pares, nem distinções hereditárias, nem distinções de ordens, nem regime feudal”<sup>152</sup>, pois ferem a igualdade de direitos.

A hereditariedade foi historicamente a discriminação mais antiga e consolidada ao longo dos séculos e que ainda resiste até os dias atuais, mas o princípio da igualdade perante a lei implica a extinção de todas as ordens de discriminação motivadas por sexo, origem, raça, etnia, religião, orientação sexual, etc., contra as quais ainda se luta para emancipar os cidadãos. Nessa dimensão ampla, Bobbio conceitua o princípio com base na obrigação de não tolerar discriminações injustas, assim entendidas como aquelas não

---

<sup>150</sup> *Ibidem*, p. 835.

<sup>151</sup> BOBBIO, Norberto. **Teoria geral da política**. Op. cit., p. 313.

<sup>152</sup> *Ibidem*, p. 313.

previstas em lei, assim como aquelas ainda existentes na medida que as diferenças sobre as quais se fundam deixem de serem consideradas relevantes<sup>153</sup>.

Enxergando a igualdade sob a classificação das gerações de direitos fundamentais, sua face formal, ou política, revela os direitos fundamentais de primeira dimensão, eis que os primeiros a serem garantidos nos textos constitucionais, como resultado das revoluções francesa e estadunidense. Seu conteúdo são os direitos civis e políticos, na perspectiva de liberdades negativas, visto que visavam à limitação da intervenção estatal no domínio das liberdades individuais. Marcados pela ideia de oposição entre Estado e sociedade, os direitos fundamentais de primeira geração representam as conquistas da burguesia frente o regime absolutista.

Por outro lado, a igualdade sob o ângulo substancial, ou social, está catalogada nos direitos fundamentais de segunda geração, na esteira da inspiração da Constituição Mexicana de 1917, da Constituição de Weimar de 1919 e, no Brasil, na Constituição de 1934, que incorporaram direitos sociais. Não se cuidava mais de criar uma barreira de proteção à intervenção estatal na esfera particular dos indivíduos, mas, ao contrário, de reconhecer o papel do Estado na promoção de serviços públicos essenciais para a emancipação social dos cidadãos.

Assim se costuma discorrer a narrativa das gerações de direitos fundamentais, sem prejuízo das gerações subsequentes. George Marlmstein adverte, todavia, que a indivisibilidade dos direitos fundamentais não permite sua fragmentação em gerações ou dimensões, uma vez que todo direito fundamental pode ser analisado e compreendido a partir de múltiplas dimensões, pois fazem parte da mesma realidade dinâmica. Tanto é assim que o direito à propriedade pode se associar à primeira dimensão, em uma perspectiva privatista, a teor do Código Civil, mas também a uma concepção social, com base em sua função social prevista no art. 5º, XIII da CF/88 (segunda dimensão), ao mesmo tempo em que deverá obedecer a uma função ambiental (quarta dimensão). Por isso, Marlmstein sugere a compreensão dos direitos fundamentais segundo uma dimensão individual liberal (primeira dimensão), dimensão social (segunda dimensão),

---

<sup>153</sup>*Ibidem*, p. 314.

dimensão de solidariedade (terceira dimensão) e dimensão democrática (quarta dimensão)  
154.

E desse modo deve-se perfazer a compreensão contemporânea da igualdade jurídica, coexistente a ambas dimensões – formal e material -, tutelando o direito à tolerância das diferenças intrínsecas à diversidade humana e o direito à intolerância a desigualdades sociais e econômicas que subtraem condições materiais mínimas capazes de assegurar à pessoa a condição humana.

Na realidade brasileira, a Constituição Federal de 1988 representa o principal marco enquanto estatuto jurídico de tutela das minorias. Isso se deve, em grande parte, ao extenso rol de direitos fundamentais, consagrados, principalmente, no Título II, intitulado “Dos direitos e garantias fundamentais”. Apesar de alguns dos principais fundamentos jurídicos induzirem a possíveis proteções de minorias em constituições anteriores<sup>155</sup>, o protagonismo da assumido na ordem constitucional vigente é inequívoco quanto aos propósitos perseguidos pelo constituinte, que, ainda em seu preâmbulo, anunciou a fundação “de sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos”. Não é tarefa fácil, contudo, delimitar a extensão da proteção garantida pela ordem constitucional, seja por se tratar de matéria ainda pouco explorada no universo jurídico, seja pela resistência e preconceito inerente à consolidação de uma doutrina de proteção às minorias.

Na doutrina pátria, o conceito de minoria é pautado pela sua concepção tanto em termos quantitativos como qualitativos, ou seja, um grupo social que se constitui em inferioridade numérica aos demais segmentos sociais e/ou, ainda que em maioria de membros, estão em situação de desvantagem social e marginalizados da participação nas políticas estatais. Tais desvantagens podem se dar por discriminações de ordem nacional, étnica, religiosa, cultural, linguística, sexual, que divergem daquela prevalecente na comunidade. A exclusão da esfera pública das minorias pode ocorrer pela sua marginalização e, em casos mais dramáticos, até com seu extermínio.

Não obstante, não é apenas no âmago dos direitos fundamentais encartados no Título II da Constituição que se extrai a esfera de proteção assegurada às minorias. Depois do preâmbulo, os artigos inaugurais no texto constitucional de 1988 reproduzem essa diretriz

---

<sup>154</sup> MARLMEINSTEIN, George. “Críticas à Teoria das Gerações (ou mesmo dimensões) dos direitos fundamentais”. *Revista Opinião Jurídica*, n. 3, ano 2, 2004-1, p. 178.

<sup>155</sup> O princípio da igualdade já constava em outras cartas constitucionais (Constituição de 1967 e EC 1/1969), mas não com sua acepção material.

com postulados normativos de larga amplitude na proteção das minorias, notadamente a dignidade da pessoa humana, a cidadania, a construção de uma sociedade livre, justa e solidária, e o princípio da igualdade<sup>156</sup>. Sem prejuízo dos demais vetores interpretativos nessa direção, uma breve análise de referidos fundamentos normativos merece relevo na sistemática da proteção constitucional.

O artigo 1º da Carta da República é rico em conteúdos que carregam significativa relevância para os contornos institucionais do Estado brasileiro, tanto do ponto de vista de organização do poder político, quanto da axiologia que percorre a lógica substantiva do governo. Em seu *caput*, estabelece-se que a República Federativa do Brasil se constitui um Estado Democrático de Direito, que, por si, atrai a projeção teórica das faces formal e substancial do regime democrático em relação à ordem jurídica do processo deliberativo. Além disso, indica no inciso III a dignidade da pessoa humana como um de seus fundamentos, o que, para Ingo Wolfgang Sarlet, qualifica-se não apenas como uma declaração de conteúdo ético, mas representa também norma jurídico-positiva dotada de inequívoca eficácia<sup>157</sup>.

Vislumbrando sua acepção no pensamento kantiano de autonomia da vontade, a dignidade da pessoa humana assenta-se na liberdade do ser humano de agir conforme seu entendimento e opções para determinar a si mesmo, pois o ser humano é um fim em si mesmo e rejeita toda e qualquer instrumentalização de sua existência. Explica Kant que “no reino dos fins tudo tem ou um preço ou uma dignidade”<sup>158</sup>, por isso, quando algo tem preço, admite-se sua substituição por outra equivalente, ao passo que a dignidade está acima de todo o preço, na medida em que ela não se coloca em cálculo ou confronto com qualquer outra coisa dotada de preço. Essa relação antagônica entre preço e dignidade foi esclarecida por Marx com base análise de uma passagem do Fausto, de Goethe, no seguinte diálogo do protagonista com Mefistófeles:

Mefistófeles: (...) Pés e mãos, co’o diabos!, e cabeça  
São teus, não é verdade? Pois aquilo

---

<sup>156</sup> BAPTISTA, Fernando Pavan; FERRAZ, Anna Candida da Cunha. O Direito das Minorias na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988”. In: FERRAZ, Anna Candida da Cunha; BAPTISTA, Fernando Pavan; FREITAS, Riva Sobrado (Orgs.). **Direito das minorias na América Latina e no Caribe: perspectiva convencional e jurídico-constitucional**. Osasco: Edifício, 2016, p. 76.

<sup>157</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 7. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 78.

<sup>158</sup> KANT, Immanuel. **Fundamentos da Metafísica dos Costumes**, In: Os pensadores – Kant (II). Tradução de Paulo Quintela. São Paulo: Abril Cultural, 1980, p. 140.

De que gozas contente sê-lo menos?  
Se tenho seis cavalos, suas forças  
Minhas não são, e não ando ligeiro,  
Como se houvesse vinte e quatro pernas?<sup>159</sup>

Essa provocação intuída por Goethe representa, para Marx, a capacidade de o dinheiro transformar seu possuidor em proprietário de todas as qualidades que ele pode comprar, de maneira que “o que sou e consigo não é determinado de modo algum, portanto, pela minha individualidade”<sup>160</sup>. A capacidade de o dinheiro substituir todas as lacunas humanas permite a transformação de todas incapacidades no seu contrário, motivo pelo qual Marx denomina esse efeito como “poder inversor”<sup>161</sup>, que perverte a essência do indivíduo e de seus vínculos sociais. Essa propriedade do dinheiro “transforma a fidelidade em infidelidade, o amor em ódio, o ódio em amor, a virtude em vício, o vício em virtude, o servo em senhor, o senhor em servo, a estupidez em entendimento, o entendimento em estupidez”<sup>162</sup>, em oposição à lógica natural de pressupor o homem enquanto homem e a troca de coisas recíprocas, como o amor, por amor, e a confiança pela confiança. Logo, para que a indignidade não se converta em dignidade como consequência do poder inversor do dinheiro, demarca-se sua incompatibilidade absoluta com a lógica de preço consagrada na filosofia kantiana: ou há dignidade ou há preço.

É suficiente essa definição para vislumbrar a essencialidade que exerce a dignidade da pessoa humana para proteção das minorias, porquanto se desvela que, conforme aponta Ingo Sarlet, todos os direitos fundamentais constituem, em maior ou menor intensidade, projeções da dignidade da pessoa humana<sup>163</sup>. Se os direitos fundamentais em si mesmos são ferramentas jurídicas diretamente ligadas à tolerância mínima admitida para a existência humana, a dignidade se apresenta como o postulado jurídico e, ao mesmo tempo, metajurídico que densifica e atravessa a particular proteção às minorias pelo Estado.

Ainda positivado no art. 1º da Constituição, figura outro fundamento do Estado Democrático de Direito de relevo para as minorias, consubstanciado no inciso II: a

---

<sup>159</sup> GOETHE, Johann von. **Fausto**. Tradução de Agostinho D’Ornellas. São Paulo: Martin Claret, 2016, p. 95.

<sup>160</sup> MARX, Karl. **Manuscritos econômico-filosóficos**. Tradução de Jesus Ranieri. São Paulo: Boitempo, 2010, p. 159.

<sup>161</sup> *Ibidem*, p. 160.

<sup>162</sup> *Ibidem*, p. 160.

<sup>163</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana...** Op. cit., p. 93.

cidadania. No que lhe diz respeito, é preciso distingui-la dos direitos políticos *strictu sensu*, ainda que possuam estreita conexão. Cidadania é um conceito mais elástico do que os direitos políticos, pois engloba a participação do cidadão na esfera estatal não apenas sob o enfoque político, mas também econômico e social. O cidadão, além de poder participar ativamente da vida política, é também sujeito de prestações estatais.

Comumente, define-se a cidadania como o “direito a ter direitos”, pois abrange, ainda, a participação popular nas relações de trabalho, consumo, de preservação ambiental e de patrimônio histórico, ultrapassando as manifestações expressadas exclusivamente pelo sufrágio. Não é por outra razão que alguém pode ser privado de seus direitos políticos sem que isso implique na perda de sua cidadania e, por conseguinte, no direito de intervir na esfera pública e ser sujeito de prestações estatais.

Por sua vez, o art. 3º discorre sobre os objetivos fundamentais da República, dentre os quais figura, no inciso I, “construir uma sociedade livre, justa e solidária”. Em uma versão contemporânea, os valores encampados no dispositivo – liberdade, justiça e solidariedade – são relacionados a releituras dos valores revolucionários conquistados na bandeira da Revolução Francesa – *liberté, égalité e fraternité*.

Erhard Denninger, com a passagem do Estado de índole liberal que marcou a ideologia da ruptura francesa para a nova formulação de Estados sociais, propõe uma alteração dos postulados consagrados na Revolução Francesa – igualdade, liberdade e fraternidade - pelos valores diversidade, segurança e solidariedade. Em vez de igualdade, surge a diversidade, que consiste em um tratamento legal da desigualdade e uma forma diferenciada, de justiça distributiva e de inclusão das minorias de todo gênero. A antiga liberdade formal dos cidadãos é substituída pela segurança da atuação estatal para proteger a sociedade de ameaças sociais, técnicas, ambientais e criminais. E a fraternidade, que antes se restringia aos membros do mesmo grupo, deve ser entendida por uma solidariedade, que se trata de um sentimento mais forte e alcança até mesmo os estranhos e desconhecidos<sup>164</sup>.

A fraternidade, ainda que não incluída expressamente ao lado da solidariedade como objetivo fundamental da República, como dito, aparece no preâmbulo da Carta Constitucional como adjetivo da sociedade a ser fundada, tanto quanto pluralista e sem

---

<sup>164</sup> DENNINGER, Erhard. “Security, diversity, solidarity” instead of “freedom, equality, fraternity”. *Constellations*, v. 7, n. 4. Oxford: Blackwell Publishers Ltd., 2000, pp. 507-521.

preconceitos, sendo certo que, independentemente de sua topografia constitucional, a solidariedade em sua perspectiva fraterna, alargando e aprofundando a relação necessária de cooperação e tolerância entre o ser humano, há de orientar as relações sociais e subjetivas do eu com o outro.

Enzo Bello, Gilberto Bercovici e Martonio Mont'Alverne Barreto Lima acrescentam que o referido art. 3º do texto constitucional representa “um instrumento normativo que transformou os fins sociais e econômicos em jurídicos, atuando como linha de desenvolvimento e de interpretação teleológica de todo o ordenamento constitucional”<sup>165</sup>. A consecução das finalidades constitucionais ali indicadas, todavia, não devem ser assimiladas sob uma perspectiva idealista, ou ilusória, a serem satisfeita por meio de uma metodologia argumentativa ou instrumental do direito, mas pela ação política e do Estado.

Finalmente, a Constituição Federal de 1988 trouxe no *caput* do art. 5º o princípio da igualdade, apreendido em sua dupla acepção, formal e material, amplamente examinada no presente tópico, com a seguinte redação: “Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes (...)”. A textualidade do artigo ressalta a dimensão da tolerância positiva, explicitada por Ferrajoli, que consiste em tratar todos de maneira igual, apesar de suas diferenças. O disposto dialoga, ainda, com o objetivo fundamental da República elencado no inciso IV, do art. 3º: “promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação”.

De toda sorte, encontra-se consolidada na doutrina a dimensão material do princípio da igualdade insculpido no art. 5º, à míngua de redação mais expressa nesse sentido, consagrado na proposição jurídica que impõe tratar os iguais de maneira igual e tratar os desiguais de maneira desigual, na medida de sua desigualdade. A acepção substancial da igualdade é reforçada por outro objetivo da República disposto no inciso V do art. 3º: “erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais”. Representa, assim, a tolerância negativa, ou seja, a intolerância da ordem constitucional

---

<sup>165</sup> BELLO, E.; BERCOVICI, G.; LIMA, M. M. B. O Fim das Ilusões Constitucionais de 1988?. **Revista Direito e Práxis**, Rio de Janeiro, v. 10, n.3, 2019, p. 1772.

com situações de desigualdade que afrontam o imperativo de igualdade idealizado para todos os cidadãos.

A dupla face da dimensão da igualdade representa a extinção de privilégios e um dever de não intervenção e não discriminação das pessoas em razão de sua religião, orientação sexual, origem regional, etnia, ideologia, ou de qualquer outra natureza e, ao mesmo tempo, uma postura estatal intervencionista contra as desigualdades para promover a igualdade concreta de condições de vida. Portanto, o princípio da igualdade impõe proteção às minorias cumulativamente com a promoção de tratamento diferenciado de ações afirmativas, cuja lógica ultrapassa a horizontal visão da própria existência de sua necessidade. Trata-se de um resgate a toda uma compreensão histórica e sociológica da interação do elemento protegido pela medida afirmativa em relação ao grupo economicamente dominante, causador do diásporo sentimento de incompletude a que os indivíduos do grupo dominado enfrentaram, em relevante lapso temporal, em sua inserção nos meios de subsistência do poder público, tipificadas sob a chave do acesso à educação, à saúde, à moradia, à representatividade política, aos mecanismos de justiça social, entre outros. Para Cláudio Lembo, além de o princípio da igualdade interditar a arbitrariedade, ele também importa no tratamento de situações especiais por meio de ações afirmativas, desde que observados critérios da desigualdade efetiva, da finalidade constitucionalmente legítima, da conveniência e da proporcionalidade<sup>166</sup>, a fim de mitigar as desigualdades decorrentes de condicionantes econômicas ou físicas, presentes ou pretéritas.

Habermas analisa a luta pelo reconhecimento no Estado Democrático de Direito em relação à adequação da moderna teoria do direito fundada em relações de reconhecimento intersubjetivo sancionadas pelo Estado, ou seja, formuladas em termos individualistas, contemplarem as lutas pela afirmação de identidades coletivas<sup>167</sup>. O pensamento jurídico deveria, assim, ser interpretado de uma maneira nova, capaz de articular experiências coletivas de integridade violada que reclamam direitos legítimos em defesa de sua dignidade.

As conquistas políticas do liberalismo e da democracia social, para Habermas, revelam que seria possível essa conciliação com a teoria individualista do direito, pois os movimentos de emancipação burguesa e do operariado buscavam conjuntamente superar a

---

<sup>166</sup> LEMBO, Cláudio. **A pessoa**: seus direitos. Barueri: São Paulo, 2007, p. 166.

<sup>167</sup> HABERMAS, Jürgen. **A inclusão do outro**: estudos de teoria política. Traduzido por Denilson Luís Werle. São Paulo: UNESP, 2018, p. 341.



privação de direitos de grupos subprivilegiados e a cisão da sociedade em classes sociais, de modo que, nos ambientes onde vingou o reformismo social-liberal, a luta das coletividades oprimidas se desenvolveu como luta pela universalização de direitos dos cidadãos na forma de um Estado de bem-estar social<sup>168</sup>. Com a derrocada do socialismo, imperou a exigência de complementação do trabalho remunerado com direitos de participação social e política, para oferecer à massa da população expectativas fundadas de segurança, justiça social e bem-estar, compensando a desigualdade de oportunidades na vida social capitalista com uma distribuição justa dos bens coletivos.

Assim, os bens coletivos seriam distribuídos tanto para os indivíduos, por meio de dinheiro, tempo livre e prestação de serviços, como seriam utilizados por eles, por intermédio de uma oferta de sistemas de infraestrutura, educação e saúde, sob a forma de direitos e benefícios individuais, portanto, conciliáveis com a teoria individualista do direito. Para superar a aparente contradição da política de consideração das diferenças culturais e a política de universalização dos direitos subjetivos, ambas decorrentes do princípio do tratamento igual, Habermas irá explicar como uma teoria do direito bem compreendida não ignora as diferenças culturais, com base na percepção da cooriginaridade entre autonomia privada e pública no vínculo interno entre Estado de direito e democracia.

A autonomia privada não se divide da pública. O cidadão somente conquista sua autonomia, no sentido kantiano, quando os sujeitos privados se compreendem como autores das leis a que estão submetidos, o que obriga a concluir que os portadores dos direitos subjetivos possuem uma identidade concebida em termos intersubjetivos. Isso significa que “as pessoas, e também as pessoas de direito, somente se individualizam pela socialização”<sup>169</sup>, o que resulta na necessidade de uma política de reconhecimento que também proteja a integridade do indivíduo nos contextos sociais que formam sua identidade.

O sentido jurídico dos direitos das minorias implica determinadas decisões normativas prévias na mediação operada pelo direito das decisões políticas, assim enumeradas por Habermas: o direito deve ser formal (o que não é explicitamente proibido é permitido), individualista (pessoas portadores de direitos subjetivos), coercitivo

---

<sup>168</sup>*Ibidem*, pp. 243-343.

<sup>169</sup>*Ibidem*, p. 349.

(sancionado pelo Estado), positivo (decisões oriundas de um legislador político), estabelece-se em termos procedimentais (porque é legitimado por um procedimento democrático), e precisa ser legítimo (embora dispense motivos de obediência, precisa se constituir de maneira que gere cumprimento por respeito à lei) <sup>170</sup>. A ordem jurídica somente se qualifica como legítima quando assegurar de modo igual a autonomia de todos os cidadãos, de modo que, “do ponto de vista normativo, não existe Estado de Direito sem democracia”<sup>171</sup>.

Não há como deixar de reconhecer a impregnação ética do Estado de Direito, segundo Habermas, independentemente no modelo de liberalismo que se adote e a eleição dos fins coletivos a serem perseguidos pelo Estado, uma vez que as questões ético-políticas são elementos indissociáveis da política e legislação, pois expressam a identidade coletiva da nação de cidadãos, que pode acirrar disputas culturais contra uma minoria aviltada por uma cultura majoritária insensível<sup>172</sup>. A luta não irrompe por causa de uma suposta neutralidade ética da ordem jurídica estatal, mas porque é inerente ao processo democrático de realização de direitos fundamentais, que abarca a garantia da coexistência em igualdade de direitos de diferentes grupos étnicos e formas de vida culturais. Do ponto de vista normativo, não há como assegurar a integridade do indivíduo sem a proteção dos contextos de experiência e vida compartilhada intersubjetivamente, no qual socializa e forma sua identidade, que se aperfeiçoa com sua identidade coletiva e se estabiliza em uma rede cultural.

Esse imperativo não depende de uma avaliação valorativa universal de determinada cultura, mas resulta de uma pretensão do próprio direito. A política de reconhecimento e o direito ao respeito igual que cada um pode reivindicar na formação de sua identidade cultural nada tem a ver com nível de excelência ou contribuições apreciadas pela civilização mundial.

Por isso, Habermas conclui que é dispensável uma teoria do direito, em termos coletivos, para tutelar a coexistência em igualdade de direito de diferentes grupos étnicos, pois a proteção de formas de vida e tradições que moldam a identidade dos indivíduos serve, em última instância, ao reconhecimento de seus próprios membros, ou seja, mantém

---

<sup>170</sup>*Ibidem*, 359.

<sup>171</sup>*Ibidem*, 360.

<sup>172</sup>*Ibidem*, 364.

a referencia a pessoas individuais. Não há uma proteção administrativa do gênero, mas das pessoas que projetam sua individualidade naquele contexto de vida<sup>173</sup>.

Esse conjunto necessário de proteção às minorias em sociedades multiculturais vai implicar tanto o direito de cada cidadão crescer segundo seu padrão cultural de origem, quanto permitir que seus filhos prossigam nele, ou afastem-se com indiferença ou por uma renúncia crítica, que lhes assegure formar sua identidade livremente com a ruptura da tradição. O papel do direito em face da acelerada mudança nas sociedades modernas é garantir a possibilidade de que cada cultura regenere sua força. Contra esse movimento, Habermas explica que os “fundamentalistas podem ser concebidos como a tentativa irônica de conferir ao seu próprio mundo da vida uma ultraestabilidade com meios restauradores”<sup>174</sup>. Para enfrentar o impulso da modernização, busca-se um movimento moderno de renovação, do começo ao fim.

Ainda que o nacionalismo possa se converter em um movimento fundamentalista, não necessariamente com ele se identifica, conforme se constata no nacionalismo da Revolução Francesa, que se vinculou aos princípios universalistas do Estado Democrático de Direito, como outra face da moeda do republicanismo. Da mesma forma, todas as religiões mundiais ofereceram suas versões próprias, fundamentalistas. A questão sensível a ser confrontada é que “um fundamentalismo que leva a uma prática intolerante é inconciliável com o Estado de Direito”<sup>175</sup>, na medida em que reivindicam exclusividade para uma forma de vida privilegiada.

Como essa concepção prescinde de uma consciência de falibilidade de sua pretensão de validade, ou seja, converte-se em uma perspectiva puramente dogmática, não permite espaço para reflexão sobre sua relação com as visões de mundo alheias, com as quais compartilha o mesmo universo discursivo e cujas pretensões de validade concorrentes é disputada por meio da razão. Por outro lado, em respeito à tolerância, as imagens de mundo não fundamentalistas disputam civilizadamente suas convicções em que as partes podem se reconhecer como parceiros na busca pela verdade, sem abdicar de sua própria pretensão de validade.

A constituição do Estado de Direito em sociedades multiculturais, segundo Habermas, “só pode tolerar as formas de vida que se articulam no médium de tais tradições

---

<sup>173</sup> *Ibidem*, p. 370.

<sup>174</sup> *Ibidem*, p.372.

<sup>175</sup> *Ibidem*, p. 373.

não fundamentalistas, pois a coexistência em igualdade de direitos exige o reconhecimento mútuo de diferentes pertencas culturais”<sup>176</sup>, o que impõe a necessidade de integração de todas as pessoas como membros de uma comunidade. Faz-se necessário, além da integração política abstrata da universalização dos direitos iguais de todos, uma integração ética dos grupos com sua identidade coletiva, que assegura sua lealdade em relação a cultura política comum. Com essa integração, serão enraizados os princípios constitucionais de cada Estado nacional em torno de um horizonte comum de interpretação, ou “teor ético do patriotismo constitucional”<sup>177</sup>, que permitirá a discussão sobre a melhor interpretação de determinados direitos fundamentais, mas jamais se duvidará de sua existência. Essa formulação não deve impedir o reconhecimento da multiplicidade diferenciada e a integridade das diversas formas de vida coexistentes, desde que se mantenha a distinção entre a integração ética e política, pois, uma vez coincidentes, a cultura da maioria fatalmente usurpará os privilégios do Estado à custa da igualdade de direitos a outras formas de vida culturais.

Por sua vez, a relação de disputa entre maioria e minoria, vinculada mais diretamente à esfera de atuação política, remete à experiência britânica, a partir da relação de adversidade que se estabelecia entre o bloco de governo e oposição no Parlamento inglês, segundo anota Monica Caggiano<sup>178</sup>. O processo evolutivo do fenômeno da oposição no terreno parlamentarista coincidiu com o surgimento da tese da responsabilidade política que doravante recairia sobre o poder monárquico, desenvolvendo uma ideia de “oposição patriótica”, expressada pelos *whigs* e *tories*, no contexto da Revolução Gloriosa, e alinhando-se à fórmula da alternância do poder.

Apesar das primeiras reflexões teóricas amadurecidas derivarem do século XVII, quando do florescimento do parlamentarismo inglês, oposição, enquanto pura dissensão, existe desde a democracia ateniense - por meio da formação de alianças e coligações nas assembleias populares- e repúblicas romanas, haja vista o poder de veto que desfrutavam dos tribunos da plebe em relação a magistrados. Nessas épocas, a oposição era concebida apenas como elemento externo de contrariedade à política governamental.

---

<sup>176</sup> *Ibidem*, p. 374.

<sup>177</sup> *Ibidem*, p. 375.

<sup>178</sup> CAGGIANO, Monica Herman Salem. **Oposição na política**: propostas para uma rearquitetura da democracia. São Paulo: Angelotti, 1995, p. 15.

A mudança de paradigma deflagrou-se apenas no bojo do Parlamento inglês, a partir do século XVIII, quando a oposição deixa de significar a mera dissensão, de erigir instituições contra as instituições propriamente governamentais, e assume “contornos de rivalidade e controle”<sup>179</sup>. Cria-se uma oposição dentro do governo, em lugar da oposição externa, fenômeno que também decorre do afloramento da teoria da separação de Poderes, da divisão entre Executivo e Legislativo, da subdivisão do Legislativo em órgão bicameral, passando a fomentar um arranjo institucional em que o próprio poder limite o poder.

O embrião da oposição nasce, portanto, no *locus* parlamentar, mas, em sua linha evolutiva, transborda seus contornos iniciais para “servir de suporte à ideia mais ampla e abrangente de participação política, participação quer pela via mediatária, integratória, num primeiro momento, quer por força de mobilização, sob impacto do partido de massa, que fez emergir forças sociais conflitantes e antagônicas”<sup>180</sup>. Nessa nova perspectiva extraparlamentar, desabrocham minorias marginalizadas até então do processo político, que, por meio da função representativa, reclamam a ocupação da arena política para reivindicar suas aspirações.

Por isso, também, a institucionalização da oposição enquanto fenômeno político haverá de resultar no temperamento do princípio da maioria, nos seus efeitos, com vistas a tutelar o direito das minorias e assegurar a possibilidade de alternância do poder, que não se concebe mais apenas em seu sentido estrito. A alternância das forças políticas no polo decisional não se restringe a simples expectativa de rotatividade no âmbito parlamentar, ou seja, alternância de maiorias, mas, sobretudo, a alternância deve envolver as forças políticas extraparlamentares.

Ao analisar especificamente a coloração que adquire o fator oposição no regime democrático, Monica Caggiano indica elementos como inafastáveis do processo de parceria compreensiva que nele se instala: “a tolerância, no exercício do poder, a concorrência com vistas a sua aquisição e a alternância, como valores intocáveis para a preservação do regime, o qual se mostra hostil a sectarismos, ao dogmatismo ou ostracismo”<sup>181</sup>. Tripé semelhante também é apontado por Manoel Gonçalves Ferreira Filho, ao analisar a possibilidade de subsistência de uma democracia partidária, que, para o

---

<sup>179</sup> *Ibidem*, p. 19.

<sup>180</sup> *Ibidem*, pp. 15-16.

<sup>181</sup> *Ibidem*, p. 39.

autor, existiria, a rigor, apenas no parlamentarismo inglês, haja vista a presença cumulativa dos fatores *consensus*, tolerância e *fairplay*<sup>182</sup>.

A ideia de *consensus* se expressa pela unidade do povo em torno de uma cosmovisão, que impõe a existência de uma concordância mínima da população sobre o fundamental, discordando apenas quanto ao accidental, de modo a permitir a alternância do poder entre os partidos pacificamente entre as diferentes correntes ideológicas. A tolerância resulta na aceitação pacífica da prevalência de determinada orientação política, rechaçada transitoriamente por uma minoria, bem como do programa política dessa minoria eleitoralmente tornada maioria, em um ambiente em que os cidadãos admitem estarem errados e que seus adversários podem estar certos. Enfim, *fairplay* representa a possibilidade de alternância dos partidos no poder em que os atores políticos são capazes de reconhecer o trabalho dos sucedidos, sem acarretar graves prejuízos para administração pública.

Dessa forma, independentemente do sistema eleitoral desenhado por cada nação, uma vez presente a forma de governo democrática e a atuação institucional dos partidos políticos, “a vivência no cotidiano revela a oposição como fator inafastável dos quadros democráticos, aos quais se afeiçoa, por excelência, em razão dos próprios elementos que servem de ingredientes ao desenho final dessa matriz, a exemplo da tolerância, da alternância e do *fairplay*”<sup>183</sup>. Logo, na democracia, sob esses pilares, fundamenta-se o direito de oposição pelas minorias.

É preciso ainda lançar mais luzes sobre a timbragem do fenômeno oposição, sob a ótica do cenário institucional que lhe é oposto à democracia, especialmente para delinear os sintomas de enfraquecimento ou transição de regime quando ameaçada em seus postulados. Em que pese às inevitáveis dificuldades em traçar conceitos, visto que a complexidade de determinados fenômenos apenas se explicam pela escolha, às vezes arbitrária, do ângulo pelo qual ele será compreendido, alguns aspectos fundamentais merecem abordagem para situar a oposição no ambiente autoritário e totalitário, que podem ser distinguidos, principalmente, pela intensidade do grau de seus elementos tipificadores.

---

<sup>182</sup> FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **A democracia possível**. São Paulo: Saraiva, 1972, p. 17.

<sup>183</sup> CAGGIANO, Monica Herman Salem. **Oposição na política**. Op. cit., p. 40.

No espectro autoritário, pode-se apontar uma estrutura que apresenta pluralismo político limitado e irresponsável, a existência de uma mentalidade, mas que não alcança a configuração de ideologia oficial, reduzida mobilização política e a presença de um líder ou assembleia que exerce o poder dentro de limites deficitários, porém previsíveis<sup>184</sup>. No paradigma totalitário, afigura-se um monístico centro de poder, exclusividade da linha ideológica e mobilização política dos cidadãos canalizada por intermédio do sistema de partido único<sup>185</sup>. No regime totalitário, o fator coação e terror são ainda marcas essenciais de corrosão do tecido social, que não suporta a convivência com outras perspectivas além daquela que é a oficial. Suas principais expressões se identificam no fascismo italiano, no nacionalismo germânico e no comunismo soviético.

Assim, no ambiente não democrático, ou autocrático, gênero no qual se pode inserir autoritarismo e totalitarismo, a oposição exerce papel de escasso e marginal relevo no plano político. Uma vez inexistente a alternância do poder, a hegemonia política encara a oposição como fenômeno de alto risco e periculosidade para o governo. Não há distinção entre oposição tolerável ou não, porquanto, em se tratando de motivo de perigo e ameaça ao regime, toda oposição é objeto de repressão.

Daí por que emerge, mais uma vez, a tolerância como termômetro de identificação dos regimes democráticos e antidemocráticos. Monica Caggiano vislumbra “a tolerância como condição de equilíbrio do regime democrático, repudiando o postulado ‘amigo/inimigo’ desenvolvido por Schmitt. Quanto maior sua dimensão, mais próximo se afigurará o sistema do pólo ideal das poliarquias visualizadas por Dahl”<sup>186</sup>. Não custa lembrar que, para Carl Schmitt, “a distinção especificamente política a que podem reportar-se as ações e motivos políticos é a discriminação entre amigo e inimigo”<sup>187</sup>. Analisando a teoria schmittiana, Valton de Miranda Leitão explica que “o pensador do autoritarismo nazi busca um critério fundador e o encontra na tendência humana para o conflito, que se configura politicamente nos grupos e no Estado”<sup>188</sup>, em que cada segmento social identifica juridicamente seus opositores e aliados.

---

<sup>184</sup> *Ibidem*, p. 48.

<sup>185</sup> *Ibidem*, p. 48.

<sup>186</sup> *Ibidem*, p. 58.

<sup>187</sup> SCHMITT, C. **O conceito do político**. Tradução de Álvaro L. M. Valls. Petrópolis: Vozes, 1992, p. 51.

<sup>188</sup> LEITÃO, Valton de Miranda. **O inimigo necessário: a paranoia em Carl Schmitt**. São Paulo: Intermeios, 2015, p. 133.

Em oposição à essa ordem de ideias, Monica Caggiano detecta o alinhamento da tolerância com o indicador de efetiva possibilidade de competição pelo poder na tipologia de elementos identificadores do ideal democrático (poliarquia) oferecido por Dahl, em consonância com o primado da alternância. Em sua clássica obra, Robert Dahl antecipa no subtítulo quais as bases de sua poliarquia: participação e oposição. Inicialmente, o pensador define democracia com ênfase na “qualidade de ser inteiramente, ou quase inteiramente, responsivo a todos os seus cidadãos”<sup>189</sup>, a ser aferida por meio da verificação da oportunidade de os cidadãos formularem, exprimirem e terem consideradas na conduta do governo suas preferências. Assim, o processo de democratização se desenvolve sob duas dimensões: “contestação pública e direito de participação”<sup>190</sup>. Do maior ou menor de grau de importância ou existência desses dois fatores resultariam quatro regimes possíveis: hegemonias fechadas (pouca ou nenhuma participação e contestação); hegemonias inclusivas (maior participação e pouca ou nenhuma contestação); oligarquias competitivas (pouca ou nenhuma participação e maior contestação); e poliarquia (maior participação e contestação). Dessa forma, Dahl conceitua sua poliarquia como “regimes relativamente (mas incompletamente) democratizados, ou, em outros termos, as poliarquias são regimes que foram substancialmente popularizados e liberalizados, isto é, fortemente inclusivos e amplamente abertos à contestação pública”<sup>191</sup>. Sob essas premissas, Dahl formula sua teoria a respeito das condições que influenciam as chances de democratização de regimes hegemônicos e que contribuem para uma maior ou menor contestação pública em um regime fortemente inclusivo, ou seja, a poliarquia.

Uma das hipóteses suscitadas para orientar a questão é o natural tensionamento entre governo e oposição, na medida em que a aproximação ao regime da poliarquia significa um aumento da efetiva participação e contestação, que implica a possibilidade de conflito, em decorrência da tentativa de substituição dos objetivos políticos da classe governante pelos dos representantes dos indivíduos que a ela se opõem. O acirramento desse atrito resulta no esforço de cada uma das partes antagônicas em negar uma efetiva participação à outra na esfera política, de modo que, “quanto maior o conflito entre um

---

<sup>189</sup> DAHL, Robert A. **Poliarquia**: participação e oposição. Tradução de Celso Mauro Paciornik. São Paulo: Universidade de São Paulo, 2005, p. 26.

<sup>190</sup> *Ibidem*, p. 29.

<sup>191</sup> *Ibidem*, p. 31.



governo e seus oponentes, mais difícil se faz a tolerância de cada um para com o outro”<sup>192</sup>. Ao constatar esse sintoma, Robert Dahl oferece três axiomas sobre a tolerância do governo com seus oponentes:

AXIOMA 1. A probabilidade de um governo tolerar uma oposição aumenta com a diminuição dos custos esperados da tolerância. (...)

AXIOMA 2. A probabilidade de um governo tolerar uma oposição aumenta na medida em que crescem os custos de sua eliminação (...)

AXIOMA 3. Quanto mais os custos da supressão excederem os custos da tolerância, tanto maior a possibilidade de um regime competitivo.

A análise se apresenta eminentemente utilitária e pragmática, pois vincula a maior ou menor garantia da tolerância de acordo com seus custos de manutenção ou supressão. Assim sendo, quanto mais baixo fosse o custo da tolerância, maior seria a segurança do governo, do mesmo modo que, quanto maior fosse o custo de sua supressão, maior seria a segurança da oposição. Logo, para Dahl, o ponto ideal para a geração e preservação de amplas oportunidades para a oposição praticar a contestação pública acontece com baixos custos na manutenção da tolerância e alto custo para sua supressão. Essa ideia transposta para o âmbito da legalidade deve significar a existência de mecanismos jurídicos que facilitem a convivência harmônica com a oposição e que agravem e punam na maior medida possível os comportamentos contrários à tolerância como medida de elevação de seus “custos”.

Robert Dahl enumera, ainda, o impacto das igualdades e desigualdades no processo de democratização. Segundo o autor, esses fatores “parecem afetar as chances de hegemonia e de competição política através de dois conjuntos diferentes de variáveis, pelo menos: a distribuição de recursos e habilidade política e a criação de ressentimentos e frustrações”<sup>193</sup>.

Analisando a transição de uma sociedade camponesa tradicional, com desigualdades em recursos políticos cumulativa e extrema, e de uma sociedade de agricultores livres, com desigualdades em recursos políticos cumulativa, mas moderada, Dahl compreende que a industrialização a longo prazo direcionará para um caminho de maior paridade e desigualdades dispersas. Contudo, na sociedade camponesa tradicional a

---

<sup>192</sup> *Ibidem*, p. 36.

<sup>193</sup> *Ibidem*, p. 91.

industrialização funciona como força equalizadora que atenua as desigualdades cumulativas e mantem o respeito a alguns recursos-chaves, ao passo que na sociedade de agricultores livres pode aumentar as desigualdades em recursos políticos, ainda que fiquem mais dispersas do que cumuladas<sup>194</sup>.

Quanto à criação de ressentimento e frustrações, Dahl recorre à pesquisa de Hadley Cantril, caso ainda se precise desmistificar a ideia do pobre feliz, ou do rico infeliz, que revela que o maior nível socioeconômico dos 14 países cujos cidadãos foram entrevistados, influencia no maior nível de satisfação sobre suas condições passadas e presentes. Esse sentimento pode assumir diferentes conotações, desde o ódio, até a apatia, a desesperança, fatalismo, fantasia, autonegação, que descrevem a psiquê daquele inserido em um regime fortemente excludente<sup>195</sup>.

Dessa conjunção de fatores sucede que desigualdades extremas na distribuição de valores-chaves em regimes hegemônicos diminuem as possibilidades do desenvolvimento de um sistema estável de contestação pública, assim como, inversamente, nos regimes de contestação pública as desigualdades extremas aumentam as chances de a política competitiva se transformar em hegemônica. Por isso, “as poliarquias são particularmente vulneráveis aos efeitos de desigualdades extremas”<sup>196</sup>, uma vez que provocam ressentimentos e frustrações que enfraquecem o comprometimento com o regime.

Portanto, a tutela da tolerância como fundamento das estruturas democráticas tem se expressado cada vez com maior relevância e efeitos práticos na reflexão sobre a administração dos conflitos sociais e na formulação de arranjos institucionais. Já se coibiu a ação política de grupos e partidos extremistas, a exemplo do Tribunal Constitucional Federal alemão, que, em 23 de outubro de 1952, declarou inconstitucional a criação de um partido neonazista, com apoio na alínea 2 do art. 21 da Lei Fundamental Alemã<sup>197</sup>. Diferente não é a institucionalidade brasileira contemporânea, cujo elemento tolerância se manifesta na ordem constitucional desde o prefácio, até os fundamentos e objetivos fundamentais da República de 1988, conforme se evidenciou. Não obstante, o *caput* do art.

---

<sup>194</sup> *Ibidem*, p. 97.

<sup>195</sup> *Ibidem*, p. 103.

<sup>196</sup> *Ibid.*, p. 109.

<sup>197</sup> “Art. 21 (...) (2) Os partidos que pelos seus objetivos ou pelas atitudes de seus adeptos tentarem prejudicar ou eliminar a ordem fundamental democrática e livre, ou pôr em perigo a existência da República Federal Alemã, são inconstitucionais.” Apud. DAHL, Robert A. **Poliarquia**: Op. Cit., p. 58.

17 da Constituição Federal<sup>198</sup> instituiu a condição para a criação de partidos políticos o respeito ao regime democrático, bem como o §4º do mesmo dispositivo impõe a proibição de agremiações políticas serem utilizadas por organizações paramilitares, requisitos que se reproduzem na Lei n. 9.096/99 (Lei dos Partidos Políticos) e na Resolução do Tribunal Superior Eleitoral n. 23.571/2018<sup>199</sup>, que disciplina a criação, organização, fusão, incorporação e extinção de partidos políticos. Significa que, a despeito da autonomia assegurada aos partidos políticos – pessoas jurídicas de direito privado - para definir sua estrutura interna, organização e funcionamento, sua atuação ideológica vinculada ao regime democrático funciona como norma cogente cuja inobservância resulta na impossibilidade de registro do pretense partido ou seu cancelamento. Além disso, extraem-se diversos normativos da legislação eleitoral que disciplinam, sob diferentes aspectos, a proteção da tolerância durante a disputa, a serem evidenciados no terceiro capítulo, que abordará especificamente a temática.

Eis, portanto, os macroelementos que compõe a fenomenologia da oposição na moldura democrática, que exige tolerância, alternância e *fairplay* como condições de sobrevivência do regime, na medida em que “o direito de oposição (...) concorre, de forma significativa, para a consagração do ideal democrático, identificando-se como um dos mais seguros meios profiláticos do sistema”<sup>200</sup>. Em conclusão, importa perceber que a mera presença do fator oposição não garante a conotação democrática enquanto regime de governo, pois, distante do elemento participação, sua existência per si, independentemente

---

<sup>198</sup> Art. 17. É livre a criação, fusão, incorporação e extinção de partidos políticos, resguardados a soberania nacional, o regime democrático, o pluripartidarismo, os direitos fundamentais da pessoa humana e observados os seguintes preceitos: (...)§ 4º É vedada a utilização pelos partidos políticos de organização paramilitar.

<sup>199</sup> Art. 1º O partido político, pessoa jurídica de direito privado, não se equipara às entidades paraestatais e destina-se a assegurar, no interesse do regime democrático, a autenticidade do sistema representativo e a defender os direitos fundamentais definidos na Constituição Federal. Art. 2º É livre a criação, fusão, incorporação e extinção de partidos políticos cujos programas respeitem a soberania nacional, o regime democrático, o pluripartidarismo e os direitos fundamentais da pessoa humana, observadas as normas desta resolução. (...) Art. 6º É vedado ao partido político ministrar instrução militar ou paramilitar, utilizar-se de organização da mesma natureza e adotar uniforme para seus membros. (...) Art. 51. O Tribunal Superior Eleitoral, após o trânsito em julgado da decisão, determina o cancelamento do registro civil e do estatuto do partido político contra o qual fique provado: (...) IV — manter organização paramilitar. (...) Art. 48. (...) Parágrafo único. Os estatutos dos partidos políticos não podem conter disposições que afrontem a legislação vigente, os direitos e garantias fundamentais previstos na Constituição da República ou que atentem contra a soberania nacional, o regime democrático, o pluripartidarismo, os direitos fundamentais da pessoa humana, e devem observar os seguintes preceitos: (...).

<sup>200</sup> *Ibidem.*, p. 61

do grau de atuação, remeterá a um quadro patológico de oligarquias competitivas, de índole caudilhista e/ou caciquista, tipologias de regimes autocráticos.

## 2. A INTOLERÂNCIA E SEUS REFLEXOS

A tentativa totalitária da conquista global e do domínio total constituiu a resposta destrutiva encontrada para todos os impasses. Mas a vitória totalitária pode coincidir com a destruição da humanidade, pois, onde quer que tenha imperado, minou a essência do homem. Assim, de nada serve ignorar as forças destrutivas de nosso século.

Hannah Arendt<sup>201</sup>

Com as reflexões apresentados na relação necessária entre tolerância de democracia, o objeto deste estudo impõe, em seguida, a análise de sua antítese e seus contornos na configuração e exercício do poder estatal, isto é, a face da intolerância na Modernidade. Segundo foi suscitado na apresentação desta tese, é possível cogitar um movimento pendular de expansão e retração democrática de modo a causar inquietação quanto ao futuro do regime democrático após a última onda de democratização vivenciada. Na medida em que foi proposta uma compreensão teórica e filosófica da tolerância como postulado indispensável à democracia, por outro lado, a intolerância ameaça corroer a democracia e a possibilidade de solucionar pacificamente os conflitos a que se propõe.

Sua maior expressão seguramente é associada à ascensão do Nacional Socialismo e o regime nazista na Alemanha em 1933, onde atos de terror foram praticados em decorrência de uma ideologia oficial que apregoava a intolerância como fundamento e instrumento do Estado. Seu exame permanece necessário à pesquisa dos movimentos políticos e jurídicos que levaram ao colapso a democracia, mas também - e de igual importância - afigura-se investigar a manifestação da intolerância na realidade nacional, que, apesar de vulgarmente associada a um pacifismo e conformismo cultural, revela, desde a origem de suas relações sociais a gênese da violência.

Neste capítulo, portanto, procurar-se-á, por meio de uma análise crítica do Nacional Socialismo na Alemanha e dos principais aspectos históricos e institucionais da expressão da intolerância no ambiente brasileiro, traçar os principais reflexos da intolerância na conformação do Estado na contramão do regime democrático, que servirá como possível diagnóstico da dinâmica dos sintomas de derrocada da democracia.

---

<sup>201</sup> ARENDT, Hannah. **As origens do totalitarismo**. Tradução Roberto Raposo. São Paulo: Companhia das Letras, 2012, p. 13.

## 2.1 A ascensão do Nacional Socialismo: principais aspectos políticos e jurídicos

Para manter a centralidade do objeto de estudo, não se examinará de maneira exaustiva a história do antissemitismo, que, na Alemanha, coloriu o regime totalitário exercido por Adolf Hitler, embora sua análise inevitavelmente atravesse qualquer explicação que se proponha daquele período histórico, que não se resume nem se resumiu apenas àquele país, ainda que ali tenha atingido o ápice de sua expressão.

Ainda que o antissemitismo possua raízes anteriores ao Nacional Socialismo, Celso Lafer<sup>202</sup> explica a distinção de suas feições em relação ao seu período tradicional e moderno para efeito de compreensão do totalitarismo. Isso porque, na medida em que o antissemitismo tradicional decorria mais por convicções religiosas e econômicas, mantendo os judeus mais ou menos tolerados de acordo com sua função social, o antissemitismo moderno decorre das transformações modernizadoras acontecidas na Europa a partir do final do Século XVIII, que resultou na extensão da cidadania a novos grupos, incluídos os judeus, gerando “manifestações de intolerância que fizeram do antissemitismo um instrumento de poder que o prefigura, em suas características, como uma pré-história do totalitarismo”<sup>203</sup>.

Por isso, estipula-se como marco temporal desta investigação as décadas anteriores à ascensão de Hitler na Alemanha, especificamente o episódio do julgamento de Alfred Dreyfus, em 1894, na França, pode ser considerado como um ensaio das potencialidades do que o antissemitismo, até então disfarçado, veio a constituir como arma política no curso do século seguinte. Eis a importância de investigar as peculiaridades do caso Dreyfus como precursor do sentimento que se manifestou na Alemanha, que se estipula como marco temporal desse fenômeno, como pressuposto da análise do Nacional Socialismo.

---

<sup>202</sup> LAFER, Celso. **Hannah Arendt: pensamento, persuasão e poder**. 3. ed. Rio de Janeiro/São Paulo: Paz e Terra, 2018, p. 144.

<sup>203</sup> *Ibidem.*, p. 145.

### 2.1.1 O caso Dreyfus

Hannah Arendt se ocupou em analisar com profundidade o que se passou na França e ofereceu um relato dos acontecimentos com riqueza de detalhes sobre as circunstâncias que envolveram o julgamento de Alfred Dreyfus, oficial judeu francês, acusado e condenado por espionagem em favor da Alemanha, no final de 1894, cujo veredito, por unanimidade, foi a deportação para a Ilha do Diabo (*Île du Diable*, localizada na Guiana Francesa)<sup>204</sup>. Realizado de portas fechadas, o dossiê da acusação publicizou apenas o *bordereau*, que consistia na carta supostamente escrita por Dreyfus e endereçada ao militar alemão, Schwartzkoppen.

Após assumir a chefia da Seção de Estatísticas do Estado-Maior em julho de 1885, convencido da inocência de Dreyfus, o coronel Picquard comunicou em maio de 1886 ao chefe do Estado-Maior, Boisdeffre, a possível culpa de outro oficial, major Walsin-Esterhazy, o que lhe resultou a remoção para um posto hostil na Tunísia. Nesse contexto, era publicado o primeiro panfleto de autoria de Bernard Lazare, a pedido dos irmãos de Dreyfus, intitulado “*Une erreur judiciaire: la vérité sur l’affaire Dreyfus*”. Em junho de 1887, Picquard reportou a Scheurer-Kestner, vice-presidente do Senado, a situação do julgamento e inocência de Dreyfus, ao passo que em novembro de 1887 Clemenceau iniciou sua luta para reexaminar o caso.

A adesão à causa de Dreyfus cresceu com o engajamento de Zola, que publicou o artigo “**J’accuse**” no jornal de Clemenceau em janeiro de 1898. Picquard foi preso e Zola condenado por calúnia contra o Exército, tanto pelo tribunal comum, quanto pelo tribunal de apelação. Eis que em agosto de 1898, Walsin-Esterhazy, reformado pelo crime de peculato, confessa a um jornalista inglês que ele havia falsificado a letra de Dreyfus e que era o verdadeiro autor do *bordereau*, a mando do coronel Sandherr, seu antigo superior e chefe da Seção de Estatística. A sentença de 1894 contra Dreyfus foi anulada pelo tribunal de apelação e um novo julgamento realizado em Rennes, quando em 9 de setembro de 1899 a decisão foi reformada para dez anos de prisão, devido a “circunstâncias atenuantes”<sup>205</sup>. Dez dias depois o condenado foi indultado pelo presidente da República e a Câmara dos Deputados, por maioria absoluta, votou contra qualquer nova revisão do processo.

---

<sup>204</sup> ARENDT, Hannah. **As origens do totalitarismo**. Op. Cit., p. 139.

<sup>205</sup> *Ibidem*, p. 140.

Dreyfus, contudo, peticionou por uma nova revisão em 1903, não obtendo resposta até 1906, ano em que Clemenceau assumiu a função de primeiro-ministro e, em julho daquele ano, o tribunal de apelação anulou a sentença de Rennes e o absolveu de todas as acusações. Hannah Arendt adverte, todavia, que, segundo as leis da França, a corte não ostentava autoridade para absolver Dreyfus, mas apenas para ordenar um novo julgamento, sendo possível afirmar que ele nunca foi absolvido de acordo com a lei e que “o processo Dreyfus nunca foi realmente encerrado”<sup>206</sup>. O episódio permanece arraigado na memória francesa e acontecimentos mais recentes como a condenação do General Pétain insuflam comparações de seu processo ao de Dreyfus, como apontou o jornal *Voix du Nord*<sup>207</sup>, ao destacar que o país permanecia dividido porque o veredicto da corte não seria capaz de solucionar um conflito político.

O significado e as implicações políticas do caso Dreyfus ultrapassam a prática de um crime bizarro e mal resolvido cometido por falsificações de oficiais nas ruas de Paris. Sua sobrevivência se assenta em dois elementos que cresceram muito em importância no século XX: o ódio aos judeus e a desconfiança para com a República, o Parlamento e a máquina do Estado<sup>208</sup>. Até os dias atuais, *antidreyfusard* representa na França tudo que é antirrepublicano, antidemocrático e antisemita. Se há um herói no processo não é Dreyfus, mas Clemenceau, e o caso se explica não a partir da prisão de um oficial judeu do Estado-Maior, mas a partir de um escândalo de corrupção entre a iniciativa privada e o Parlamento francês.

A Companhia do Panamá, que havia construído o canal de Suez, sob a direção de Lesseps, entre 1880 e 1888, obteve 1.335.538.454 francos em empréstimos particulares, a despeito do pouco progresso prático em sua tarefa. Em princípio, o sucesso da companhia era atribuído ao apoio do Parlamento, uma vez que a construção do canal não era considerada uma iniciativa privada, mas um serviço público e nacional. Com sua falência, quem sofreu o choque na verdade foi a própria política externa da França, além de meio milhão de franceses que foram à ruína<sup>209</sup>. Concluíram a Comissão Parlamentar de Inquérito e a imprensa que a companhia já estava falida há muitos anos e sobrevivia com esperanças em algum milagre que

---

<sup>206</sup> *Ibidem*, p.140.

<sup>207</sup> *Ibidem*, p. 141.

<sup>208</sup> *Ibidem*, p. 143.

<sup>209</sup> *Ibidem*, p. 145.



permitiria a continuação da obra e que, na busca por novos empréstimos, subornou “a imprensa, metade do Parlamento e todas as autoridades superiores”<sup>210</sup>.

Apesar de não haver judeus entre os parlamentares subornados nem na direção da companhia, o esquema havia exigido o emprego de intermediários que haviam solicitado comissões exorbitantes, tornando o apoio do Parlamento, inicialmente razão da confiança pública no empreendimento, em elemento que a perverteu em uma “colossal falcatrua”<sup>211</sup>. Foram Jacques Reinach e Conélius Herz os judeus responsáveis por distribuir propinas. O primeiro agia sobre a ala da direita com os partidos burgueses, enquanto o segundo atuava sobre os radicais, que abrangiam os partidos anticlericais da pequena burguesia<sup>212</sup>. O fim trágico da operação resultou no suicídio de Reinach, atormentado por chantagens de Herz, mas não sem antes fornecer ao *Libre Parole*, jornal antissemita de Edouard Drumont, uma lista dos parlamentares subornados, habilmente utilizada pelo periódico para aumentar sua circulação mediante a divulgação paulatina dos envolvidos, criando um permanente ambiente de tensão entre os políticos.

Com o escândalo do Panamá revelado tornou-se visível o invisível, afirmou Drumont<sup>213</sup>. Além da revelação de que os membros do Parlamento e funcionários públicos haviam se tornado negociantes, percebeu-se que os intermediários entre a iniciativa privada e o Estado eram quase exclusivamente judeus. Esse cenário ofereceu um alibi extremamente perigoso para uma sociedade em decadência transformar os judeus em bodes expiatórios da indignação pública. Ainda que a corrupção não houvesse iniciado com a participação dos judeus, que o ideal de concorrência ilimitada houvesse desintegrado o Estado na política partidária e que a classe governante não tenha sido capaz de proteger seus próprios interesses, os antissemitas formularam um sentimento nacional consistente no encobertamento de seus defeitos e na ampla condenação dos que não lhe pertencem.

Para Hannah Arendt, Dreyfus poderia ter sido salvo apenas “pelo austero conceito jacobino de uma nação baseada nos direitos humanos – essa visão republicana da vida comunal que afirma que (nas palavras de Clemenceau), quando se infringem os direitos de um, infringem-se os direitos de todos”<sup>214</sup>. Por outro lado, a autora reconhece que naquelas

---

<sup>210</sup> *Ibidem*, p. 147.

<sup>211</sup> *Ibidem*, p. 147.

<sup>212</sup> Herz teria recebido 600 mil francos como adiantamento de uma única transação parlamentar, por um empréstimo que não se concretizou e os acionistas simplesmente perderam toda a quantia. (*Ibidem*, p. 147).

<sup>213</sup> *Ibidem*, p. 148.

<sup>214</sup> *Ibidem*, p. 158.

circunstâncias, “confiar no Parlamento e na sociedade era perder a luta antes de começá-la”<sup>215</sup>, pois os recursos dos judeus não eram superiores aos da rica burguesia católica, todas as camadas da sociedade ansiavam removerem os judeus do corpo político e o Parlamento buscava sua reconciliação com as massas. Diante de um cenário de completa deterioração política, a aposta na atuação formal das instituições responsáveis pela salvação da república era completamente ingênua.

A incompreensão de Clemenceau na diferença entre povo e ralé atrasou a adesão da sociedade em favor de sua causa na defesa de Dreyfus, avalia Arendt, que concebe a ralé apenas como caricatura do povo<sup>216</sup>. Enquanto o povo compreende todas as camadas sociais, a ralé consiste em seus resíduos. O povo reivindica um sistema realmente representativo, ao passo que a ralé sempre brada pelo “grande líder”, pois se enxerga excluída da sociedade e odeia o Parlamento que lhe representa, o que lhe impõe recorrer necessariamente à ação extraparlamentar.

Diante do desinteresse inicial da ralé e de segmento considerável do povo francês pelo caso Dreyfus enquanto fato político, que representava a exclusão de um grupo dos benefícios da lei, o caminho estava livre quando a ralé iniciou sua campanha de terror contra os partidários de Dreyfus. Se o assunto era discutido entre a burguesia francesa, pouco afetava os interesses dos trabalhadores de Paris e Clemenceau foi obrigado a reconhecer que o próprio “povo” francês destruía sua democracia:

Com o consentimento aberto do povo, (...) eles proclamaram diante do mundo a falência de sua “democracia”. Graças a eles, um povo soberano é despojado do seu trono de justiça, privado de sua infalível majestade. Pois não há como negar que esse mal caiu sobre nós com a inteira cumplicidade do próprio povo. (...) O povo não é Deus. Qualquer um poderia ter visto que essa nova divindade iria tombar do seu pedestal. Um tirano coletivo, dominando de ponta a ponta um país, não é mais aceitável que um tirano único refestelado no trono”<sup>217</sup>.

O apoio que Clemenceau viria a conquistar, fazendo os trabalhadores saírem às ruas se deveu à união em torno de antigos inimigos do povo desde a Revolução: a aristocracia e o clero. Não foi pela República, pela justiça e liberdade, mas, acima de tudo, contra os ricos e o clero que começaram as manifestações de adesão à causa de Clemenceau. Exigiu-se, além do

---

<sup>215</sup> *Ibidem*, pp. 158-159.

<sup>216</sup> *Ibidem*, 159.

<sup>217</sup> *Ibidem*, p. 167.

discurso tomado pela paixão revolucionária, pelos direitos humanos capazes de reagrupar o povo, que se percebesse não estar em disputa apenas a justiça e honra da república, mas também seus interesses de classe, rompendo a resistência dos socialistas do que consideravam se imiscuir em brigas internas da burguesia. Foi, ainda, decisivo o engajamento de Emile Zola<sup>218</sup>, idolatrado pelo povo francês, que rompeu o estado de até então indiferença da classe trabalhadora.

O desfecho da questão representou uma solução meio-termo. A conformação dos socialistas com o ambíguo indulto, a despeito de “agrupar num mesmo perdão malcheiroso homens honrados e bandidos”<sup>219</sup>, conforme denunciou Zola, a derrota da moção pela revisão do novo julgamento por 425 votos contra 60 e a absolvição ilegal no Tribunal de Apelação representaram, no final das contas, uma derrota para Clemenceau e os partidários de Dreyfus, sem que significasse, todavia, vitória para a Igreja e para o Exército.

Os jesuítas, que melhor representaram a escola antissemita do clero católico, provavelmente pela defesa em seus estatutos de que cada noviço deve provar não possuir sangue judeu até a quarta geração, viram a influência do catolicismo na França ser minada com a proibição do ensino confessional. Quanto ao Exército, o serviço de espionagem passou a ser subordinado à autoridade civil na França, por meio do Ministério da Guerra, retirando qualquer justificativa para que o Exército conduzisse suas investigações por conta própria e conseguisse chantagear o gabinete e a Câmara. O desenrolar dos fatos que culminaram com o indulto de Dreyfus sintetizam o episódio que desnuda as forças subterrâneas do século XIX, que viriam à luz no século seguinte, com toda sua força, na Alemanha.

### *2.1.2 A queda da República de Weimar*

A República de Weimar nasceu da ruptura com a monarquia em 1918. Franz Neumann explica que a política interna do império foi dominada pelo medo da aparição do socialismo como movimento que ameaçava a estabilidade política, industrial, financeira e

---

<sup>218</sup> “Já houve homens que resistiram aos mais poderosos monarcas e se recursam a inclinar-se diante deles, mas tem havido poucos capazes de resistir à multidão, e sozinhos enfrentar as massas mal orientadas, de encarar desarmado o seu implacável frenesi e, de braços cruzados, ousar dizer não!, quando o que a massa exige é um sim. Esse homem foi Zola!”, discursou Clemenceau no Senado em 11 de dezembro de 1906 (*Ibidem*, p. 168).

<sup>219</sup> *Ibidem*, p. 176.

agrária, desafiando a expansão imperialista através da guerra, que definia a história da Alemanha por mais de meio século<sup>220</sup>.

Depois do fracasso de Bismarck, Wilhelm I e Wilhelm II na tentativa de destruir a influência dos socialistas, um acordo histórico finalmente pôs fim ao conflito, sob a liderança de Johannes von Miquel, primeiro como líder do Nacional Liberais em 1884, depois como Ministro de Finanças da Prússia de 1890 a 1901, inaugurando o *Sammlungspolitik*<sup>221</sup>, que concentrava todas as “forças patrióticas” contra a Social Democracia. O resultado da Primeira Guerra Mundial revelou, contudo, a fragilidade de sua estrutura, sem que houvesse alguma ideologia universalmente aceitável que a mantivesse unida.

Era evidente que o império alemão era um poder supremo carente de qualquer teoria do Estado que o justificasse e explicasse em que residia sua soberania. O *Reichtstag* não era uma instituição parlamentar. O poder soberano se assentava no imperador e nos príncipes reunidos no *Bundesrat*, cuja autoridade derivava do direito divino dos reis, que expressava essa concepção medieval como teoria constitucional do império – um patente absurdo para a maioria dos alemães.

A exigência de sangue e energia de parte do povo durante a guerra trouxe à tona o colapso do poder imperial, não como consequência direta da derrota militar, mas como resultado do colapso ideológico. A Alemanha abraçou a promessa de uma era de democracia, liberdade e autodeterminação no lugar do absolutismo e da máquina burocrática, expressas pela ideologia democrática Wilsoniana e sua “nova liberdade”, que se sagrou mais vitoriosa do que a Grã Bretanha e a França.

Essa frágil correlação de forças confirma a observação de Franz Neumann quanto ao fato de Alemanha nunca haver sido uma nação unida e uma democracia. Essa divisão remete à Reforma, que não chegou a se realizar plenamente em sua concepção fundamental, e não emancipou o povo alemão, mas apenas converteu a Alemanha de uma comunidade de escravos da Igreja para uma comunidade de escravos de um príncipe. A Alemanha nunca lutou por liberdade e democracia, assim como o sufrágio universal foi

---

<sup>220</sup> NEUMANN, Franz. **Behemoth: The Structure and Practice of National Socialism, 1933-1944.** Chicago: Ivan R. Dee Publisher, 2009, p. 3.

<sup>221</sup> *Ibidem*, p. 7.

conquistado sem luta, com o surgimento de um regime democrático somente em virtude da falência da monarquia em 1918<sup>222</sup>.

Sendo a constituição um ponto de virada na história para a incorporação das decisões políticas fundamentais para o futuro da estrutura da sociedade, a constituição de Weimar de 1919 destoava das diretrizes que guiaram as constituições revolucionárias francesa e dos Estados Unidos. Sabidamente liberais, no papel de definição dos objetivos do Estado, suas constituições se concentravam em prover garantias contra as autoridades constituídas para assegurar a liberdade de propriedade, de expressão de reunião, de imprensa, de religião e de comércio.

Já na Alemanha do pós-guerra, confrontada com a tarefa de erguer uma nova sociedade após a revolução de 1918, Hugo Preuss, jurista constitucionalista a quem foi confiado o desenho da constituição, procurou evitar a formulação de uma nova filosofia e tentou se limitar a um documento de mera organização. Contudo, os arquitetos da constituição, influenciados por Friedrich Naumann, percorreram o caminho contrário na elaboração de um sistema de valor democrático na segunda parte da Carta, ocupada com os direitos fundamentais e deveres do povo alemão.

A transição para 1919 não se tratou de uma revolução socialista, mas estava fora de questão optar por uma simples reprodução dos princípios liberais diante da necessidade de contemplar em maior medida as demandas da classe trabalhadora no direcionamento do destino do Estado. O entendimento entre todas as camadas políticas e sociais representava a essência da constituição, por meio da qual interesses antagônicos seriam harmonizados através de uma estrutura política pluralista, fundada na forma de uma democracia parlamentar.

Para Franz Neumann, pluralismo é a resposta do liberalismo individual ao Estado absolutista. Com a redução do poder coercitivo estatal, a subsistência do pluralismo depende da existência de uma base fundamental de entendimento entre os grupos sociais envolvidos na comunidade, ou seja, a sociedade deveria ser harmoniosa<sup>223</sup>. Como corpo social é necessariamente antagônico, seria apenas uma questão de tempo o colapso do pluralismo, que pode se materializar por meio de um grupo social arrogar para si o poder soberano ou mediante vários grupos paralisarem e neutralizarem os outros, tornando a

---

<sup>222</sup> NEUMANN, Franz. **The decay of german democracy**. The political quarterly, volume 4, N. 4, 1933, p. 525.

<sup>223</sup> NEUMANN, Franz. **Behemoth**. Op. Cit., p. 11.

burocracia estatal mais poderosa do que no Estado Absoluto, uma vez que se exigiria instrumentos coercitivos muito mais fortes contra grupos sociais mais fortes do que indivíduos isolados.

O acordo que literalmente aconteceu para o nascimento da democracia de Weimar se deu entre Field Marshal von Hindenburg, que havia supervisionado a desmobilização do exército, e Fritz Ebert, líder do partido Social Democrático e, posteriormente, primeiro presidente da República. A restauração da monarquia estava fora de cogitação. A aliança consistia em derrotar o bolchevismo, introduzindo um governo apoiado pelo exército e pela Assembleia Nacional. Mesmo sem o conhecimento do partido Social Democrático, o acordo convergia com suas políticas, especialmente na luta contra os bolchevistas e na convocação antecipada de uma Assembleia Nacional.

Outra etapa decisiva na formação de Weimar foi o acordo Stinnes-Legien em 15 de novembro de 1918<sup>224</sup>. O primeiro representava as grandes organizações de empregadores e o segundo era o líder dos sindicatos socialistas. Pelo consenso firmado, os empregadores garantiram igualdade de status entre os sindicatos na regulação dos salários e condições de trabalho, que, por sua vez, renunciaram à sua reivindicação pela dominação ilimitada da classe trabalhadora, ou seja, ao socialismo.

Esses acordos anteriores foram endossados pelo entendimento entre os partidos da coalizão de Weimar: Social Democrata, Centro Católico e Democratas, que incluía a decisão conjunta de antecipar a Assembleia Nacional para o mais cedo possível, aceitar o status existente da burocracia e da igreja, salvaguardar a independência do Judiciário e distribuir o poder entre os diversos estratos do povo alemão. No final das contas, a nova constituição representou a codificação de todos esses acordos prévios entre os diferentes grupos sociais e políticos, por meio do qual todos clamaram e receberam alguma medida de reconhecimento de seus particulares interesses.

Não é possível, por fim, deixar de explicar Weimar sem referir a aceitação do Tratado de Versalhes, que, por mais que fosse necessária à República, resultou em consequências políticas desastrosas. E, apesar de o partido Social Democrata não haver sido responsável nem pela guerra ou pela derrota da Alemanha, assim como do próprio reconhecimento da oposição à sinceridade dos motivos da maioria na Assembleia

---

<sup>224</sup> *Ibidem.*, p. 12.

Constitucional, aquele partido foi obrigado a assumir responsabilidade pelo tratado de paz e seus resultados<sup>225</sup>.

No campo social, Franz Neumann aponta que o partido Social Democrata falhou em não perceber que o problema central em Weimar seria o imperialismo do capital monopolista da Alemanha, na medida em que quanto mais cresciam os monopólios, mais incompatível se tornava com uma política democrática<sup>226</sup>. Nunca chegou a existir na Alemanha um movimento político antimonopólio como aconteceu nos Estados Unidos sob a administração de Roosevelt e Wilson. Comunistas e Social Democratas consideraram inevitável essa etapa do capitalismo. Os maiores trustes da história do país se formaram durante a República de Weimar, como demonstram a fusão em 1926 de quadro grande companhias de aço na Alemanha ocidental que formaram a União dos Trabalhadores do Aço. Mesmo com a pressão popular, em novembro de 1923, que obrigou o gabinete de Stresemann a editar um decreto que autorizava o governo a dissolver carteis e atacar os monopólios, tais poderes nunca chegaram a ser utilizados.

Por sua vez, na Constituição alemã constavam quatro grupos de direitos constitucionais distintos, assim classificados por Neumann: liberdade pessoal, liberdade política, liberdade capitalista e liberdade socialista<sup>227</sup>. Amplamente consagradas, as três primeiras categorias não eram novidade no constitucionalismo, ao contrário da ideia de liberdade socialista, que pretendia a fundação de uma social democracia, mas não uma democracia socialista, ou seja, uma democracia baseada não apenas na liberdade de propriedade, mas também na liberdade econômica da classe trabalhadora. A Constituição buscava um compromisso entre capitalismo e socialismo.

Essa estrutura social somente conseguiria perdurar enquanto não acontecesse alguma crise econômica. Durante os anos de 1924 a 1928 houve uma enorme expansão dos serviços sociais na Alemanha, assim como um crescimento do padrão de vida da população, inclusive dos desempregados. Pela essência do capitalismo, concessões sociais apenas se admitem até o ponto em que existe lucro para as empresas e, uma vez atingido esse limite, necessariamente haverá uma luta para evitar que a classe trabalhadora assuma o controle do Estado.

---

<sup>225</sup> NEUMANN, Franz. **Decay of german democracy**. Op. cit. p. 527.

<sup>226</sup> NEUMANN, Franz. **Behemoth**. Op. cit., p. 14.

<sup>227</sup> NEUMANN, Franz. **Decay of german democracy**. Op. cit., p. 530.

Por isso Franz Neumann concebeu a ruína de Weimar e ascensão do Nacional Socialismo pelo aspecto de contrarrevolução, resultante dos esforços de todos os partidos reacionários para destruir a democracia parlamentar e a plataforma constitucional de emancipação do trabalho, tarefa da qual se sagraram vitoriosos devido, sobretudo, à estrutura da Constituição que a facilitou e ao enfraquecimento do partido Social Democrata e dos sindicatos, únicos defensores da República de Weimar. Após a eleição de Hindenburg, toda a burguesia, incluindo os católicos, aderiram unanimemente ao slogan “todos os poderes para o Presidente”<sup>228</sup>.

O Parlamento e os grupos parlamentares são em grande parte responsáveis pela derrota da democracia parlamentar, que nunca defendia sua autoridade. Desde 1923, o Parlamento Alemão delegou mais de uma vez poderes emergenciais para o Gabinete, que criou importantes estatutos. Além disso, o Legislativo se contentava em editar apenas princípios gerais e deixava sua aplicação aos Ministros, cujos atos continham centenas de cláusulas. Por fim, a partir de 1930, com base no artigo 48 da Constituição, a função legislativa foi suplantada pelo Presidente, tornando-se o único e real legislador. Todas essas as circunstâncias foram decisivas para destruir a autoridade do Parlamento.

Não obstante o papel do Legislativo no desencadear dos eventos, “no centro da contrarrevolução ficou o Judiciário”, explica Neumann<sup>229</sup>. Tão logo eclodiu a revolução de 1918, o movimento contrarrevolucionário à República de Weimar percebia que precisaria da estrutura do Estado para alcançar o poder. “Direito é talvez a mais perniciosa de todas as armas na luta política, precisamente por causa da áurea que envolve o conceito de certo e justiça”<sup>230</sup>, denuncia o autor. O Direito ameaça as convicções fundamentais sobre as quais a civilização se assenta quando se transforma em mecanismo de fortalecimento de um grupo político em detrimento de outro, para eliminar inimigos e prestar assistência aos seus aliados. O tratamento conferido pelo Judiciário alemão prova que as cortes criminais de Weimar foram parciais e parceiras do campo antidemocrático.

Martonio Mont’Alverne Barreto Lima, Rômulo Guilherme Leitão e Daniel Rocha Chaves destacam que a ascensão do nazismo na Alemanha e em outros países não se

---

<sup>228</sup> *Ibidem*, p. 532.

<sup>229</sup> NEUMANN, Franz. *Behemoth*. Op. cit., p. 20.

<sup>230</sup> *Ibidem*, p. 20.



consumaria sem a participação do Poder Judiciário e dos juristas<sup>231</sup>. A normatividade vigente, constitucional e infraconstitucional, na realidade, acabou servindo de instrumento político à disposição dos interesses desses governos antidemocráticos<sup>232</sup>.

Com a queda da República Soviética da Bavária em 1919, foram condenadas a diversas penas de prisão 2.179 pessoas<sup>233</sup>, havendo sido sentenciadas todas as pessoas que possuíam qualquer relação com o golpe mal sucedido. Por outro lado, o golpe Kapp do movimento da direita em 1920, após 15 meses de investigação, estava na seguinte condição, anunciada pelo Ministro da Justiça em 21 de maio de 1921: das 705 acusações de alta traição, 412 foram consideradas anistiadas pela lei de 4 de agosto de 1920, apesar de o estatuto especificamente excluir os líderes do golpe dessa previsão, 108 se tornaram obsoletas por causa de morte ou outras razões, 174 não foram levadas adiante e 11 não foram concluídas, ou seja, ninguém havia sido punido até então<sup>234</sup>. Dos casos em andamento, apenas um chegou a ser sentenciado para condenar o antigo chefe de polícia, von Jagow, a 5 anos de confinamento honorário. Quando o governo suspendeu a pensão de Jagow, a suprema corte federal alemã determinou sua restauração. O líder do golpe, Dr. Kapp, morreu antes do julgamento. Outros líderes fugiram, como o General von Lüttwitz e Major Papst e Bischof. O General Ludendorff não foi processado porque o tribunal aceitou seu álibi de que estava presente no evento apenas por acidente e o General von Lettow-Forbeck, que havia ocupado uma cidade para Kapp, foi declarado que não era um líder, apenas um mero seguidor.

Também é ilustrativa a reação do Judiciário ao golpe de Munique operado por Hitler em 1923. Ele, Pöhner, Kriebel e Weber foram apenados com 5 anos e Röhm, Frick, Brücker, Pernet e Wagner com 1 ano e 3 meses<sup>235</sup>. Hitler foi solto após 13 meses<sup>236</sup>. Mais uma vez, Ludendorff foi solto por estar presente apenas por acidente. A despeito da seção 9 da Lei de Proteção da República impor inequivocamente a deportação de todo

---

<sup>231</sup> LIMA, Martonio Mont'Alverne Barreto; LEITÃO, Rômulo Guilherme; CHAVES, Daniel Rocha. **Risco de sempre**: Poder Judiciário na democracia. In: LIMA, Martonio Mont'Alverne Barreto; CARMO, Valter Moura do; COUTINHO, Júlia Maia Meneses de. (Orgs.). *Progresso e Regresso político: a democracia em risco*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017, p. 335.

<sup>232</sup> Ernst Fraenkel denuncia a conivência do Judiciário alemão citando como as cortes trabalhistas endossaram a demissão de praticamente todos os judeus empregados em firmas arianas (FRAENKEL, Ernst. **The dual state**: a contribution of the theory of dictatorship. New York: Oxford University Press, 2017, p. 92).

<sup>233</sup> NEUMANN, Franz. **Behemoth**. Op. cit., p. 21.

<sup>234</sup> *Ibidem*, p. 22.

<sup>235</sup> *Ibidem*, p. 22.

<sup>236</sup> ALBRIGHT, Madeleine. **Fascism**: a warning. New York: Harper Collins Publishers, 2018, p. 34.

estrangeiro condenado por alta traição, a Corte de Munique isentou Hitler dessa punição com base no argumento de que, embora sua cidadania fosse austríaca, ele se considerava alemão.

Não se pode deixar de ressaltar ainda a leniência e a proteção das cortes à formação de uma tropa ilegal secreta, denominada Reichswehr negra, depois de o Tratado de Versalhes obrigar a Alemanha a se desmilitarizar. Assassínatos praticados pelo grupo paramilitar contra supostos traidores não chegaram a ser processados ou foram punidos muito brandamente<sup>237</sup>. Os julgamentos que envolveram membros do Nacional Socialismo ganharam ares de propaganda, com Hitler discursando como testemunha durante duas horas, proferindo insultos contra o alto oficialato do governo e ameaçando seus inimigos, sem ser preso ou mesmo processado por desacato. A estratégia de justificativa do Nacional Socialismo contra a República de Weimar era sua luta contra a ameaça comunista, ao passo que, ironicamente, eles se proclamavam os guardiões da democracia.

Os tribunais não deram a importância em defender a máxima de qualquer estado democrático, segundo a qual apenas o Estado detém o monopólio do uso legítimo da força, e que sob nenhum pretexto podem grupos privados ou indivíduos se armarem. No ano de 1932, foi descoberta pela polícia uma conspiração do Nacional Socialismo em Hessen, planejada por Dr. Best, um alto oficial do regime, para concretizar um golpe de estado, com várias provas documentais, sem que fosse tomada nenhuma ação ante a crença de que o plano somente seria utilizado contra uma eventual revolução comunista.

Assim, Neumann concluiu que “é impossível escapar à conclusão de que a justiça política é a página mais escura na vida da República Germânica”<sup>238</sup>. A arma judicial foi utilizada com intensidade crescente e o poder dos juizes cresceu à custa do Parlamento.

### *2.1.3 A trajetória e as consequências de Hitler para a democracia*

As seguintes forças existiam em 1931, quando o poder do Reich se desintegrou: o exército com o Presidente e a polícia; os servidores públicos e alta burocracia; indústria e grandes proprietários de terra; igrejas e Estados federados; o Partido Social Democrata e os sindicatos; os comunistas; e o Partido Nacional Socialista, com seu exército privado e

---

<sup>237</sup> *Ibidem*, p. 23.

<sup>238</sup> NEUMANN, Franz. *Behemoth*. Op. cit., p. 23.

organizações afiliadas<sup>239</sup>. A severa crise econômica resultava no aumento no número de desempregados diariamente. Em 1929, o desemprego chegou a 13,2%, saltando para 34,7% em 1931. Nos meses de fevereiro e março de 1932, 45% dos membros do Sindicato do Livre Comércio estavam sem trabalho e no final do mesmo ano 96% dos membros do sindicato da construção estavam desempregados. Seis milhões de desempregados foram registrados em janeiro de 1932 e existiam possivelmente dois milhões dos denominados desempregados invisíveis<sup>240</sup>. Apesar de leves aumentos nos salários nos anos de 1928 e 1929, houve estagnação em 1930 e uma queda de 17% em 1931, que continuou em 1932. Estima-se que 50% da indústria estava organizada em cartéis e trustes<sup>241</sup>.

A união de forças em torno do Nacional Socialismo tornou a resistência impossível. A Constituição de Weimar era atacada, na direita, pelos Nacionalistas, Nacional Socialistas e liberais reacionários e, na esquerda, pelos comunistas. Neumann aponta que, diante de tudo que acontecia, não foi surpreendente a destruição de Weimar, o que foi surpreendente foi a tolerância do aparato democrático com a situação<sup>242</sup>. A Social Democracia e os sindicatos se mostraram completamente desamparados contra os ataques à democracia de Weimar. As universidades não queriam resistir, pois, no final das contas, acabaram trabalhando fortemente para a destruição da democracia parlamentar. Professores de direito constitucional eram implacáveis adversários da República de Weimar, com destaque na atuação de Carl Schmitt, que serviu ininterruptamente como *expert*, Ebert, Brüning, Papen, Schleicher e depois Hitler.

Entre sua vasta obra, Carl Schmitt formulou, para dar sustentação teórica ao Nacional Socialismo, a interpretação do artigo 48 da Constituição de Weimar, responsável pelo enfraquecimento do Parlamento e pavimentou o caminho para a ditadura do Executivo. Em artigo intitulado “A ditadura do Presidente do Reich de acordo com o artigo 48 da Constituição do Reich”<sup>243</sup>, Schmitt defendia uma interpretação que garantia autorização, para o Presidente do Reich, de uma autoridade específica para tomar as medidas necessárias e para suspender certos direitos fundamentais.

---

<sup>239</sup> NEUMANN, Franz. **Decay of german democracy**. Op. cit, p. 537.

<sup>240</sup> NEUMANN, Franz. **Behemoth**. Op. cit., p. 30.

<sup>241</sup> *Ibidem*, p. 537.

<sup>242</sup> NEUMANN, Franz. **Behemoth**. Op. cit., p. 29.

<sup>243</sup> SCHMITT, Carl. **The dictatorship of the Reich president according to Art 48 of the Reich constitution**. Constellations, volume 18, N. 3, 2011. Blackwell Publishers Ltda, 2011, pp. 299-323.

Assim, o contrato social no qual se fundava Weimar, que tolerou a coexistência de forças antidemocráticas durante toda sua vigência, implodiu. O partido Democrático desapareceu, o Centro Católico dirigiu-se para a direita e os Sociais Democratas e Comunistas gastaram mais energia brigando entre si do que na luta contra a ameaça crescente do Nacional Socialismo. O cenário era desesperador para a sociedade e o partido Social Democrata se viu diante da decisão mais difícil da sua história, ao ter que escolher o caminho de uma revolução política com os Comunistas, sob a liderança socialista, ou cooperar com a semiditadura de Brüning, Papen e Schleicher na tentativa de evitar o mal maior, Hitler. Com a entrada de 107 deputados do Nacional Socialismo no Parlamento em setembro de 1930, o partido Social Democrata decidiu tolerar o governo Brüning, no sentido de não fazer ataque ou apoio aberto. Ainda adotando a política do mal menor, o partido apoiou a reeleição de Hindenburg em abril de 1932, que venceu Hitler por 53% a 36,8% dos votos na segunda votação<sup>244</sup>.

O fragilizado Hindenburg convida Hitler para formar uma coalizão com o governo, que exigiu para tanto absoluto poder executivo, proposta que foi rejeitada pelo Presidente, o que levou à outra eleição em novembro de 1932. Dessa vez, os Nacionais Socialistas perderam 34 cadeiras e os Social Democratas, pensando apenas em termos parlamentares, comemoraram sua derrota. O líder teórico dos Social Democratas, Rudolf Hilferding, publicou um artigo no jornal *Die Gesellschaft* em janeiro de 1933 argumentando que o Nacional Socialismo estava bloqueado pela legalidade parlamentar e ridicularizando a tentativa de Hitler obter poder ditatorial do Presidente von Hindenburg<sup>245</sup>.

O partido Nacional Socialista, apesar da retração, ainda possuía assentos suficientes para negociar com o governo. Como trazer os Comunistas para uma coalizão estava fora de questão para Hindenburg, permanecia o impasse entre aceitar Hitler ou continuar com eleições com poucas esperanças de um resultado que lhe fosse decisivo. Em 30 de janeiro de 1933, poucos dias após a publicação do artigo de Hilferding, Hitler foi nomeado como Chanceler. Para Neumann, “não há dúvida que o destino da liberdade e democracia foi decidido depois de dois anos de política do mal menor somada a uma enorme crise

---

<sup>244</sup> NEUMANN, Franz. *Behemoth*. Op. cit., p. 31.

<sup>245</sup> *Ibidem*, p. 32.

econômica”<sup>246</sup>. A democracia alemã cometeu suicídio e foi assassinada ao mesmo tempo e a democracia sem democratas encontrou seu fim com a indicação de Hitler.

Madeleine Albright descreve um episódio ocorrido na manhã de 23 de março de 1933, quando Hitler discursou na *Opera House de Berlim*, onde funcionava provisoriamente o Parlamento, que havia sido destruído por um incêndio 4 semanas antes, para pedir apoio dos parlamentares para aprovar uma lei que lhe garantia ignorar a Constituição, o Legislativo e governar por decretos. Falando de maneira quieta e com um tom calmo, Hitler assegura aos ouvintes que não existia a intenção de minar as instituições alemãs, que o Parlamento permaneceria intacto, a liberdade de expressão seria plena, os direitos da Igreja não seriam modificados e os valores cristãos seriam prestigiados, assim como que os poderes da “lei para remover a aflição do povo e do Reich” apenas seria usada para proteger o país contra seus adversários. Após sentar-se para que os líderes dos partidos agora se pronunciassem, apenas o líder do partido Social Democrata se insurgiu, argumentando que estarem indefesos não significava que estavam sem honra. Hitler abandonou o tom conciliador de até então e disparou: “Eu não quero seus votos! A estrela da Alemanha está em ascensão, a sua está para desaparecer, sua sentença de morte soou”<sup>247</sup>.

A cena revela uma síntese da transição da democracia para o autoritarismo durante a República de Weimar. Na mesma ocasião, percebe-se um aparente Hitler conciliador e defensor da democracia e suas instituições em seu discurso, até irromper-se em um Hitler contrário à qualquer convivência pacífica com a oposição. Uma flagrante farsa que rapidamente se apresentou sob a forma de sua verdadeira face política, que, como foi a tônica da derrocada de Weimar, fingia defender a democracia para na verdade destruí-la.

Adolf Hitler nasceu em 20 de abril de 1889, na zona rural de Braunau, que se localiza perto da fronteira entre a Áustria e a região da Bavária. Filho de um simples servidor público e de uma mãe indulgente, era um aluno medíocre, descrito por um professor como “rabugento, calculista, arrogante e preguiçoso”<sup>248</sup>. Abandonou a escola aos dezesseis anos e se inscreveu sem sucesso em prestigiadas escolas de arte. Passou os seus vinte anos morando em uma pensão em Viena, fazendo trabalhos provisórios e vendendo pequenas pinturas em troca de modestas quantias.

---

<sup>246</sup> *Ibidem*, p. 540.

<sup>247</sup> ALBRIGHT, Madeleine. **Fascism**. Op. Cit., pp. 29-30. (tradução nossa).

<sup>248</sup> *Ibidem*, p. 31. (tradução nossa).

Se para um observador ele poderia parecer um jovem não atraente, mal nutrido, mal alojado, subempregado e sem amigos próximos, na sua visão de si Hitler se considerava um dos eleitos, um ser superior. Seus conhecidos o viam como alguém tomado por ideias não realísticas, apaixonado por política e extremamente irritado com o que considerava a estupidez alheia.

Além disso, nutria profundo desprezo pela classe trabalhadora porque assimilavam os discursos socialistas e dos padres, difamava o Parlamento por não fazer supostamente nada contra ameaças diretas à nação e abraçava teorias sobre monstruosas conspirações de judeus. Aos 21 anos de idade, comemorou a chegada da Primeira Guerra Mundial e se alistou no exército da Bavária<sup>249</sup>. Diferentemente dos outros soldados, Hitler não reclamava da guerra, que ele vislumbrava como uma oportunidade para o povo alemão demonstrar sua bravura ao mundo. Sofreu um ferimento na perna em outubro de 1916 e no verão de 1918 foi exposto a um ataque de gás que o deixou temporariamente cego.

O choque da derrota e a humilhação a que foi obrigada a se submeter a Alemanha com a perda de território, desmilitarização, indenizações aos vencedores e a dissolução do regime imperial não era um resultado aceitável para Hitler e muitos outros sobreviventes enfurecidos. A população masculina jovem entre 19 e 22 anos foi reduzida 35%<sup>250</sup>. Para Hitler, a causa da tragédia alemã não decorria de acontecimentos no campo de batalha, mas de uma traição de burocratas gananciosos, bolcheviques, banqueiros e judeus.

Filiou-se no outono de 1919 ao partido dos trabalhadores da Alemanha sediado na Bavária, então um pequeno grupo de nacionalistas no qual rapidamente assumiu a liderança. Para atrair novos membros, começou a divulgação pública de sua propaganda, defendendo a revogação do Tratado de Versalhes, a unificação de toda a Alemanha, a exclusão da cidadania dos judeus e medidas de divisão da riqueza endereçada aos ricos. Mudou o nome do partido para “Partido Nacional Socialista Alemão dos Trabalhadores”<sup>251</sup> para seduzir a esquerda.

O novo proeminente líder do partido forjou uma aliança com o capitão Ernst Röhm, que começou a arregimentar veteranos para a agremiação, formando uma milícia, a *Sturmabteilung*, com o objetivo de perseguir comunistas. Agora aos 30 anos, Hitler já se mostrava um orador hipnotizante, capaz de entreter sua audiência não com teorias abstratas

---

<sup>249</sup> *Ibidem*, p. 31.

<sup>250</sup> *Ibidem*, p. 32.

<sup>251</sup> *Ibidem*, p. 33. (tradução nossa).

ou argumentos objetivos, mas com palavras simples para denunciar o que denominava “mentiras colossais”<sup>252</sup>. Procurava incitar o ódio contra aqueles considerados traidores, apelidados de os “criminosos de novembro” cuja traição custou a derrota da Alemanha na guerra e alardeava diariamente a ideologia do antissemitismo. Eram recorrentes em seus discursos as palavras “esmagar, destruir, aniquilar e matar”<sup>253</sup>. Hitler formulou uma bandeira com as cores da antiga República Alemã, assim explicada: “o vermelho expressa o pensamento social subjacente ao movimento. Branco o pensamento nacional. E a suástica significa a missão atribuída a nós – a luta pela vitória do povo ariano”<sup>254</sup>.

Apesar de não haver muita atenção ainda em 1920 para a presença dos nazistas no cenário político, a impaciência de Hitler o convence a mobilizar um golpe para tomar o controle da Bavária. Como não conquistou o apoio do exército, a tentativa foi fracassada e resultou na sua prisão. Entre os líderes do golpe, foi o único que admitiu abertamente sua intenção derrubar o governo. Em sua primeira aparição no cenário nacional, defendeu seu caso como uma insurreição para limpar a Alemanha e afirmou à corte que ele não tinha outra opção senão exercer seu dever como “um homem nascido para ser um ditador”<sup>255</sup>. Não obstante condenado a cinco anos, esteve preso por apenas 13 meses, período no qual utilizou de seu tempo para redigir seu manuscrito *Mein Kampf*, abreviação da editora do título original “4 anos e meio de luta contra mentiras, estupidez e covardia”.

Com a experiência do fracasso do golpe da Bavária, Hitler optou por uma cautelosa política da legalidade na busca pelo poder. Em vez de se valer exclusivamente do uso da violência, demandava uma organização política da nação. Em 1929, havia jornais e clubes para divulgação de suas ideias, para denunciar uma conspiração da Inglaterra e da França para manter a Alemanha empobrecida e ridicularizar a classe política convencional por ignorar as necessidades do povo comum. O mais importante, porém, foi a estratégia de hostilizar os comunistas, que rendeu alianças na comunidade financeira e a simpatia de alguns dos maiores meios de comunicação do país.

O recrudescimento da crise econômica no país em 1929 criou o cenário ideal para Hitler reforçar a culpa dos criminosos de novembro e se apresentar à nação como líder de uma nova geração de alemães, destemidos, guiados por um partido que cumpriria o destino

---

<sup>252</sup> *Ibidem*, p. 33. (tradução nossa).

<sup>253</sup> *Ibidem*, p. 34. (tradução nossa).

<sup>254</sup> *Ibidem*, p. 34. (tradução nossa).

<sup>255</sup> *Ibidem*, p. 34. (tradução nossa).

da pátria: reerguer seu povo e esmagar seus inimigos. Uma população furiosa foi as urnas em setembro de 1930 e com expressivos votos de mulheres, pequenos comerciantes, camponeses e jovens<sup>256</sup>, o partido Nacional Socialista deixou de ser o novo maior partido para se tornar a segunda força do Parlamento, atrás apenas do partido Social Democrata.

O Presidente Hindenburg disputou a reeleição em 1932 e derrotou Hitler, antes de se ver obrigado a nomeá-lo como chanceler, como solução para pacificar o país em decorrência de uma política do mal menor. Assim, como aconteceu com Mussolini na Itália, Hitler ascende ao posto mais importante do país sem nunca haver ganho uma eleição majoritária, porém pelos meios constitucionais, o que chamou de “revolução legal”.

As grandes estruturas de poder como o exército, grandes empresários e a Igreja desprezavam os nazistas e duvidavam se sua capacidade de conquistar forte apoio. Com o tempo, passaram a perceber sua importância na luta contra o comunismo, nada mais, e Hitler não despertava preocupação alguma como deveria. Madeleine Albright revela que o novo chanceler teria confidenciado a um colega em fevereiro de 1933 o seguinte:

(...) as forças reacionárias acreditam que me tem sob controle (...). Eu sei que eles esperam que eu alcance minha própria ruína por incompetência. Nossa grande oportunidade depende em agir antes deles. Nós não temos escrúpulos, nem hesitações burguesas. Eles me veem como um bárbaro sem educação. Sim, nós somos bárbaros. Nós queremos ser bárbaros. É um título honrável.<sup>257</sup>.

A trajetória de Hitler não permite dúvidas quanto aos seus nefastos propósitos para a vida política alemã, os quais ele nunca fez questão de dissimular em nenhuma circunstância, seja em comícios, na propaganda oficial do partido ou mesmo perante as cortes que julgavam seus crimes. Até seus aliados, que o enxergavam com desconfiança, escolheram empoderá-lo na crença de que não haveria sério risco ao país.

E Hitler realmente cumpriu o que sempre prometeu. Fortalecido com a aprovação da lei de concessão de plenos poderes de 1933, a que pediu apoio ao Parlamento no episódio narrado de seu discurso no *Opera House de Berlim*, encarregou-se de destruir o que sobrava da democracia alemã. Começou a abolir as câmaras locais e substituí-las por governos provinciais dos nazistas. Enviou a SA (*Sturmabteilung*), sua milícia particular, para brutalizar seus adversários e, quando necessário, enviá-los a campos de concentração.

---

<sup>256</sup> *Ibidem*, p. 36.

<sup>257</sup> *Ibidem*, p. 37-38 (tradução nossa).



Acabou com os sindicatos ao declarar 1 de maio de 1933 um feriado remunerado e no dia 2 de maio ocupar todos seus escritórios. Removeu do serviço público aqueles considerados desleais e editou um decreto banindo os judeus de suas profissões. Encarregou Joseph Goebbels das produções de teatro, música e rádio, assim como impediu que jornalistas não simpáticos ao nazismo realizassem seu trabalho. Para assegurar sua nova ordem, criou a Gestapo para consolidar as funções de política, inteligência e polícia.

Por meio da operação Hummimbird<sup>258</sup>, foi eliminada a SA como ameaça ao exército oficial a fim de garantir a Hitler laços com os oficiais militares e abrir caminho para que ele sucedesse o envelhecido Hindenburg como Presidente que morreria em breve. Portanto, Hitler emergiu da crise como chefe do governo, chefe do Estado e comandante chefe das Forças Armadas, a quem o exército deveria jurar lealdade não ao país ou à constituição, mas ao Führer pessoalmente.

Seu apelo populista, místico e a imagem de um homem bravo levantando-se contra poderosos inimigos seduziu multidões. Ele se referia a si mesmo como o verdadeiro representante do povo, um trabalhador, um veterano, sem conta bancária, investimentos ou mansão. Hitler se dirigia aos trabalhadores clamando: “vocês devem me ver como seu protetor. Eu nasci um filho do povo; eu passei toda minha vida lutando por vocês”<sup>259</sup>. Mesmo com suas descaradas mentiras sobre si e seus inimigos, Hitler foi capaz de convencer milhões de homens e mulheres que se preocupava legitimamente com seu povo, ainda que seus impulsos assassinos fossem capazes de sacrificar toda a população para alcançar seus objetivos. Não apenas em território alemão. Winston Churchill escreveu em 1935:

(...) aqueles que conheceram Herr Hitler frente a frente em negócio público ou em ocasiões sociais encontraram um altamente competente, calmo, bem informado funcionário com um agradável trato, um sorriso encantador e poucos não foram afetados pelo sutil magnetismo pessoal. (...) Alguém pode não gostar do sistema de Hitler e ainda assim admirar sua realização patriótica. Se nosso país for derrotado eu espero que nós encontremos um campeão tão indomável para resgatar nossa coragem e nós liderar de volta ao nosso lugar entre as Nações<sup>260</sup>.

Muitos dos crimes perpetrados pelo regime nazista apenas vieram à tona com o fim da Segunda Guerra Mundial, por meio dos emblemáticos julgamentos de *Nuremberg* e de

---

<sup>258</sup> *Ibidem*, p. 39.

<sup>259</sup> *Ibidem*, p. 40. (tradução nossa).

<sup>260</sup> *Ibidem*, p. 41.

*Eichmann*, em Jerusalém. Em abril de 1961, Otto Adolf Eichmann capturado anteriormente em Buenos Aires, foi levado a julgamento pela Corte Distrital de Jerusalém, acusado de crimes contra o povo judeu, crimes contra a humanidade e crimes de guerra durante todo o período nazista e, sobretudo, durante a Segunda Guerra Mundial.

Mesmo com a sanidade questionada, em face da frieza e indiferença com que reconheceu parte de seus crimes, meia dúzia de psiquiatras atestaram sua normalidade (“pelo menos mais normal do que eu fiquei depois de examiná-lo”<sup>261</sup>). Ainda assim, os juízes responsáveis pela apreciação do caso resistiam a acreditar no que Eichmann confessava em sua defesa, diante da dificuldade em admitir que “uma pessoa mediana, ‘normal’, nem burra, nem doutrinada, nem cínica, pudesse ser inteiramente incapaz de distinguir o certo do errado”<sup>262</sup>. Essa era a tônica da interpretação que orientava como o acusado se enxergava em relação às suas acusações.

Desempenhando algumas funções no aparato do governo, Eichmann se notabilizou quando se tornou o grande responsável pela logística da emigração forçada de judeus, isto é, sua expulsão. Uma das primeiras providências do regime nazista, em 1933, foi a exclusão dos judeus do serviço público e a partir de 1938 também dos negócios privados<sup>263</sup>. Também foi gradualmente abolida a permissão para o exercício das profissões de advogado e médico, apesar de os judeus já virem sendo excluídos do acesso à maior parte das universidades e proibidos de se formarem.

As Leis de Nuremberg subtraíram os direitos políticos dos judeus, aniquilando sua cidadania, mas resguardavam seus direitos civis, isto é, mantinham sua nacionalidade alemã mesmo que emigrassem. Não era permitida a realização de ato sexual entre judeus e alemães, tampouco a celebração de casamentos mistos. Na perspectiva de Hannah Arendt, a legislação apenas criou uma estabilidade jurídica para uma realidade de fato, visto que “para dizer o mínimo, eles já eram cidadãos de segunda classe desde 30 de janeiro de 1933”<sup>264</sup>. Coube a Eichmann sofisticar e aperfeiçoar as engrenagens do regime que levariam ao genocídio dos judeus.

Definido por si próprio como idealista, o que buscou comprovar ao afirmar no interrogatório da polícia que teria mandado seu próprio pai para a morte se isso tivesse sido

---

<sup>261</sup> ARENDT, Hannah. **Eichmann em Jerusalém: um relato sobre a banalidade do mal**. São Paulo: Companhia das Letras, 1999, p. 37.

<sup>262</sup> *Ibidem*, p. 38.

<sup>263</sup> *Ibidem*, p. 50.

<sup>264</sup> *Ibidem*, p. 51.

exigido<sup>265</sup>, Eichmann foi enviado em março de 1938 para Viena organizar uma modalidade de emigração diferente da praticada até então. No posto de chefe do Centro de Emigração dos Judeus Austríacos, o acusado ressaltava haver sido seu período mais feliz e bem-sucedido. Foram expulsos 45 mil judeus da Áustria em 8 meses, enquanto na Alemanha deixaram 19 mil no mesmo período; em menos de 18 meses, conseguiu emigrar 148 mil pessoas, representando 60% de sua população judaica, que estavam saindo do país “legalmente”<sup>266</sup>. No ápice de sua “linha de montagem”, foi relatado por uma inspeção de Berlim convidada por Eichmann:

Isto é como uma fábrica de automóveis, como um moinho de farinha ligada a uma padaria. Numa ponta você põe um judeu que ainda tem alguma prosperidade, uma fábrica, uma loja, uma conta no banco, depois ele atravessa o edifício de balcão em balcão, de sala em sala, e sai na outra ponta sem dinheiro, sem direitos, apenas com um passaporte onde se lê: “você deve deixar o país dentro de quinze dias. Senão, irá para um campo de concentração”.<sup>267</sup>

Sua participação da qual se orgulhava pela logística do holocausto jamais lhe causou remorso algum. “Eu vou dançar no meu túmulo, rindo, porque a morte de 5 milhões de judeus (...) na consciência me dá enorme satisfação”<sup>268</sup>, teria dito aos seus homens nos últimos dias da guerra. À medida que Eichmann esclarecia os fatos sob seu ponto de vista, concluía-se sua absoluta incapacidade de pensar do ponto de vista de outra pessoa, assim, não se trata de um monstro, apesar do esforço da promotoria para assim caracterizá-lo. E a sua maneira de pensar refletia a sociedade alemã de 80 milhões de pessoas com os mesmos “auto-engano, mentira e estupidez”<sup>269</sup> agora denunciados na imagem do acusado.

A evolução de seu trabalho com, supostamente, apenas a logística do regime para a “Solução Final”, codinome oficial para o extermínio de judeus, foi descrita por Eichmann em uma conversa com Heydrich, já durante a Segunda Guerra, em que, após um breve discurso sobre emigração, vaticinou: “o Führer ordenou que os judeus sejam exterminados fisicamente”<sup>270</sup>. Depois de sustentar que não entendeu o sentido das palavras que lhe foram ditas inicialmente, confessa: “depois entendi e não disse nada, porque não havia mais nada

---

<sup>265</sup> *Ibidem*, p. 54.

<sup>266</sup> *Ibidem*, p. 56.

<sup>267</sup> *Ibidem*, p. 58.

<sup>268</sup> *Ibidem*, p. 59.

<sup>269</sup> *Ibidem*, p. 65.

<sup>270</sup> *Ibidem*, p. 98.

a dizer”<sup>271</sup>. A partir daí, chegou a afirmar que havia perdido o prazer no seu trabalho. Eichmann foi mandado para região de Lublin, onde presenciou o que definiu como a cena mais horrível de toda sua vida: “Fiquei o mais longe que pude, não cheguei perto para ver tudo aquilo. Mesmo assim, vi uma fila de judeus nus avançando por um longo corredor para serem asfixiados. Ali eles eram mortos, como me disseram, com uma coisa chamada ácido cianídico”<sup>272</sup>.

A profunda fratura da vida social e as cicatrizes formadas na sociedade alemã até hoje revelam consequências importante para a compreensão da relação de um movimento político assentado na intolerância com o universo político-institucional. Depois de haver negado registro ao Partido Socialista do Reich Alemão (*Sozialistische Reichspartei Deutschlands*) em 1952, declaradamente sucessor do partido nazista, e do Partido Comunista da Alemanha (*Kommunistische Partei Deutschlands*) em 1956, o Tribunal Constitucional Federal alemão permitiu em janeiro de 2017 o registro do Partido Nacional Democrático da Alemanha (*Nationaldemokratische Partei Deutschlands*), a despeito de sua proximidade ideológica com o nazismo. A análise crítica da decisão do tribunal foi articulada por Martonio Mont’Alverne Barreto Lima, em artigo intitulado “*O Tribunal Federal Constitucional alemão e a infeliz decisão sobre o NPD*”, no qual concluiu:

Não há dúvida de que a decisão é um grave erro. Se a consideramos no atual momento europeu, causa-nos sobressalto pensar que o mesmo argumento foi mobilizado no início da ascensão do nazismo ao poder na Alemanha. Primeiro, não se imaginou que o NSDAP vencesse as eleições; depois, não se acreditou que o partido governasse; por fim, não se pensou que os nazistas construíssem os campos de concentração e promovessem o extermínio maciço de populações judias<sup>273</sup>.

Diante dos fatos examinados quanto aos principais aspectos da ascensão do Nacional Socialismo neste capítulo, revela-se exata a constatação da negligência com o aprendizado da experiência passada sobre a irresponsável tolerância das instituições em face do embrião do autoritarismo. Merece ser rememorada a advertência de Franz Neumann sobre como o Judiciário alemão foi decisivo na contrarrevolução que destruiu a democracia de Weimar, motivo pelo qual deveria atualmente haver aprendido a ser

---

<sup>271</sup> *Ibidem*, p. 99.

<sup>272</sup> *Ibidem*, p. 105.

<sup>273</sup> LIMA, Martonio Mont’Alverne Barreto. O Tribunal Federal Constitucional alemão e a infeliz decisão sobre o NPD. **CONJUR**, 18 de janeiro de 2017. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2017-jan-18/martonio-lima-infeliz-decisao-tribunal-constitucional-alemao>>. Acesso em :10 julho de 2019.

implacável contra qualquer resquício ou reminiscência do pensamento nazista. Não foi essa a orientação adotada pela Corte, cuja controvérsia encerrou, em resumo, a interpretação e o alcance a ser conferido ao art. 21, 2, da Constituição alemã, que preceitua: “São inconstitucionais os partidos que, pelos seus objetivos ou pelas atitudes dos seus adeptos, tentarem prejudicar ou eliminar a ordem fundamental livre e democrática ou por em perigo a existência da República Federal da Alemanha”. À luz do dispositivo, foram firmadas as seguintes premissas na decisão de 17 de janeiro de 2017 (2 Bvb 1/13):

(...) 3. O conceito da ordem fundamental livre e democrática de acordo com o significado do art. 21(2) GG somente abrange aqueles princípios centrais fundamentais os quais são absolutamente indispensáveis para um Estado Constitucional livre.

a) A ordem fundamental livre e democrática está enraizada essencialmente na dignidade humana (Art. 1(1)GG). A garantia da dignidade humana abrange em particular a salvaguarda da individualidade pessoal, identidade e integridade e igualdade elementar perante a lei.

b) Além disso, o princípio da democracia é um elemento constitutivo da ordem fundamental livre e democrática. A possibilidade de igual participação por todos os cidadãos no processo de formação da vontade política bem como a prestação de contas dos detentores da autoridade estatal (art. 20(1) e (2) GG) são indispensáveis para um sistema democrático.

c) Finalmente, o conceito de ordem fundamental livre e democrática é também determinado pelo princípio segundo o qual órgãos do Estado estejam submetidos à lei (Art. 20(3) GG) – um princípio que está arraigado no princípio do Estado de Direito, e a fiscalização de Cortes independentes a esse respeito. Ao mesmo tempo, proteção da liberdade individual requer que o uso da força física seja reservado aos órgãos de Estado que estão submetidos à lei e sujeitos à fiscalização judicial<sup>274</sup>.

Nesse trecho da decisão se verifica, em princípio, a absoluta consonância do conteúdo conferido à “ordem livre e fundamental democrática”, tutelada pelo art. 21(2) da Lei Fundamental alemã, com as premissas teóricas modernas analisadas quanto à fundamentalidade da proteção da tolerância no regime democrático. Na alínea “a”, o conceito foi definido como elemento constitutivo do princípio da democracia e associado à dignidade humana, da qual decorre a defesa da individualidade pessoal, identidade e integridade e igualdade elementar perante a lei. Também foram destacadas como pilares a igualdade de participação política com a respectiva responsabilização dos agentes públicos

---

<sup>274</sup>BUNDESVERFASSUNGSGERICHT. **Judgment of the Second Senate of 17 January 2017** – 2 BvB 1/13 -, paras. (1-1010). Disponível em: <[https://www.bundesverfassungsgericht.de/SharedDocs/Entscheidungen/EN/2017/01/bs20170117\\_2bvb000113en.html](https://www.bundesverfassungsgericht.de/SharedDocs/Entscheidungen/EN/2017/01/bs20170117_2bvb000113en.html)> Acesso em 10 jul 2019.(tradução nossa).

(*accountability*) e o monopólio do uso da força aos órgãos do Estado, submetidos à lei e ao controle judicial.

O reconhecimento abstrato da essencialidade e dos contornos que envolvem a inconstitucionalidade de partidos que afrontem o art. 21(2), contudo, é esvaziado pela diretriz interpretativa adotada, que abraça uma fundamentação utilitarista do dispositivo para concluir que a incidência da proibição somente se caracteriza em face de ações graves e concretas patrocinadas pelas siglas. Eis o entendimento que revela essa compreensão:

(...) 6. Para proibir um partido político, não é suficiente que seus objetivos sejam direcionados contra a ordem fundamental livre e democrática. Em vez disso, o partido deve “procurar” minar ou abolir a ordem fundamental livre e democrática.

a) A noção de “procurar” requer comportamento ativo a esse respeito. A proibição de um partido político não constitui a proibição de convicções ou ideologias. Para proibir um partido político, é necessário que as ações do partido signifiquem uma luta contra a ordem fundamental livre e democrática.

b) Isso requer uma ação sistemática do partido político que equivalha a uma preparação qualificada para minar ou abolir a ordem fundamental livre e democrática ou almeje pôr em risco a existência da República Federal da Alemanha.

c) Não é necessário que isso resulte em um risco específico aos valores protegidos pelo art. 21(2)GG. Ainda assim requer indicações específicas e importantes que sugiram que é pelo menos possível que as ações do partido político contra a ordem fundamental livre e fundamental da República Federal da Alemanha ou contra sua existência poderia ser bem sucedida.

7. (...) a) Uma similaridade na natureza de um partido com o Nacional Socialismo por si não justifica sua proibição. A similaridade na natureza de um partido com o Nacional Socialismo oferece, porém, uma indicação que seu partido político está perseguindo objetivos anticonstitucionais.

(...) 9. Considerando essas normas, o pedido de proibição é improcedente.

a) O requerido procura, por causa de seus objetivos e pelo comportamento de seus filiados, abolir a ordem democrática livre e fundamental. O respondente pretende substituir o sistema constitucional existente por um estado nação autoritário que adere à ideia de “comunidade do povo” definida em termos étnicos (Volksgemeinschaft). Esse conceito político desrespeita a dignidade humana de todos aqueles que não pertencem à comunidade do povo definida em termos étnicos e é ainda incompatível com o princípio da democracia como posto na Lei Fundamental.

b) O requerido advoga objetivos os quais se dirigem contra a ordem fundamental livre e democrática e sistematicamente age para conquistar aqueles objetivos de uma maneira qualificada.

c) Contudo, não há indicações específicas e relevantes sugerindo pelo menos a possibilidade que seus esforços possam ser bem sucedidos<sup>275</sup>.

---

<sup>275</sup> *Ibidem*. Disponível em:

<[https://www.bundesverfassungsgericht.de/SharedDocs/Entscheidungen/EN/2017/01/bs20170117\\_2bvb000113en.html](https://www.bundesverfassungsgericht.de/SharedDocs/Entscheidungen/EN/2017/01/bs20170117_2bvb000113en.html)> Acesso em 10 jul 2019.(tradução nossa).

As razões enumeradas assustam pela complacência da Corte com a constatação explícita de todos os ingredientes que forjaram as ideias do Nacional Socialismo abertamente sustentadas pelo Partido Nacional Democrático da Alemanha, sobretudo a defesa de um estado autoritário e de uma comunidade do povo definida em termos étnicos (*Volksgemeinschaft*), que consistia em uma das bases do antissemitismo oficial responsável pelo assassinato de aproximadamente 6 milhões de judeus durante o nazismo. O Tribunal reconhece a semelhança do partido com o Nacional Socialismo, mas alega que isso significa tão somente uma sinalização de sua busca por objetivos anticonstitucionais.

A despeito da clara relação com o totalitarismo nazista, por considerar que “a proibição de um partido político não constitui a proibição de convicções ou ideologias” (item 6, a), ainda que o partido persiga “objetivos os quais se dirigem contra a ordem fundamental livre e democrática e sistematicamente age para conquistar aqueles objetivos de uma maneira qualificada” (item 9, b), a conclusão extraída pelo Tribunal Constitucional Federal alemão foi a que “não há indicações específicas e relevantes sugerindo pelo menos a possibilidade que seus esforços possam ser bem sucedidos” (item 9, c). Em síntese, enquanto não forem constatadas ações concretas e graves do partido político contra a ordem fundamental livre e democrática, mesmo que existam atos preparatórios, não incide a inconstitucionalidade do art. 21(2) da Lei Fundamental.

A interpretação nesse sentido é perigosa por definição, na medida em que vincula a proibição dos partidos políticos ao resultado grave e concreto de sua ameaça à democracia. Para a definição do frágil limite estabelecido pela Corte, foi assentado que “não é necessário que isso resulte em um risco específico aos valores protegidos pelo art. 21(2)GG” (item 6, c), o que poderia levar a crer que não se exigiria a consumação do risco à ordem fundamental livre e democrática. Contudo, condicionou que a proibição “requer indicações específicas e importantes que sugiram que é pelo menos possível que as ações do partido político contra a ordem livre e fundamental da República Federal da Alemanha ou contra sua existência poderia ser bem sucedida” (item 6, c), criando a subjetiva e dúbia zona de interpretação entre quando há um risco específico e como se afere quando as ações do partido são concretas e importantes de modo a demonstrar sua possibilidade de êxito.

A decisão merece ser criticada, pois opta por um vetor interpretativo que autoriza a coexistência com a ordem democrática de um partido político que defende abertamente sua

destruição, ainda que se aponte sua pouca importância política até então, como também porque estipula um critério vago e impreciso sobre a caracterização da inconstitucionalidade, cuja incidência foi vinculada a resultados concretos da ação partidária, uma espécie de inconstitucionalidade gradativa. A história da ascensão do Nacional Socialismo prova o equívoco da compreensão firmada pela Corte, especialmente quando se ressalta a surpreendente tolerância das instituições democráticas com as escancaradas ameaças contra a República de Weimar advogadas por Hitler e a propaganda de seu partido.

Segundo os critérios estabelecidos pela decisão Tribunal Constitucional Federal alemão, cabe indagar quando exatamente seria possível declarar a inconstitucionalidade do partido Nacional Socialista? Basta lembrar que nas eleições de setembro de 1930, do dia para a noite o partido de Hitler deixou de ser o nono para se tornar o segundo maior partido do Parlamento. Seria esse o momento a partir do qual incidiria a inconstitucionalidade, ou, o número de assentos parlamentares do partido, por si só, não revelaria ainda alguma ação concreta e grave com potencial para destruir a democracia? Poderia o Tribunal confirmar que não há que a ameaça necessária contra a ordem fundamental livre e democrática para incidir a proibição do partido Nacional Socialista pelo fato de a legenda haver perdido alguns assentos nas eleições de novembro de 1932 (ainda que tenha conversado sua força política necessária para obrigar Hindenburg a nomear Hitler como chanceler em janeiro de 1933).

Depois que Hitler foi preso pelo golpe da Bavária, o líder do partido Nacional Socialista adotou uma política da legalidade, segundo a qual apostava na mobilização da população para conquistar o poder através de suas próprias estruturas, como, de fato, aconteceu. Hitler assumiu o cargo mais importante da República de Weimar, mesmo sem jamais haver vencido alguma eleição majoritária, e de acordo com os meios constitucionais. Isso deveria ser o alerta necessário para a intransigência que as instituições deveriam abraçar através de suas ferramentas para coibir toda e qualquer ameaça, potencial ou concreta, aos valores democráticos, ao contrário do que fez o Tribunal Constitucional Federal alemão. O custo da tolerância com as sementes do autoritarismo é a própria democracia.



## 2.2 Violência e intolerância na formação brasileira

Etapa indispensável no exame da intolerância e seus reflexos, a ascensão do Nacional socialismo simboliza o ápice da destruição da democracia e continua sendo parâmetro fundamental para todo objeto de estudo correlato. Não obstante, a experiência alemã, que deve ser estudada, comparada e permanentemente revisitada, não dispensa uma avaliação da realidade brasileira com suas particularidades no que diz respeito às manifestações da intolerância em sua sociedade. Uma vez que se pretende, ao final, problematizar o estatuto jurídico que disciplina a tolerância no processo eleitoral brasileiro, é necessário olhar para a formação brasileira a fim de situar a difícil convivência da intolerância com o regime democrático.

### 2.2.1. Reflexos do passado colonial

Necessariamente o principal aspecto do Brasil a ser analisado como ponto de partida é seu passado colonial. No grande eixo temático que conduziu as investigações acadêmicas desenvolvidas no âmbito do Seminário Marx, na Universidade de São Paulo, foram produzidas profundas reflexões sobre as relações e elementos que significavam o Brasil colonial, dentro do que se poderia chamar de interpretações da realidade brasileira a partir do marxismo, as quais se afiguram indispensáveis para uma compreensão do Brasil atual.

Apesar de não caber examinar o Seminário Marx em si ou a assimilação do marxismo pelo ambiente universitário, breves considerações merecem ser tecidas a fim de melhor situar o tema que a ser examinado quanto ao sentido de colonização, especialmente na obra de Caio Prado Júnior e Fernando Novais. Isso porque no encadeamento das obras produzidas no contexto do Seminário há um aspecto comum que evidencia o primeiro olhar que aproxima seus trabalhos científicos<sup>276</sup>.

---

<sup>276</sup> Para aprofundar o estudo sobre a produção do seminário Marx, convém examinar a recente tese de doutorado produzida no âmbito da Universidade de São Paulo: RODRIGUES, Lidiane Soares. **A produção social do marxismo em São Paulo (1958-1978): mestres, discípulos e 'Um seminário'**. Tese de Doutorado. São Paulo: FFLCH-USP. 2011.

Segundo Bernardo Ricupero, Caio Prado Júnior se consagrou como o primeiro marxista brasileiro, sendo expressão de um fenômeno, um capítulo, do marxismo latino-americano, que se distanciava da ortodoxia do marxismo soviético, na tentativa de trabalhá-lo com viés acadêmico-científico. A grande questão na qual se inserem os primeiros contatos da teoria marxista com a América Latina era saber delinear os limites, se é que haveria algum, para sua aplicação nas mais diversas realidades concretas, a exigir sua adaptação, ou se se tratava de uma fórmula universal imutável a par de particularidades regionais<sup>277</sup>.

Essa diferença de pontos de vista foi o que tornou autores como Mariátegui, no Peru, Gramsci, na Itália, e Caio Prado Jr., no Brasil<sup>278</sup>, responsáveis pelo que se pode chamar de um pensamento marxista latino-americano, na medida em que procederam à “nacionalização” da teoria marxiana, enfrentando o desafio de fundir teoria e realidade, sem desnaturar a teoria, mas ao mesmo tempo sem subordinar a realidade à teoria. É, pois, nesse cenário, que surge a importância do pensador brasileiro, cuja obra, no exitoso exercício de aplicar a metodologia marxista à luz da especificidade brasileira, aponta para uma direção que indica o caminho chave para se compreender o Brasil: o passado colonial.

Essa contribuição, cujo conceito essencial será discutido adiante, curiosamente, adveio de alguém que pertencia a uma família da alta aristocracia do café, que chegou mesmo a exercer alguma militância política, mas se distinguiu, acima de tudo, como intelectual. Roberto Schwarz enxerga Caio Prado Jr. como uma inesperada exceção, qualificando sua obra como “superior, alheia ao primarismo e assentada no conhecimento sóbrio das realidades locais”<sup>279</sup>.

Eis o ponto de partida pelo qual seguem os demais integrantes do Seminário Marx, em especial, Fernando Novais e seu trabalho de doutorado “Portugal e Brasil na crise do Antigo Sistema Colonial (1777-1808)”<sup>280</sup>, que, segundo Roberto Schwarz, “é a obra-prima do grupo”, por representar a maturidade da problematização do marxismo clássico com a experiência histórica<sup>281</sup>. O reconhecimento de Schwarz sobre a grandeza da obra de Novais

---

<sup>277</sup> RICUPERO, Bernardo. **Caio Prado Jr. e a nacionalização do marxismo..** São Paulo: ed. 34, 2000.

<sup>278</sup> *Ibidem.*, p. 67.

<sup>279</sup> SCHWARZ, Roberto. **Seqüências brasileiras: ensaios.** São Paulo: Companhia das Letras, 1999, p. 90.

<sup>280</sup> NOVAIS, Fernando A. **Portugal e Brasil na Crise do Antigo Sistema Colonial (1777-1808).** 2. ed. São Paulo: Editora HUCITEC, 1983

<sup>281</sup> SCHWARZ, Roberto. **Seqüências brasileiras.** Op. Cit., p. 96.

se deve precisamente à amplitude que ganha a intuição já antecipada por Caio Prado Jr, resultando em um trabalho de “alta joalheria, sem nenhum favor”<sup>282</sup>.

Delineadas essas breves considerações sobre o cenário e o contexto que essas obras adquirem no pensamento nacional, cumpre doravante mergulhar nas reflexões dos autores, que procuraremos articular criticamente entre si, acerca de sua visão sobre o passado colonial brasileiro e suas interrelações com seus elementos da realidade.

Até mesmo pela cronologia das publicações, é inevitável que a obra mais relevante de Caio Prado Jr., que será objeto de investigação para o escopo deste trabalho, *Formação do Brasil Contemporâneo*, publicada pela primeira vez em 1942<sup>283</sup>, fornecesse as inquietações iniciais que orientaram a pesquisa de Fernando Novais, quando da defesa de sua tese de doutoramento em 1973.

Esse espaço conquistado por Prado Jr., mesmo sem ser oficialmente um membro do Seminário Marx, garantiu-lhe uma posição como um precursor, quase que necessário, para as produções acadêmicas ali desenvolvidas. Contudo, mais do que uma anterioridade meramente temporal, o que justifica seu destaque é muito maior do que a simples reivindicação da condição de ser alguém que disse algo antes de todos.

O ineditismo de *Formação do Brasil Contemporâneo*, conforme brevemente antecipado, começa no movimento de assimilação e incorporação do marxismo na América Latina, que, no Brasil deu seus primeiros passos com Caio Prado Júnior. Não deixa de ser curioso, todavia, que, apesar da consagração do autor como um dos primeiros pensadores marxistas brasileiros, não consta uma nota de rodapé ou alguma referência a Marx. Isso porque, na verdade, tanto Caio Prado Jr quanto Fernando Novais não visaram a trabalhar a teoria marxista em si nas suas obras, mas, acima de tudo, amparados pela metodologia marxista e adaptando-a à realidade nacional, propor novas interpretações do Brasil capazes de enfrentar os problemas do presente.

É, aliás, o próprio Fernando Novais um dos autores que, repetindo o status originalmente suscitado por Antonio Candido no prefácio da quarta edição de *Raízes do Brasil*, situa Caio Prado Júnior ao lado de Gilberto Freyre, com “*Casa Grande & Senzala*”, e Sérgio Buarque de Holanda, com “*Raízes do Brasil*”, como as três obras clássicas das grandes “interpretações” do Brasil, todas decorrentes do estímulo intelectual impulsionado

---

<sup>282</sup> *Ibidem*, p. 96.

<sup>283</sup> PRADO JÚNIOR, Caio. **Formação do Brasil contemporâneo**: colônia. São Paulo: Companhia das Letras, 2011, p. 11.

pela Revolução de 30 na direção da compreensão da realidade brasileira, ainda que por caminhos diversos ou mesmo opostos<sup>284</sup>. Embora todas essas obras voltem seus olhares para o passado, Caio Prado Jr. se distingue porque olha para trás pensando nas potencialidades e no que o Brasil pode vir a ser, não apenas o que ele deixou de ser.

Em outras palavras, não há apenas uma dimensão descritiva em *Formação do Brasil Contemporâneo*, mas também um aspecto normativo, que se deixa transparecer ainda no capítulo introdutório, quando o autor afirma que “foram estas, bem como outras considerações da mesma natureza, que me levaram, para chegar a uma interpretação do Brasil de hoje, que é o que realmente interessa, àquele passado que parece longínquo, mas que nos cerca de todos os lados”<sup>285</sup>. As considerações sobre as quais principalmente se refere são relacionadas à convivência nebulosa entre o passado e o presente do Brasil, que permitiam, segundo lhe apontou o relato de um professor não identificado, poder “assistir pessoalmente às cenas mais vivas do seu passado”<sup>286</sup>.

A inquietação movida pela conexão indissociável entre passado e presente no Brasil despertou em Caio Prado a inteligência para situar e estudar o momento crítico através do qual se deve compreender os problemas fundamentais do Brasil: a passagem da condição de colônia para nação independente do Brasil. A delimitação temporal do fato a ser examinado não é aqui questão secundária, mas, na verdade, reúne os principais aspectos e elementos que desaguarão em sua análise de uma maneira até então inexistente na produção acadêmica nacional.

Conforme explica em sua introdução, Caio Prado Júnior apreendeu como decisivo o momento desde a transferência da monarquia portuguesa para o território brasileiro e os atos preparatórios à Independência, pois expressam o balanço final da obra de três séculos de colonização, traduzindo sua “síntese” com todas suas características e elementos fundamentais, ao mesmo tempo em que se apresenta como “chave preciosa e insubstituível” para entender o seu resultado enquanto Brasil atual<sup>287</sup>. Nesse ponto, há uma clara convergência com a tese de Novais quanto à delimitação temporal dos fatos que, na

---

<sup>284</sup> NOVAIS, Fernando A. Caio Prado Júnior Historiador. *Novos Estudos Cebrap*, São Paulo, v. 2, 2, jul. 83, p. 66.

<sup>285</sup> PRADO JÚNIOR, Caio. *Formação do Brasil contemporâneo: colônia*. São Paulo: Companhia das Letras, 2011, p. 11.

<sup>286</sup> *Ibidem*, p. 11.

<sup>287</sup> *Ibidem*, p. 7.

sua ótica, são aqueles realmente necessários de serem examinados em sua totalidade, cujo lapso temporal está consignado no título de sua obra (1777-1808):

De um lado, 1777 marca o término da administração do marquês de Pombal, com as mudanças de rumo conseqüentes do fim do <consulado>; no outro extremo, a abertura dos portos do Brasil (1808) que se seguiu imediatamente à vinda da corte para a América, e a ruptura do pacto colonial aí implícita<sup>288</sup>.

Ambos enxergaram nesse período de transição peculiaridades que são a chave para a compreensão do Brasil. Delimitada temporalmente a pesquisa, a riqueza de suas reflexões começa agora a se anunciar através do método que a dialética de suas análises oferece no enriquecimento de seus olhares. Caio Prado Júnior, ao advertir que todo povo na sua evolução tem um certo “sentido”, argumenta que para abordar a história de um povo “todos os momentos e aspectos não são senão partes, por si só incompletas, de um todo que deve ser sempre o objetivo último do historiador, por mais particularista que seja”<sup>289</sup>. Daí por que não se pode descuidar do “cipoal de incidentes secundários”<sup>290</sup> que se fazem presentes no conjunto dos fatos de modo a revelar a linha mestra dos acontecimentos e sua respectiva direção.

Fernando Novais constatou a virtude do método de análise de Caio Prado, ao ressaltar a metodologia do discurso: “recorte do objeto, apreensão de seu sentido, reconstrução do real a partir desse ‘sentido’. E o seu travejamento dialético vai transparecendo: o sentido, isto é, a essência do fenômeno, explica as suas manifestações, e ao mesmo tempo explica-se por elas”<sup>291</sup>. Esse movimento da aparência para essência e da essência para a realidade é recurso dos mais valioso de sua obra, na qual se socorre recorrentemente na fundação da categoria analítica convencionada por Caio Prado Jr. de “sentido da colonização”

Assim como Fernando Novais ressaltou em Caio Prado Júnior o aspecto dialético de seu discurso, também se verifica na obra de Fernando Novais as características metodológicas fundamentais de sua abordagem, quando propõe que para analisar a última fase do período colonial do Brasil, levando em consideração a “peculiaridade da posição e

---

<sup>288</sup> NOVAIS, Fernando A. **Portugal e Brasil na Crise do Antigo Sistema Colonial (1777-1808)**. Op. Cit., p. 8.

<sup>289</sup> PRADO JÚNIOR, Caio. **Formação do Brasil Contemporâneo**. Op. cit., p. 15.

<sup>290</sup> *Ibidem*, p. 15.

<sup>291</sup> NOVAIS, Fernando A. **Portugal e Brasil na Crise do Antigo Sistema Colonial (1777-1808)**. Op. cit., p. 68.

da situação de Portugal e do mundo colonial português, é necessário descobrir e analisar todos os elementos que medeiam entre esta situação concreta e específica e o processo geral e mais profundo do movimento histórico”<sup>292</sup>. É fácil perceber a semelhança da metodologia que busca sempre uma totalidade concreta de análise por meio do movimento dialético de particularidade e generalidade no enlace dos fenômenos que estão em jogo na construção e reconstrução de determinada realidade.

Ainda sobre a metodologia do discurso em Novais, Roberto Schwarz aponta que “contra o preceito corrente que manda situar a história no seu contexto mais amplo, cuja compreensão não está em jogo por sua vez, Novais busca ver os ângulos no outro e em movimento”, tratando-se de um “encadeamento propriamente dialético”<sup>293</sup>. Portanto, é evidente a aproximação de Caio Prado Júnior e Fernando Novais em relação ao momento histórico considerado crítico a partir do qual deve-se buscar compreender seu significado e quanto ao movimento dialético de suas abordagens, pelo menos quanto ao seu emprego enquanto método de análise, sem que isso implique análises e conclusões idênticas entre os autores, como será evidenciado.

Caio Prado foi responsável pela criação de uma nova categoria analítica até então desconhecida no pensamento brasileiro, consistente no “sentido da colonização”. Para dar início à exploração do conceito e, posteriormente, problematizá-lo segundo a obra de Fernando Novais, merece transcrição o quadro dentro do qual o autor pretende explicar a posição do Brasil, porque a partir dessas considerações em Caio Prado Júnior é que poderão ser vislumbradas as principais distinções que marcarão as duas obras:

Isso nos leva, infelizmente, para um passado longínquo e que não interessa diretamente nosso assunto. Não podemos contudo dispensá-lo, e precisamos reconstituir o conjunto de nossa formação colocando-a no amplo quadro, com seus antecedentes, desses três séculos de atividade colonizadora que caracterizam a história dos países europeus a partir do século XV; atividade que integrou um novo continente na sua órbita, paralelamente aliás ao que se realizava, embora em moldes diversos, em outros continentes: a África e a Ásia. Processo que acabaria por integrar o Universo, ou antes, a sua civilização, se estenderia dominadora por toda parte. Todos esses acontecimentos são correlatos, e a ocupação e povoamento do território que constituiria o Brasil não é senão um episódio, um pequeno detalhe daquele quadro imenso<sup>294</sup>.

---

<sup>292</sup> Ibidem, p. 4.

<sup>293</sup> SCHWARZ, Roberto. **Seqüências brasileiras**. Op. cit., p. 96.

<sup>294</sup> PRADO JÚNIOR, Caio. **Formação do Brasil Contemporâneo**. Op. cit., p. 16-17.

Caio Prado está a se referir à síntese da virada colonial à emancipação política que revela o que existe de fundamental e permanente no sentido da evolução dos acontecimentos, que, para ele, se desenrolam como episódios da atividade colonizadora dos países europeus, no século XV, enquanto movimento de integração do novo continente aos domínios da civilização europeia. O alargamento da compreensão da realidade brasileira é levado à expansão ultramarina dos países da Europa, na medida em que o descobrimento e colonização da América se originam de simples empresas comerciais patrocinadas pelos navegadores daquele continente.

Partindo desse pressuposto, Caio Prado explora dimensões da colonização que seriam indissociáveis dos elementos do que viria a ser o Brasil. Ainda olhando para a Europa, no princípio do século XV, há um deslocamento do comércio terrestre do continente, que atravessava do Mar Mediterrâneo ao Mar do Norte para a costa marítima que contorna o continente pelo estreito de Gibraltar, o que inaugura um novo sistema de relações internas do continente. Essa transformação, singela à primeira vista, representa os primeiros passos à expansão marítima quando a Europa deixou de viver recolhida sobre seu próprio território. A posição geograficamente vantajosa de Portugal justifica seu pioneirismo na exploração da Costa Africana e em direção ao Oriente, na busca das Índias, sucedido pelos espanhóis, que, em seguida, chegam à América, tida, na realidade, como um obstáculo ao rico comércio do Oriente e não despertava interesse para as nações europeias, em princípio.

Nesse momento, não há ainda colonização, nem era essa mesma a intenção inicial dos descobridores em relação ao novo mundo, pois o que era então designado como colonização consistia, na verdade, apenas no “estabelecimento de feitorias comerciais”<sup>295</sup>, nos moldes do que os italianos praticavam no Mediterrâneo e a Liga Hanseática no Báltico. Esse modelo de ocupação não se prestaria a satisfazer os interesses mercantis no território recém descoberto, por meio de uma reduzida quantidade de pessoal encarregado apenas do negócio, administração e defesa armada, haja vista a necessidade de criar um povoamento destinado a abastecer e manter as feitorias para organizar a produção dos gêneros alimentícios do interesse da colônia.

Logo, a ideia de povoamento nasceu somente em função dessa necessidade, contingência imposta por circunstâncias novas e imprevisíveis. Estava relacionada à nova

---

<sup>295</sup>*Ibidem*, p.20.

feição do sistema de colonização a exploração dos gêneros aproveitáveis de cada território: produtos espontâneos e extrativos (madeiras de construção ou tintoriais – pau-brasil, pesca e pele de animais), foram a primeira etapa. O breve ciclo da mineração não resultou tão disseminado quanto se esperava, ao final, constituindo-se uma base econômica estável e ampla sustentada pela agricultura.

Para elucidar os possíveis rumos que tomaria a colonização naquele momento, Caio Prado Júnior invoca duas categorias de áreas diversas para explicar seus elementos: zona temperada, de um lado, e tropical e subtropical, de outro<sup>296</sup>. Quanto às áreas temperadas, abrangidas pelo território americano ao norte da baía de Delaware, recebeu “todo o resíduo das disputas político-religiosas da Europa”<sup>297</sup>, obrigando a população que ali se sentia incomodada a desviar sua atenção para a América em busca de abrigo e paz para suas crenças. Além disso, deve ser considerada a afinidade climática e, sobretudo, a transformação dos campos da Inglaterra, que passam de cultivados para pastagem para carneiros, cuja lã abasteceria a nascente indústria têxtil, fortalecendo uma corrente migratória de abandono do campo à América.

Essas circunstâncias especiais fundaram um novo modelo de colonização em que, pela primeira vez, os portugueses não serão os pioneiros, que a distinguirá da feição puramente comercial que determinava até então as empresas coloniais. Esse povoamento, finalmente, é movido pela intenção de construir um novo mundo, à semelhança do continente que o origina, sendo, assim, “pouco mais que simples prolongamento do continente dele”<sup>298</sup>.

Por sua vez, nas zonas tropicais ou subtropicais da América, Caio Prado considera, em primeiro lugar, apenas relativa à difundida inadaptabilidade do homem branco aos trópicos, que, na realidade, deve ser entendida como a ausência de predisposição ao novo habitat e à natureza hostil, passíveis de ser corrigida por futuras gerações, mas que, com efeito, repelia o colono que vinha na condição de simples povoador. Logo, seriam necessários estímulos mais fortes para levar o colonizador a zonas tropicais e subtropicais do que às zonas temperadas, que, paradoxalmente à primeira vista, eram os mesmos que, em um primeiro momento, afastaram os colonos: a diversidade de condições naturais.

---

<sup>296</sup> *Ibidem*, p. 22.

<sup>297</sup> *Ibidem*, p. 23.

<sup>298</sup> *Ibidem*, p. 24.



Isso porque nas áreas de condições climática diversas da Europa era possível a obtenção de gêneros ausentes no seu continente de origem, alguns dos quais eram considerados como itens de luxo. O açúcar, por exemplo, era dote precioso de enxoval das rainhas, assim como se firmaram como importantes produtos para o comércio europeu a pimenta, tabaco, anil, arroz e algodão. Diferentemente das zonas temperadas, são esses territórios capazes de oferecer produtos lucrativos para comercialização postos à disposição da Europa que estimulará sua ocupação das zonas tropicais e subtropicais.

A particularidade dessa modalidade de colonização é que o elevado interesse do colono europeu não era acompanhado pela disposição em empregar seu trabalho físico na produção, pois seu interesse era ocupar o território na condição de dirigente e empresário, não como trabalhador. Como não se chegou a ensaiar o trabalho branco no Brasil, os portugueses foram os precursores da escravidão de negros africanos, que chegaram ao Brasil por Martim Afonso de Sousa em 1531, enquanto chegaram na Virgínia por traficantes holandeses em 1619<sup>299</sup>.

Por isso, Caio Prado Júnior aponta dois rumos que a geografia climática influenciou, de um lado, nas zonas temperadas, na fundação de colônias de povoamento, e de outro, nas zonas tropicais e subtropicais, “um tipo de sociedade inteiramente original”<sup>300</sup>. Essa originalidade se deve à necessidade de adaptar a configuração da simples feitoria comercial, incapaz de se prestar ao caráter mercantil em sua plenitude, que, todavia, é conservado e somado ao trabalho recrutado entre “raças inferiores” (indígenas ou negros africanos importados) na produção e exploração de gêneros de alto valor comercial.

Em conclusão, o principal aspecto da categoria analítica chave de Caio Prado quanto ao “verdadeiro sentido da colonização tropical, de que o Brasil é uma das resultantes”, seria de uma “vasta empresa comercial, mais completa que a antiga feitoria, mas sempre com o mesmo caráter que ela, destinada a explorar os recursos naturais de um território virgem em proveito do comércio europeu”<sup>301</sup>. Esse objetivo, que é secundário nas colônias de povoamento, passa a explicar os elementos sociais e econômicos da formação e evolução do nosso país, embora não fosse essa a intenção inicial de sua ocupação, adquiriu em nossa sociedade traços de permanência e orgânicos de uma

---

<sup>299</sup> *Ibidem*, p. 27.

<sup>300</sup> *Ibidem*, p. 28.

<sup>301</sup> *Ibidem*, p. 28.

sociedade própria. Para arrematar de maneira categórica o sentido da colonização em Caio Prado Júnior, justifica-se uma derradeira citação do autor sobre seu conceito:

Se vamos à essência de nossa formação, veremos que na realidade nos constituímos para fornecer açúcar, tabaco, algodão, e em seguida café, para o comércio europeu. Nada mais que isso. É com tal objetivo, objetivo exterior, voltado para fora do país e sem atenção a considerações que não fosse o interesse daquele comércio, que se organizarão a sociedade e a economia brasileira. Tudo se disporá naquele sentido: a estrutura, bem como as atividades do país. Virá o homem branco europeu para especular, realizar um negócio; inverterá seus cabedais e recrutará a mão de obra de que precisa: indígenas ou negros importados. Com tais elementos, articulados numa organização puramente produtora, industrial, se constituirá a colônia brasileira<sup>302</sup>.

Não há melhores palavras do que as do próprio formulador da categoria analítica para explicá-la com completude, que percorre todos os aspectos da nascente sociedade brasileira, enxergados pela lente do exterior, cuja consequência fundamental é a formação de todas as estruturas sociais, econômicas e políticas a partir dos interesses da metrópole. Esse é o pilar básico sobre o qual se assenta e desenvolve a história brasileira, motivo pelo qual o “sentido da evolução brasileira”<sup>303</sup> somente se apresenta por meio do caráter inicial da colonização.

Colocadas as presentes considerações sobre o conceito chave de sentido da colonização em Caio Prado Júnior, o confronto com a ótica perfilhada por Fernando Novais revela, de início, já no título, um novo ingrediente na interpretação do momento decisivo em análise: a crise do antigo sistema colonial, cujo conceito, segundo o próprio autor, significa “o conjunto de tendências políticas e econômicas que forcejavam no sentido de distender ou mesmo desatar os laços de subordinação que vinculavam as colônias ultramarinas às metrópoles europeias”<sup>304</sup>. Esse alargamento do problema introduz mais uma variável a ser considerada, que é a crise do Antigo Regime, que, por outro lado, não prejudicou a expansão da produção e do comércio colonial. Pelo contrário, o Antigo Regime desenhou o quadro institucional que permitiu a consolidação do capitalismo comercial, ou mercantil, que, por sua vez, na medida em que intensifica seu

---

<sup>302</sup> *Ibidem*, p. 29.

<sup>303</sup> *Ibidem*, p. 29.

<sup>304</sup> NOVAIS, Fernando A. **Portugal e Brasil na Crise do Antigo Sistema Colonial (1777-1808)**. Op. cit., p. 13.

desenvolvimento e crescimento econômico impõe constantes reajustamentos, que desaguam na necessidade de uma nova estrutura política para lhe atender.

Aqui começa a se delinear o fator diferencial de análise de Fernando Novais, para quem “é o *sistema colonial do mercantilismo* que dá sentido à colonização européia entre os Descobrimientos Marítimos e a Revolução Industrial”<sup>305</sup>. Ou seja, adquire um novo patamar de relevância compreender a colonização brasileira à luz da forma mercantilista que revestiu a expansão colonizadora europeia no conjunto das relações em jogo nesse movimento. Ratifica-se a percepção de Caio Prado Júnior quanto ao propósito final de as colônias se constituírem fator essencial de desenvolvimento econômico das metrópoles, mas agora traz-se mais um elemento à totalidade de fenômenos em torno da colonização que não estava integrado.

Assim, cabe ressaltar os aspectos essenciais da política econômica mercantilista no sistema colonial que ajudarão na construção da relação metrópole e colônia: concepção de riqueza identificada com os metais amedáveis; conceituação primária dos bens econômicos e a suposição de que os lucros se geram no processo de circulação de mercadorias, isto é, configuram vantagem em detrimento do parceiro; balança comercial favorável; política protecionista tarifária, ligada ao fomento da produção nacional dos produtos que concorrem mais vantajosamente no mercado entre nações; defesa da saída das matérias primas, estímulo às exportações de manufaturas; inversamente, estímulo à entrada de produtos primários, dificuldade ou mesmo proibição da importação de manufaturados; produção interna de baixo custo para concorrer no exterior; não se visa o bem-estar social, visa ao desenvolvimento nacional a todo custo; fomento demográfico para ampliar a força de trabalho nacional e impedir elevação de salários<sup>306</sup>.

Todas essas características da política econômica mercantilista naturalmente não encontravam sustentação na estrutura feudal de sociedade, razão pela qual são claras as relações entre monarquia unitária e política mercantilista. Para chegar à crise do antigo sistema colonial, portanto, houve a crise do sistema feudal, na medida em que a expansão da economia mercantil põe em xeque as condições da servidão. Logo, centralização política e unificação territorial se sucederam como consequência do declínio feudal a fim

---

<sup>305</sup>*Ibidem*, p. 58

<sup>306</sup>*Ibidem*, p. 61.

de promover estabilização da ordem social, ao mesmo tempo em que estimulou a expansão ultramarina na superação da crise.

Nesse contexto, eis os elementos que Novais articula para a compreensão do momento a ser estudado:

Absolutismo, sociedade estamental, capitalismo comercial, política mercantilista, expansão ultramarina e colonial são, portanto, partes de um todo, interagem reversivamente neste complexo que se poderia chamar, mantendo um termo da tradição, *Antigo Regime*<sup>307</sup>.

Trata-se de fenômenos correlatos à desintegração do feudalismo na direção do modo de produção capitalista, do regime servil para o assalariado. Contudo, para manter a expansão das atividades econômicas, a burguesia mercantil necessitava de apoios externos, representados precisamente pelas econômicas coloniais, no intuito de fomentar a acumulação.

Há, portanto, em Fernando Novais um diagnóstico inicial que coincide com o que antecipou Caio Prado Júnior: “A colonização europeia moderna aparece, assim, em primeiro lugar, como um desdobramento da expansão puramente comercial”<sup>308</sup>. Assim como em Caio Prado, também observa Novais que “o povoamento decorreu inicialmente da necessidade de garantir a posse em face da disputa pela partilha do novo continente; complementar a produção para o mercado europeu foi a forma de tornar rentáveis esses novos domínios”<sup>309</sup>. Enfim, concluiu Novais que “ao se transitar do comércio para a colonização, passava-se da comercialização de bens produzidos por sociedades já estabelecidas para a produção de mercadorias e montagem de uma sociedade nova”<sup>310</sup>.

Até aqui, nenhuma novidade quanto ao que Caio Prado Júnior defendia em *Formação do Brasil Contemporâneo*, em que propôs articular a análise de nossa colonização a partir do caráter puramente comercial da expansão ultramarina europeia, que se justificou no elevado valor comercial dos produtos que apenas podiam ser produzidos no novo continente, dadas suas particulares condições climáticas nas zonas tropicais e subtropicais, que faltavam na metrópole, cujo resultado foi a fundação de um novo tipo de sociedade, diferentemente das colônias de povoamento nas zonas temperadas, que se tratavam, em suma, de um prolongamento do continente europeu.

---

<sup>307</sup> *Ibidem*, p. 66.

<sup>308</sup> *Ibidem*, p. 67.

<sup>309</sup> *Ibidem*, p. 67.

<sup>310</sup> *Ibidem*, p. 68.

Fernando Novais se refere, então, explicitamente à interpretação de Caio Prado Júnior para, a partir de então, analisá-la criticamente: “A colonização moderna portanto, como o indicou incisivamente Caio Prado Jr., tem uma natureza essencialmente comercial: produzir para o mercado externo, fornecer produtos tropicais e metais nobres à economia europeia – eis, no fundo, o <sentido da colonização>”<sup>311</sup>. Não há discordância do ponto de partida da premissa levantada por Caio Prado Júnior, uma vez que Novais incorpora em todos os seus termos a perspectiva sugerida de sentido de colonização.

Seu ponto de vista começa a se distanciar do de Caio Prado Júnior e apresentar sua grandiosidade intelectual, na medida em que Novais percebe que o contexto da expansão ultramarina pode oferecer certos limites na apreensão do alcance do sentido, que, em Caio Prado, “resolve apenas parcialmente o problema, para certo tipo de análise; pois quando é o próprio contexto mais amplo que se questiona, a dificuldade reaparece em toda sua força”<sup>312</sup>. É precisamente, pois, essa intuição de Novais que vai distinguir sua obra e levar a outro patamar a categoria analítica fundada em *Formação do Brasil Contemporâneo*, isto é, a necessidade de expansão do contexto delineado por Caio Prado para um novo sentido de colonização. Assim, incorporando a análise de Caio Prado, Fernando Novais explica como se aperfeiçoa o problemático conceito em sua ótica:

Se combinarmos, agora, esta formulação – o caráter comercial dos empreendimentos coloniais da Época Moderna – o caráter com as considerações anteriormente feitas sobre o Antigo Regime – etapa intermediária entre a desintegração do feudalismo e a constituição do capitalismo industrial – a idéia de um <sentido> da colonização atingirá seu pleno desenvolvimento<sup>313</sup>.

Daí se verifica a variável que até então não estava presente na equação: a desintegração do feudalismo e a constituição do capitalismo industrial. De fato, essa noção não é explorada em Caio Prado Júnior e vem à tona agora em Fernando Novais, que foi capaz de articular a colonização do Novo Mundo como “instrumento de acumulação primitiva da época do capitalismo mercantil”<sup>314</sup>. Ainda que sejam inegavelmente dois marxistas, aqui, Fernando Novais, diferentemente de Prado Júnior, faz alusão explícita ao conceito marxiano de acumulação primitiva (citando na nota de rodapé 26 o *Capital*), para

---

<sup>311</sup> *Ibidem*, p. 68.

<sup>312</sup> NOVAIS, Fernando A. **Portugal e Brasil na Crise do Antigo Sistema Colonial (1777-1808)**. Op. cit., p. 69.

<sup>313</sup> *Ibidem*, p. 68.

<sup>314</sup> *Ibidem*, p. 70.

explicar a colonização como ponto de apoio à economia europeia, sendo o sistema colonial mercantilista o principal estímulo ao nascimento do capitalismo moderno. Da releitura e incorporação desses novos horizontes, eis a plenitude do conceito de sentido da colonização revisitado por Novais:

Completa-se, entretanto, a conotação do sentido profundo da colonização: comercial e capitalista, isto é, elemento constitutivo no processo de formação do capitalismo moderno. Poderemos, enfim, compreender, nas suas múltiplas conexões, o sistema colonial, esse conjunto de mecanismos – normas de política econômica e relações econômicas efetivas – que integra e articula a colonização com as economias centrais europeias, realidade subjacente e imanente no processo concreto da colonização; que a ajusta continuamente ao seu <sentido><sup>315</sup>.

A lacuna deixada por Caio Prado Júnior passa a ser clara, pois, embora sua obra evidencie a conotação comercial do sentido da colonização, Fernando Novais foi além para adicionar a conotação capitalista, enquanto expressão do processo de formação que acontecia do capitalismo moderno na Europa, o que impõe um reajuste do sentido. A integração desse fenômeno no conjunto da análise foi o que possibilitou que Novais trouxesse à tona um elemento essencial para compreender os mecanismos de funcionamento do Antigo Sistema colonial do mercantilismo: o regime do exclusivo metropolitano<sup>316</sup>. Esse mecanismo por excelência do sistema, por meio do que se garantia a exclusividade do comércio com as colônias, era a ferramenta pela qual as metrópoles organizavam sua institucionalidade a fim de promover sua acumulação primitiva de capital às custas da economia do Ultramar.

Portanto, Novais expandiu o horizonte do contexto necessário à compreensão do Brasil. Se para Caio Prado Júnior a referência a ser tomada era o Brasil enquanto face mercantil da colônia portuguesa, Novais percebeu que o que precisava ser realmente examinado era o conjunto do mundo colonial, em que se movimenta a formação do capitalismo moderno, sem o que não se pode deixar de considerar a colonização à luz do processo de transição da estrutura feudal para a capitalista. A grande questão se torna exatamente a definição do contexto que vai construir o permanente diálogo entre o particular e o geral, que conquistou agora novas conexões estruturais com a ideia de acumulação primitiva de capital e o nascimento do capitalismo moderno, levando o

---

<sup>315</sup> *Ibidem*, p. 70.

<sup>316</sup> *Ibidem*, p. 72.

conceito de sentido de colonização originariamente trabalhado por Caio Prado Júnior à sua plenitude em Fernando Novais.

Situado topicamente o ângulo a partir do qual o Brasil precisa começar a ser compreendido, Caio Prado Júnior é taxativo ao examinar a organização social do país: “Naturalmente, o que antes de mais nada, e acima de tudo, caracteriza a sociedade brasileira de princípios do século XIX é a escravidão”<sup>317</sup>. De modo profundo, o Brasil foi moldado por essa instituição, desde a organização econômica até padrões materiais e morais. A escravidão do mundo antigo, que havia declinado e sido substituída pelas demandas feudais que transformaram os escravos em servos, renasce com aspectos completamente diversos e próprios nas Américas.

Essa distinção se apresenta fundamental entre os dois modelos de escravidão, pois, vislumbrando o que se passou na Grécia ou em Roma, o escravo decorria de um processo evolutivo natural e se entrosava na estrutura moral e fisionomia da sociedade, com a “legitimidade” de um filósofo escravista como Aristóteles, que tornava sua existência figura necessária e justificável como qualquer outro elemento da sociedade. Por outro lado, a escravidão moderna não decorria de passado algum, ressurgindo quando já havia perdido sua razão de ser em favor de outras modalidades de trabalho mais evoluídas. Agora ela reaparece de maneira totalmente unilateral como “um recurso de oportunidade de que lançarão mão os países da Europa a fim de explorar comercialmente os vastos territórios e riquezas do Novo Mundo”<sup>318</sup>.

Além da dizimação das populações indígenas e negras, uma das consequências mais deletérias foi a nova escravidão vir desacompanhada de qualquer elemento construtivo, pois sua natureza era puramente material e restrita, visto que se tratava apenas da realização de uma empresa de comércio, de modo a serem ignoradas todas as normas e princípios da população escravizada pelos Europeus. Nasce a escravidão no seu pior caráter, em que do escravo “nada mais se queria dele, e nada mais se pediu e se obteve do que sua força bruta, material”<sup>319</sup>, ou seja, a “animalidade” do homem e não sua “humanidade”.

Isso aprofundou a diferença entre as raças que separavam escravos e senhores, criou obstáculos à transposição do abismo entre as classes dos indivíduos e reforçou a

---

<sup>317</sup> PRADO JÚNIOR, Caio. **Formação do Brasil Contemporâneo**. Op. cit., p. 285.

<sup>318</sup> *Ibidem*, p. 287.

<sup>319</sup> *Ibidem*, p. 289.

rigidez da estrutura do sistema social. Embora se possa discutir em que limite aconteceu ou não alguma aproximação no Brasil, o que se pretende explorar adiante, Caio Prado Júnior assevera que a diferença de raça, quando expressa por meio de estereótipos agrava a discriminação que já ocorre na sociedade, “porque empresa uma marca iniludível a esta diferença social”<sup>320</sup>, rotulando os indivíduos e acentuando o predomínio de uns sobre os outros. Ainda que houvesse alguma circulação intrassocial, o preconceito era respeitado.

O agravamento dos fatores moralmente corruptores e deprimentes da escravidão no Brasil criou um contingente estranho e incômodo de raças incorporadas à força e à margem de uma nova sociedade. Se os jesuítas prepararam, ainda que minimamente, os indígenas por meio de uma educação e catequização e os afastaram das formas mais degradantes da escravidão, o negro esteve completamente desamparado. Esse processo de absorção que se prolongou do período colonial eoa até os dias atuais e certamente está longe de terminar.

A onipresença do escravo se fazia sentir no negócio ou em casa, isto é, nas atividades propriamente produtivas e no serviço doméstico. Essa presença universal exerceu influência no conceito de trabalho, que se tornou uma ocupação depreciativa e desabonadora para o homem livre. Poucos espaços existiam entre as funções que não foram monopolizadas pela escravidão para quem não era proprietário, fazendeiro ou senhor de engenho, restando-lhes poucas ocupações rurais ou o comércio, como negociante ou caxeiro, que, ainda mais, era reservada aos “reinóis”, aqueles nascidos no reino.

Do imenso vácuo entre os extremos da escala social resulta a síntese da vida social brasileira. Entre a minoria de senhores no topo da hierarquia e a multidão de escravos que seriam a massa trabalhadora, comprime-se o que sobrou: “o número, que vai avultando com o tempo, dos desclassificados, dos inúteis e inadaptados; indivíduos de ocupações mais ou menos incertas e aleatórias ou sem ocupação alguma”<sup>321</sup>. Ao estudar esse segmento, que para alguns pensadores reuniria o povo brasileiro, também se encontrarão aspectos violentos na sua convivência que reforçou a inexistência da tolerância na cultura brasileira, conforme será examinado adiante.

Ainda quanto aos impactos decisivos da escravidão como obstáculo da assimilação mais profunda de uma cultura democrática, Lilian Schwarcz, ao desmistificar a versão romântica de uma suposta coesão social que existiu e persistiria no Brasil entre as suas três

---

<sup>320</sup> *Ibidem*, p. 291.

<sup>321</sup> *Ibidem*, p. 299.



principais raças, negros, índios e brancos, em um país harmônico e sem conflitos, igualmente situa o racismo e a escravidão como fatores fundamentais do autoritarismo brasileiro, para quem “o sistema escravocrata transformou-se num modelo tão enraizado que acabou se convertendo numa linguagem, com graves consequências”<sup>322</sup>. Aliás, também não escapou à análise de Cláudio Lembo a deformação histórica quanto à narrativa dos fatos nacionais, que “sempre foi descrita de maneira a gratificar os poderosos de plantão”<sup>323</sup>, mau costume que permaneceu desde a colônia até nos ciclos democráticos, na medida em que as elites de poucas cidades dominaram o pensamento.

Assim como em Caio Prado<sup>324</sup>, Lilian Schwarcz<sup>325</sup> argumenta que não há nada que comprove que a escravidão no Brasil teria sido mais “branda”, seja pela própria ausência de benevolência decorrente da relação de propriedade de um ser humano por outro, quanto pela expectativa de vida dos homens escravizados do campo estimada em 25 anos, abaixo da projetada nos Estados Unidos, em 35 anos.

Esse sistema originou uma sociedade violenta e consolidou uma desigualdade estrutural. Escravos enfrentavam uma jornada de até 18 horas, recebiam uma muda de roupa por ano e eram obrigados a se acostumar com pouca comida e água, além de nenhuma posse. Alguns dados ilustram os reflexos no cenário atual: no ano de 2010, a taxa de homicídio entre jovens brancos foi de 28,3 a cada 100 mil, ao passo que chegou a 71,7 a cada 100 mil para os jovens negros; no ano de 2012, foram contabilizados 56 mil assassinatos, dos quais 30 mil eram jovens entre 15 e 29 anos, dos quais 77% eram negros<sup>326</sup>.

Aclama-se uma miscigenação racial por meio do ritmo, arte, culinária e esporte, mas também se naturalizou a desigualdade racial na figura das empregadas domésticas, da ausência de negros nos principais espaços corporativos e diversos ambientes sociais. Com esses altos índices de violência, esse conflito não encerrou com o fim da escravidão e numa releitura contemporânea o racismo persiste como ideologia destinada à manutenção de privilégios e assegurar a distância social.

---

<sup>322</sup> SCHWARCZ, Lília Moritz. **Sobre o autoritarismo brasileiro**. São Paulo: Companhia das Letras, 2009, p. 27.

<sup>323</sup> LEMBO, Cláudio. **Visões do cotidiano**. Op. cit., p. 1.

<sup>324</sup> PRADO JUNIOR, Caio. **Formação do Brasil Contemporâneo**. Op. Cit., p. 294.

<sup>325</sup> SCHWARCZ, Lília Moritz. **Sobre o autoritarismo brasileiro**. Op. Cit., p. 28.

<sup>326</sup> *Ibidem*, p. 33.

É preciso consolidar o entendimento de que a promoção da igualdade contra o racismo não é uma agenda exclusivamente da população negra. Segundo Schwarcz, “enquanto persistir o racismo, não poderemos falar em democracia consolidada”<sup>327</sup>. Toda a sociedade é afligida pelos discursos que menoscabam a riqueza da diversidade.

### 2.2.2 A cultura da violência

Outra contribuição do Seminário Marx da Universidade de São Paulo foi a obra de Maria Sylvia de Carvalho Franco que é resultado de sua tese doutorado defendida na USP, denominada *Homens livres na ordem escravocrata*, na qual se ocupa de examinar, entre outros aspectos, as relações formadas entre aquele segmento inorgânico da população brasileira deslocado entre senhores e escravos, que, na condição de homens livres, ocupavam-se do que sobrava de trabalho não absorvido pela escravidão. Na dinâmica que se desenrolam essas relações, Maria Sylvia vai salientar que a lógica da violência como método da resolução de conflitos não é algo esporádico ou relacionado a valores altamente prezados que justifiquem o recurso.

Na realidade, costumam decorrer de circunstâncias banais oriundas da própria relação comunitária, em especial dos fenômenos que derivam “da ‘proximidade especial’ (vizinhança), dos que caracterizam uma ‘vida apoiada em condições comuns’ (cooperação) e naqueles que exprimem o ‘ser comum’ (parentesco)”<sup>328</sup>. Isso se explica principalmente pelo fato de uma cultura pobre e um sistema social simples demandarem relações de recíproca suplementação, aumentando a frequência das oportunidades de conflito e radicalização de suas soluções, conforme expõe o seguinte relato:

Não se surpreende a mulher que, “ao meio-dia pouco mais ou menos, de sua casa que é próxima a de Antônio dos Santos, viu João Rita sentado na porta de Santos a tocar viola e que, daí a pouco, ouviu a mulher de Antônio dos Santos gritar por Nossa Senhora d’Aparecida e, bem assim, ouviu o barulho de pancadas e viu a João Rita ensanguentado e a Antônio dos Santos com a foice com que havia ofendido a João Rita”. Chamado a intervir, o marido da testemunha revela que o corriqueiro do acontecido, ao responder “que não iria por não ter nada a ver com as dúvidas alheia”. Várias situações análogas ficaram registradas nesses velhos autos, em que as testemunhas relatam que “não havia inimizade alguma entre o ofensor e o ofendido, que pelo contrário eram compadres e amigos”, ou em que o

---

<sup>327</sup> *Ibidem*, p. 39.

<sup>328</sup> FRANCO, Maria Sylvia de Carvalho. **Homens livres na ordem escravocrata**. UNESP: São Paulo, 1997, p. 25.

próprio réu declara que “não tinha a intenção de ofender (a vítima) de quem sempre foi amigo”.<sup>329</sup>

O depoimento expõe essa consciência de como existia um contraditório reconhecimento de como relação de amizade abruptamente transformavam-se em atos de violência, como se fossem faces indissociáveis das relações sociais do cotidiano. Mesmo após os conflitos, confessam os contendores que não possuem relação de inimizade ou vontade particular de causar a ofensa.

A indiferença social e a simplicidade da cultura também resultam numa cooperação entre iguais no exercício de tarefas semelhantes sem que exista uma autoridade clara e uma hierarquia de funções que atue como mecanismo de disciplina da atividade produtiva. Além disso, a assimilação das populações caipiras na sociedade brasileira mais ampla, aproveitada residualmente, mas ainda situada na marginalidade, dificultou a formação núcleos originários com caráter vital<sup>330</sup>, visto que se definiram, entre seus membros, vínculos mais frágeis do que aqueles entre participantes de grupos sociais realmente fechados.

Esse permanente fenômeno diagnosticado na população brasileira é o que a autora denominou como Código do Sertão, segundo o qual “o recurso à violência aparece institucionalizado, como padrão de comportamento”<sup>331</sup>. Está arraigado de maneira que em simples divergências quanto à atributos pessoais os contendores consideravam não haver outro recurso socialmente aceito que não a hostilidade para restabelecer a integridade do injuriado. Diante da inexistência de canais institucionais para o estabelecimento de compensações, a violência se transmuda em conduta legítima.

A natureza e a ordenação das relações forjadas em grupos cooperativos de trabalho evidenciam um estado de tensão conectado às formas de solidariedade que definiriam o sentido da ação de seus membros. A intensa mobilidade atrapalha a formação de vínculos estáveis e duradouros e põe em risco a possibilidade de cooperação contínua, uma vez que o processo de produção era frequentemente interrompido e o grupo dissolvido, circunstância que favorecia o aparecimento regular de situações de pressão que se resolviam violentamente.

---

<sup>329</sup> *Ibidem*, p. 23.

<sup>330</sup> *Ibidem*, p. 37.

<sup>331</sup> *Ibidem*, p. 37.

Esse conjunto de fatores que determinam a resolução violenta dos conflitos resulta no conceito chave da obra de Maria Sylvia, que é o princípio da dominação. Não obstante houvesse o sentimento de igualdade decorrente da ausência de uma hierarquia bem definida e em virtude da inexistência de marcas exteriores nítidas de diferenciação social, o princípio da dominação nasce da relação de assistência econômica prestada pelo fazendeiro ao sitiante em troca de sua afiliação política. Segue exemplo da mentalidade que sintetiza como se dava essa relação:

Nas palavras do fazendeiro entrevistado: “se os sitiantes da redondeza estavam em dificuldades ou queriam comprar um pedaço de terra, emprestavam dinheiro de meu pai; em compensação, esta gente sempre o acompanhava, eram seus eleitores ou seus cabos, pois ele era o chefe conservador da zona”. E acrescenta: “Não havia compra de votos. Não havia concorrência entre os chefes políticos: não adiantava, quem era conservador era conservador e quem era liberal era liberal. Aí está a extensão da influência do fazendeiro sobre seus sitiantes: a dependência em que estes se encontravam tornava inelutável a fidelidade correspondente. Sua adesão em troca dos benefícios recebidos é tão automática que nem sequer são tomadas medidas que assegurem seu voto; tampouco se cogita providência para atrair eleitores cuja fidelidade está definida para com o lado contrário. Umas seriam desnecessárias e outras inúteis.”<sup>332</sup>

A consequência da dominação, pois, era uma destruição completa de qualquer vestígio de consciência política daquele sitiante que ingressava na relação de dependência do fazendeiro. O relato revela que era indiferente a atuação política na direção da formação de algum convencimento do eleitorado, na medida em que a adesão automática ao chefe político era sólida de maneira inexistia disputa nesse sentido.

O embate eleitoral, por isso mesmo, travou-se na tentativa de interferência direta no processamento e resultado das eleições. Uma vez que a adesão partidária estava sedimentada, as burlas e conluios buscavam interferir na composição das mesas eleitorais, juntas de qualificação e apuração, na esteira do já conhecido mecanismo de fraude que se notabilizou na ideia das eleições decididas a “bico de pena”, assim como também por meios violentos, conforme descrito no seguinte episódio:

Senhor Presidente: está verificado que o arquivo desta câmara foi arrombado, ou aliás a porta aberta por artifício, por um grupo de pessoas a título de escolha mandado pelo doutor Juiz... Conquanto me seja difícil acreditar que uma autoridade tal apresentasse semelhante procedimento

---

<sup>332</sup> *Ibidem*, pp. 86-87.

escandaloso em face do público e das leis, todavia, senhor presidente, o certo é que o arquivo foi arrombado e desapareceu a urna que serviu na eleição próxima passada (Atas da Câmara de Guaratinguetá, 22.11.1856).<sup>333</sup>

Nesse relato que consta nas Atas da Câmara de Guaratinguetá de 22 de novembro de 1856 houve um arrombamento no arquivo por um grupo de pessoas supostamente mandadas pela autoridade jurisdicional. Ainda que com certo espanto quanto à participação do juiz, a denúncia registra o desaparecimento de uma urna utilizada na eleição que se sucedera. A institucionalização da violência se expressava, então, com o aval da autoridade que deveria ser responsável pela estabilização pacífica dos conflitos, inclusive de natureza eleitoral.

Os efeitos da dominação pessoal alienavam a população, que se distanciava do espaço dos fenômenos políticos, visto que distante da realidade de seu cotidiano. Quando do advento da Independência e das revoluções que a antecederam, sucedeu-se a absoluta indiferença do povo quanto às suas consequências práticas em sua vida, que, no geral e de maneira bastante limitada, restringia-se a assimilar que o reestabelecimento do sistema colonial prejudicaria a venda do açúcar se a exclusividade com comércio português fosse restaurada. Esse é o retrato da plenitude dos reflexos da dominação pessoal: a “asfixia da consciência política”<sup>334</sup>. Assim como acontece na escravidão, a dominação por meio da lealdade e da veneração nesta ordem social aniquila o predicado humano e a possibilidade de consciência das condições imediatas da existência social.

Como a dominação nesse caso não exterioriza a violência, por meio da imposição da vontade do mais forte sobre o mais fraco pela força, fazendo sentir uma aparente convergência de interesses, ficam ocultadas todas as tensões inerentes à lógica da relação entre senhor e dependente, razão pela qual dificilmente emergem à consciência dos dominados, que não percebe marcas objetivas da submissão à dominação pessoal. Da perspectiva do dominado, ele é formalmente livre.

No ápice de sua expressão, a dominação transforma aquele que a sofre em uma “criatura domesticada”<sup>335</sup>. Não há espaço para autoconsciência, porquanto todas as possibilidades são dissolvidas na vida social todas as referências através das quais poderia se constitui. A relação se sustenta na exclusiva troca de proteção e benevolência por

---

<sup>333</sup> *Ibidem*, p. 87.

<sup>334</sup> *Ibidem*, p. 89.

<sup>335</sup> *Ibidem*, p. 95.

fidelidade e serviços reflexos. O mundo de quem está preso ao domínio pessoal se encerra em um inconsciente conformismo.

Assim como reserva o estudo da escravidão e do racismo como capítulos do autoritarismo brasileiro, Lilian Schwarcz enumera a violência do Brasil como mais um aspecto grave da realidade social. Diariamente, segundo conclusão do *Atlas da Violência* de 2018<sup>336</sup>, o número de homicídios no Brasil corresponde à queda de um Boeing 737. Esse índice de mortalidade é 30 vezes maior do que o registrado na Europa. São 171 mortes por dia e, considerando os dados de 2016, chega-se a 62,5 mil por ano. Na última década foram 553 mil mortes por homicídio doloso. Ainda segundo o *Atlas da Violência* de 2018<sup>337</sup>, o país ultrapassou pela primeira vez a marca de 30 assassinatos para cada 100 mil habitantes. O Brasil figura atrás somente de países como Belize, Honduras, Colômbia e El Salvador. Entre os homens jovens, de 15 a 29 anos, a taxa nacional atinge a marca de 122,6 por 100 mil habitantes. Os homicídios representam, assim, 56,5% da causa de óbito da população jovem masculina.<sup>338</sup>

É evidente que não há como vincular as estatísticas da violência no Brasil a uma causa exclusiva, senão a um conjunto de fatores, notadamente de ordem histórica, dos quais sobressai “um disseminado sistema escravocrata (...) sustentado a partir da manutenção de uma verdadeira maquinaria repressora, administrada pelos próprios senhores de terra e contando com a conivência do Estado”<sup>339</sup>. Os índices epidêmicos de violência desaguaram em reivindicações legítimas da população, cuja solução por vezes é oferecida com respostas autoritárias que tendem a recrudescer a celeuma.

Lilian Schwarcz demonstra como o enraizamento da violência acostumou-se a estar escondido em narrativas e expressões literárias que a naturalizavam na estrutura social<sup>340</sup>. Expressão do romantismo, a obra *Iracema*, de José de Alencar, está permeada de metáforas que sugerem um destino idílico do colonizador europeu no extermínio da comunidade indígena para dar lugar ao mundo civilizado. O título da obra, que é um anagrama de “América”, é protagonizado pela heroína Iracema, que, apesar de na origem da língua tupi significar “saída do mel”, foi adaptado no romance como “lábios de mel”, para associar-se à docilidade e torpor das virgens nativas do Brasil. Após perder a virgindade em um

---

<sup>336</sup> SCHWARCZ, Lilia Moritz. **Sobre o autoritarismo brasileiro**. Op. Cit., p. 152.

<sup>337</sup> *Ibidem*, p. 152.

<sup>338</sup> *Ibidem*, p. 153.

<sup>339</sup> *Ibidem*, p. 157.

<sup>340</sup> *Ibidem*, p. 165.

relacionamento com um guerreiro europeu, Martim, a heroína concebe um filho, chamado Moacir, que significa “filho do sofrimento”, reforçando a ideia, com a morte da indígena, de que o filho sobrevivente representa o nascimento de uma nova noção mestiça, mas dominada pelo colonizador europeu.

Romantizados e marginalizados da cidadania no Império, os indígenas permaneceram no grupo dos excluídos com o advento da República em 1889, que se tornou ainda mais evidente. Essa perspectiva, romântica e violenta ao mesmo tempo, tem se eternizado no Brasil e ainda hoje ecoa em disputas graves e violentas pela demarcação de terras dos povos originários.

O fato é que, no Brasil, em vez da diferença ser entendida como sinônimo de riqueza e pluralidade da experiência humana, na prática, transformou-se em sinônimo de desqualificação. Segundo o Núcleo de Estudos sobre Marcadores Sociais da Diferença da USP, marcadores sociais de diferença podem ser assim conceituados:

(...) categorias classificatórias compreendidas como construções sociais, locais, históricas e culturais, que tanto pertencem à ordem das representações sociais – a exemplo das fantasias, dos mitos, das ideologias que criamos –, quanto exercem uma influência real no mundo, por meio da produção e reprodução de identidades coletivas e de hierarquias sociais<sup>341</sup>.

A inclusão de novos sujeitos políticos gerando um aumento da percepção de igualdade por vezes resulta em insatisfações de setores da sociedade que concebem o “diferente” menos legítimo para usufruir de uma cidadania plena. No Brasil, os marcadores sociais de raça, gênero, procedência nacional, orientação sexual produzem diversas formas de hierarquia e subordinação cujas consequências são episódios de racismo, feminicídio, misoginia e homofobia.

Para ilustrar as condicionantes dos marcadores da população negra, em 2016, o IBGE apontou a disparidade salarial de negras e negros no mercado de trabalho, que ganham 59% dos rendimentos dos brancos<sup>342</sup>. Segundo o Índice de Vulnerabilidade Juvenil à Violência (IVJ) de 2017, as taxas apresentadas “evidenciam a brutal desigualdade que atinge negros e negras até na hora da morte”<sup>343</sup>. Por meio de diversos indicadores

---

<sup>341</sup> *Ibidem*, p. 175.

<sup>342</sup> *Ibidem*, p. 175.

<sup>343</sup> *Ibidem*, p. 177.

socioeconômicos combinados com a vulnerabilidade social, percebe-se como a desigualdade se manifesta ao longo da vida dessas pessoas.

A inconclusa emancipação colonial perpetua a exclusão social dos tempos da escravidão, ainda que a estimativa de 2018 revele que 55% da população do país são pardos e negros. O retrato desses índices desenha um Brasil que se regozija ao se apresentar como incluído culturalmente no esporte, culinária ou danças, mas que dissimula uma violenta prática racista cotidiana.

A apatia e indiferença que as estatísticas da violência evidencia, sobretudo contra aqueles estigmatizados pelos marcadores sociais da diferença, contudo, não passou em branco quando a quinta vereadora mais votada nas eleições municipais de 2016 do Rio de Janeiro, Marielle Franco, filiada ao PSOL, foi assassinada com 4 tiros que penetraram o lado direito da sua cabeça, junto com seu motorista, Anderson Pedro Gomes. Representante do maior complexo das favelas do Rio de Janeiro, a comunidade da Maré, Marielle era negra, lésbica, defensora dos direitos humanos, mãe de uma menina que educou sozinha e se definia como “favelada”<sup>344</sup>. O assassinato, cujas investigações até o momento permanecem sem conclusão, a despeito da suspeita contra dois policiais militares, um aposentado e outro expulso da corporação, repercutiu nacional e internacionalmente. Definido como crime político, atos pelo mundo todo se solidarizaram com a morte da vereadora e romperam o anonimato da violência contra pessoas da mesma cor, gênero e origem social que não alcançaram a mesma visibilidade política.

A ferida aberta no seio da sociedade brasileira com a morte de Marielle e Anderson atestou a construção de estereótipos “negativos” contra os marcadores sociais da parlamentar, negra, lésbica e “favelada”, que incomoda setores da sociedade com sua presença e protagonismo. Sua agenda pela defesa de um país mais justo, inclusivo, democrático, plural e mais tolerante foi, paradoxalmente, interrompida pela violência que tanto condenava. Com o seu assassinato, “uma esperança de Brasil foi enterrada junto com ela”<sup>345</sup>, lamenta Schwarcz.

Essa fenomenologia da violência e intolerância na realidade brasileira ganha contornos relevantes e decisivos quando se interrelacionam com o universo jurídico correspondente. Oliveira Viana, não obstante pensador da corrente convencionada

---

<sup>344</sup> *Ibidem*, p. 180.

<sup>345</sup> *Ibidem*, p. 183.



autoritarismo instrumento, na medida em que propõe o autoritarismo como método para consecução de uma sociedade liberal, propõe um diagnóstico problemático da realidade social brasileira com seu universo jurídico. Em *Instituições Políticas Brasileiras*, o autor esclarece que pretende no seu trabalho de sociologia e metodologia do direito constitucional brasileiro explorar o seguinte aspecto da esfera publicista: “Este direito público, elaborado pelas elites, está em divergência com o direito público elaborado pelo povo-massa e, no conflito aberto por esta divergência, é o direito do povo-massa que tem prevalecido, praticamente”<sup>346</sup>. Antecipando algumas de suas conclusões, Oliveira Viana sustenta que não há como sobreviverem princípios liberais em uma sociedade parental, clânica e autoritária, como é a realidade brasileira.

Procurando basear-se, portanto, no estudo dos modernos critérios da ciência jurídica como fato do comportamento humano, o autor articula o problema jurídico à luz do direito “costumeiro”. Forte crítico da assimilação de soluções institucionais importadas do mundo anglossaxão, ainda que desconectada da realidade fática nacional, mas cujas elites insistem em renová-las diante de seu fracasso, desde que sejam “liberais” ou “democráticas”, Oliveira Viana desloca o problema do direito público do campo da hermenêutica constitucional para a culturologia aplicada.

Por isso, o fracasso das Constituições seria resultado da desconexão entre a “a realidade subjetiva, criada pela tradição (elementos imanentes), e a realidade externa, criada pelo novo sistema de normas (elementos transcendentis)”<sup>347</sup>, pois é certo que o advento de norma alguma penetra de maneira imediata e automática em atitudes ou comportamentos. Constituições promulgadas “em nome do povo” são incapazes de modificar por si só o inconsciente coletivo acumulado historicamente e, dada sua particularidade, não se equiparam as capacidades políticas de cada civilização para praticarem o mesmo regime político ou constitucional.

Oliveira Viana recorre a experiências históricas sucedidas na Europa a fim de demonstrar que o regime democrático é uma tradição imemorial de alguns povos europeus, que os acompanham desde a fase comunitária. Como exemplo cita, entre outros órgãos, o *Tribunal das Águas* da região de Valência, composto por 7 síndicos das comunidades de Tornos, Mislata, Mestalla, Fabara, Rascaña, Rovela e Benacher-Faitanar, que se reúne

---

<sup>346</sup> VIANA, Oliveira. **Instituições políticas brasileiras**. Brasília: Conselho Editorial do Senado Federal, 1999, p. 49.

<sup>347</sup> *Ibidem*, p. 96.

todas as quintas-feiras, entre onze e doze da manhã, ao ar livre, na praça do Seo, perante a Catedral com assistência do público e dos guardas do respectivo canal, cujo funcionamento é assim descrito:

Os juizes das comunidades de água não são de modo algum juizes profissionais, nem superiores em dignidade social aos administrados. Os que desempenham esses cargos são homens do campo, delegados administrativos das comunidades por sufrágio de todos os regantes, escolhidos entre os lavradores da zona e renovados com freqüência. Quando em função, não são guardados por porteiros, alguazias, força pública. O processo é oral, sumaríssimo, público, gratuito. Não intervêm fiscais, advogados, nem procuradores. terminada a instrução, deliberam entre si, em voz baixa, sem afastarem-se da vista do público. A sentença não se registra por escrito, salvo se o pede o interessado: -- e o tribunal tem poder para executá-la, embargando bens, se o interessado resiste ou demora o pagamento do dano ou da multa<sup>348</sup>.

Logo, o surgimento de experiências democráticas na Europa provém de 3 a 5 mil anos, que aparecem naturalmente com o próprio núcleo humano. Instituições como o *Tribunal das Águas* são as sementes para os governos locais autônomos de base democrática que até hoje sobrevivem no continente europeu. Nesse ambiente as instituições democráticas não existem apenas formalmente em diplomas normativos, uma vez que estão inscritos nas tradições e vivências do povo, sob a forma imanente.

A democracia ali advém diretamente dos costumes da população, “que a executam, trazem-na, não no bolso, escrita num livrinho chamado Constituição; não debaixo do sovaco, num tratado de lombada vistosa, em língua inglesa ou francesa, chamado Comentários”<sup>349</sup>, em contraste com a trajetória da sociedade brasileira. Além de todas as mazelas e sequelas da estrutura social já evidenciadas na formação colonial, a ausência absoluta de algum sentimento comunitário se explica também pelo fato de o que existia de vivência urbana decorria da imposição e do castigo, visto que era o recrutamento que trazia moradores<sup>350</sup>.

Além disso, a colonização portuguesa destoava do método espanhol da propriedade comunitária da terra e da economia coletiva da produção, como aconteceu no México e na

---

<sup>348</sup> *Ibidem*, p. 113.

<sup>349</sup> *Ibidem*, p. 118.

<sup>350</sup> "Na carta régia de 22 de julho de 1766, por esta secretaria de Estado ao Conde de Azambuja -- relata D. Fernando José de Portugal num officio a D. Rodrigo de Sousa Coutinho, em 1799 -- se ordenou por causa dos insultos que, nos sertões desta Capitania, cometiam os vadios e facinorosos, que todos os homens que neles se achassem vagabundos ou em sítios volantes, fossem logo obrigados a escolherem lugares acomodados para viverem juntos, em povoações civis, que, pelo menos, tenham 50 fogos para cima, com juizes ordinários, vereadores e procurador do Conselho" (*Ibidem*, p. 129).

região andina<sup>351</sup>, onde ainda persistem vestígios do comunitarismo indígena, na medida em que o sistema de sesmarias individualistas ou particularistas reforçava a dispersão da massa colonizadora. Diante desses fatores, Oliveira Viana questiona: “Como, pois, no meio desta dispersão -- que vem desde os primeiros dias da colônia -- as estruturas de solidariedade social e os ‘complexos culturais’ correspondentes poderiam ter ambiente para se formar, e se desenvolver, e se cristalizar em usos, costumes e tradições?”<sup>352</sup>. A única resposta lógica era a infeliz constatação de que não houve a formação de laços de solidariedade, cooperação e colaboração em favor do bem público.

A conclusão de Oliveira Viana é, portanto, que: “o brasileiro é fundamentalmente individualista; mais mesmo, muito mais do que os outros povos latino-americanos”<sup>353</sup>. Carentes de certa educação comunitária do trabalho que teve lugar em algumas colônias espanholas, na sociedade brasileira “só o indivíduo vale e, o que é pior, vale sem precisar da sociedade -- da comunidade”<sup>354</sup>. A formação social e econômica convergiu para dispersar e isolar o homem, atrelando-se exclusivamente a condição de indivíduo, ao contrário homem socializado e solidarista, que depende ou colabora com o grupo, cujas condições materiais não permitirem seu surgimento. Oliveira Viana cita o cronista Simão de Vasconcelos para assentar que “nenhum homem nesta terra é repúblico, nem vela ou trata do bem comum, senão cada um do bem particular”<sup>355</sup>.

A profunda exclusão social e política que imperou desde o período colonial se revela no governo das câmaras. Somente a nobreza constituída pelos “homens bons” era apta a participar da vida política por meio da capacidade eleitoral ativa e passiva, configurando, na realidade, uma aristocracia exercida pelos nobres de linhagem e seus descendentes, ricos senhores de engenho, alta burocracia civil e militar da colônia, aos quais se somavam os “homens novos”, burgueses que haviam penetrado os círculos sociais da nobreza porque enriqueceram com o comércio.

O nome daqueles que figuravam na classe dos “homens bons” era inscrito nos Livros da Nobreza pertencentes às Câmaras, como indicativo de nobreza que os asseguravam privilégios, isenções e o exercício de cargos públicos, que apenas a eles eram reservados, sem embargo da condição de exclusivos cidadãos com aptidão jurídica para

---

<sup>351</sup> *Ibidem*, p. 133.

<sup>352</sup> *Ibidem*, p. 140.

<sup>353</sup> *Ibidem*, p. 141.

<sup>354</sup> *Ibidem*, p. 141.

<sup>355</sup> *Ibidem*, p. 141.

serem votados. Essa pequena elite numericamente insignificante em relação à numerosa massa da população brasileira é retratada por Oliveira Viana pelos termos da representação da Câmara da vila de Paranaguá em 1766, que protestava contra uma contribuição forçada para as obras da Fortaleza da Barra, com base no “estado miserável da terra”, onde “a não serem 60 ou 70 moradores com algum tratamento, os demais eram gente de pés descalços”<sup>356</sup>. A metáfora da representação da massa da população de fato brasileira como “gente de pés descalços” é suficiente para encerrar o abismo da desigualdade definida por todos os marcadores sociais estereotipadores da sociedade que obstou o nascimento de uma cultura comunitária, inclusiva e democrática.

A história brasileira analisada a partir da totalidade de suas estruturas e fenômenos que forjaram a sua civilização ajuda a desmistificar de vez a versão romântica da inclusão dos povos diferentes diante de um passado violento pautado pela lógica da submissão e a tentativa do aniquilamento, por vezes justificado como domínio necessário. A dinâmica colonial que sempre buscou dissimular a violência e as tensões das relações sociais persistem, refletida até os tempos atuais, em que “a negação da violência e da intolerância com o ‘outro’, aquele é diverso, a partir de um ‘verniz’ que justifica a dominação, e até a elogia, ao mesmo tempo em que a encobre e minimiza”<sup>357</sup>. Não encontram sustentação na realidade, portanto, narrativas que romantizam até os dias de hoje a sociedade brasileira como pacífica. Pelo contrário, o confronto que sempre existiu de maneira mais ou menos silenciada tem vindo emergido à superfície com uma lógica de polarização.

Lilian Schwarcz denuncia como movimentos autoritários da atualidade apostam nas mitologias do “eles contra nós” e “nós contra eles”, por meio de uma razão binária que produz um sentimento beligerante de contraposição e olha com desconfiança tudo que não integre determinada comunidade moral: “a imprensa, os intelectuais, a universidade, a ciência, as organizações não governamentais, as minorias e os novos agentes políticos”<sup>358</sup>. Essa polaridade reproduz uma lógica de ódios e afetos que contaminam a avaliação das instituições públicas e as relações pessoais, normalmente amparada em narrativas desapegadas da realidade, mas que subsistem desde que a mantenham dividida entre “nós” e “eles”. Roberto Schwarz, ao analisar como no Brasil as ideias parecem “fora do lugar”, lamenta que quando se trata de racionalidade, “os papéis se embaralhavam e trocavam

---

<sup>356</sup> *Ibidem*, p. 147.

<sup>357</sup> SCHWARCZ, Lilia Moritz. **Sobre o autoritarismo brasileiro**. Op. Cit., p. 210.

<sup>358</sup> *Ibidem*, p. 212.

normalmente: a ciência era fantasia e moral, o obscurantismo era realismo e responsabilidade, a técnica não era prática, o altruísmo implantava a mais-valia etc”<sup>359</sup>.

Essa plataforma política que aposta na divisão no lugar do consenso e explora o preconceito em vez de combatê-lo, finda por agravar a intolerância, que é crescente no Brasil e no mundo. No campo político, a intolerância consiste na tentativa de apagar ou não admitir pontos de vista diferentes daqueles do próprio indivíduo, enquanto a intolerância na esfera social se caracteriza pela falta de habilidade ou disposição em respeitar as diferenças de toda ordem entre as pessoas. Para Schwarcz, “racismo, misoginia, antissemitismo, homofobia, pragmatismo religioso ou político, horror aos estrangeiros, são formas conhecidas de intolerância social”<sup>360</sup>. No Brasil contemporâneo, onde crescem exaltações de orgulho de manifestações de intolerância, antes furtivas, “a despeito do bom funcionamento formal das instituições da República brasileira, ainda nos faz falta uma cultura política verdadeiramente democrática, que pudesse amparar esse tipo de tensão e transformá-la em políticas públicas”<sup>361</sup>.

Ratifica-se o argumento de uma aposta puramente normativa não dá conta de enfrentar efetivamente o problema, uma vez que, conforme evidenciou Oliveira Viana, não há como subsistirem princípios liberais em uma sociedade que não é liberal. É imprescindível que as instituições sejam dotadas de mecanismos suficientes e necessários que promovam uma política democrática capaz de confrontar a escalada da intolerância no campo social e político.

Desde as manifestações de 2013, ingressou na cena política o que parece ser o principal componente eleitoral e até então aparentemente com menor relevância, que foi o sentimento de aversão ao tudo associado ao *establishment* e que tem persistido sob a forma de diversos discursos de combate à corrupção, entre várias demandas legítimas da sociedade que ecoaram e ecoam nesse movimento. Lilian Schwarcz adverte que outros sentimentos de aversão também são importantes e deveriam ser incorporados nessa agenda, como a aversão “aos racismos, aos feminicídios, aos crimes de gênero, ou à ditadura militar, que suprimiu os direitos dos brasileiros”. O problema é que até então a insatisfação está aprisionada a um ciclo autoritário que apenas canaliza a insatisfação para o outro.

---

<sup>359</sup> SCHWARZ, Roberto. **Ao vencedor as batatas**. Forma literária e processo social nos inícios do romance brasileiro. 4. ed. São Paulo: Livraria Duas Cidades, 1992, p. 15.

<sup>360</sup> *Ibidem*, p. 214.

<sup>361</sup> *Ibidem*, p. 215.

Mais do que nunca, na experiência constitucional pós 88 há uma conflagração social aprisionada pela lógica da polaridade e da divisão que a atual Constituição da República não parece haver antecipado para preparar a sociedade e as instituições para enfrentá-la. Ainda assim, existem episódios importantes na histórica constitucional sintomáticos que servem de parâmetro de estudo na resposta institucional a manifestações de intolerância.

### 2.2.3 O julgamento de Siegfried Ellwanger pelo Supremo Tribunal Federal

No passado recente, o Supremo Tribunal Federal foi instado a decidir sobre uma matéria que ganhou ampla repercussão no país, que dizia respeito ao *habeas corpus* impetrado em favor de Siegfried Ellwanger contra decisão do Superior Tribunal de Justiça, que havia confirmado a condenação do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, em outubro de 1966, por incitação à discriminação contra judeus, segundo disposto no art. 20, “*caput*”, da Lei n. 7.716/90, com redação dada pela Lei n. 8.081/90, que tipifica a seguinte conduta: “Praticar, induzir ou incitar, pelos meios de comunicação social ou por publicação de qualquer natureza, a discriminação ou preconceito de raça, por religião, etnia ou procedência nacional”. O *habeas corpus* não questionava o acerto ou desacerto da condenação, mas apenas restringia-se a discutir a incidência da cláusula de imprescritibilidade contra os crimes de racismo prevista no art. 5º, XLII<sup>362</sup>, da Constituição Federal.

A tese veiculada no HC defendia que a condenação suportada pelo paciente não se fundamentava em crime de racismo, na medida o povo judeu não constitui uma raça, logo não haveria a prática de racismo e sua consequente imprescritibilidade. Estava em discussão, portanto, como aspecto central do julgamento, definir o alcance da expressão “racismo” e sua proteção pela Constituição Brasileira, especificamente quanto à sua imprescritibilidade, assim como um aparente confronto entre a liberdade de expressão e a dignidade da pessoa humana.

---

<sup>362</sup> Art. 5º (...) XLII - a prática do racismo constitui crime inafiançável e imprescritível, sujeito à pena de reclusão, nos termos da lei;

Siegfried Ellwanger foi denunciado por ter, na qualidade de escritório e sócio da empresa “Revisão Editora Ltda.,” editado, distribuído e vendido ao público obras antisemitas de sua autoria (“Holocausto Judeu ou Alemão? – Nos bastidores da Mentira do Século”) e da autoria de autores nacionais e estrangeiros (“*O Judeu Internacional*” de Henry Ford; “*A História Secreta do Brasil*”, “*Brasil Colônia de Banqueiros*” e “*Os Protocolos dos Sábios de Sião*”, de autoria de Gustavo Barroso; “*Hitler – Culpado ou Inocente?*”, de Sérgio de Oliveira; e “*Os conquistadores do Mundo – os verdadeiros criminosos de guerra*”, de Louis Marschalko). Assim, pelo teor das publicações abordarem e sustentarem mensagens antisemitas, racistas e discriminatórias, a denúncia perseguia sua condenação por “incitar e induzir a discriminação racial, semeando em seus leitores sentimentos de ódio, desprezo e preconceito contra o povo de origem judaica”.

O conteúdo das obras, em geral, dissimula um viés revisionista, mas na verdade buscavam essencialmente questionar a existência do holocausto judeu durante a Segunda Guerra Mundial e suscitar que diversos males da sociedade mundial eram culpa dos hebreus. Explica-se que até mesmo o genocídio de 6 milhões de judeus em campos de concentrações é uma farsa e seria uma estratégia para chantagear o resto da humanidade para assegurar sua hegemonia. Nesse aspecto, seria examinado pela Corte se o falseamento da verdade, de fatos historicamente incontroversos, para reacender a chama do ideal nazista seria suficiente para configurar incitação à discriminação racial contra o povo judeu, ou se a proteção constitucional à liberdade de expressão albergaria sua conduta.

A sessão de julgamento do HC se iniciou com o voto do Relator, Ministro Moreira Alves, em 12 de dezembro de 2002, e foi concluída somente em 17 de setembro de 2003, após consecutivos pedidos de vistas e divergências entre os membros da Corte. Finalmente, por maioria, o Supremo Tribunal Federal indeferiu o *Habeas Corpus*, vencidos o Relator e o Ministro Marco Aurélio, que concediam a ordem para reconhecer a prescrição da pretensão punitiva do delito, e o Ministro Carlos Britto, que a concedia de ofício para absolver o paciente por atipicidade da conduta. Redigiu o acórdão o então Presidente do STF, Ministro Maurício Correia, cujas premissas fundamentais do julgamento foram assim ementadas:

HABEAS-CORPUS. PUBLICAÇÃO DE LIVROS: ANTI-SEMITISMO. RACISMO. CRIME IMPRESCRITÍVEL. CONCEITUAÇÃO. ABRANGÊNCIA CONSTITUCIONAL. LIBERDADE DE EXPRESSÃO. LIMITES. ORDEM DENEGADA. 1. Escrever, editar,

divulgar e comercializar livros "fazendo apologia de idéias preconceituosas e discriminatórias" contra a comunidade judaica (Lei 7716/89, artigo 20, na redação dada pela Lei 8081/90) constitui crime de racismo sujeito às cláusulas de inafiançabilidade e imprescritibilidade (CF, artigo 5º, XLII).

2. Aplicação do princípio da prescritibilidade geral dos crimes: se os judeus não são uma raça, segue-se que contra eles não pode haver discriminação capaz de ensejar a exceção constitucional de imprescritibilidade. Inconsistência da premissa. 3. Raça humana. Subdivisão. Inexistência. Com a definição e o mapeamento do genoma humano, cientificamente não existem distinções entre os homens, seja pela segmentação da pele, formato dos olhos, altura, pêlos ou por quaisquer outras características físicas, visto que todos se qualificam como espécie humana. Não há diferenças biológicas entre os seres humanos. Na essência são todos iguais. 4. Raça e racismo. A divisão dos seres humanos em raças resulta de um processo de conteúdo meramente político-social. Desse pressuposto origina-se o racismo que, por sua vez, gera a discriminação e o preconceito segregacionista. 5. Fundamento do núcleo do pensamento do nacional-socialismo de que os judeus e os arianos formam raças distintas. Os primeiros seriam raça inferior, nefasta e infecta, características suficientes para justificar a segregação e o extermínio: inconciliabilidade com os padrões éticos e morais definidos na Carta Política do Brasil e do mundo contemporâneo, sob os quais se ergue e se harmoniza o estado democrático. Estigmas que por si só evidenciam crime de racismo. Concepção atentatória dos princípios nos quais se erige e se organiza a sociedade humana, baseada na respeitabilidade e dignidade do ser humano e de sua pacífica convivência no meio social. Condutas e evocações aéticas e imorais que implicam repulsiva ação estatal por se revestirem de densa intolerabilidade, de sorte a afrontar o ordenamento infraconstitucional e constitucional do País. 6. Adesão do Brasil a tratados e acordos multilaterais, que energicamente repudiam quaisquer discriminações raciais, aí compreendidas as distinções entre os homens por restrições ou preferências oriundas de raça, cor, credo, descendência ou origem nacional ou étnica, inspiradas na pretensa superioridade de um povo sobre outro, de que são exemplos a xenofobia, "negrofobia", "islamafobia" e o anti-semitismo. 7. A Constituição Federal de 1988 impôs aos agentes de delitos dessa natureza, pela gravidade e repulsividade da ofensa, a cláusula de imprescritibilidade, para que fique, ad perpetuum rei memoriam, verberado o repúdio e a abjeção da sociedade nacional à sua prática. 8. Racismo. Abrangência. Compatibilização dos conceitos etimológicos, etnológicos, sociológicos, antropológicos ou biológicos, de modo a construir a definição jurídico-constitucional do termo. Interpretação teleológica e sistêmica da Constituição Federal, conjugando fatores e circunstâncias históricas, políticas e sociais que regeram sua formação e aplicação, a fim de obter-se o real sentido e alcance da norma. 9. Direito comparado. A exemplo do Brasil as legislações de países organizados sob a égide do estado moderno de direito democrático igualmente adotam em seu ordenamento legal punições para delitos que estimulem e propaguem segregação racial. Manifestações da Suprema Corte Norte-Americana, da Câmara dos Lordes da Inglaterra e da Corte de Apelação da Califórnia nos Estados Unidos que consagraram entendimento que aplicam sanções àqueles que transgridem as regras de boa convivência social com grupos humanos que simbolizem a prática de racismo. 10. A edição e publicação de obras escritas veiculando idéias anti-semitas, que buscam resgatar e dar credibilidade à concepção racial definida pelo regime nazista, negadoras e subversoras de fatos históricos incontroversos como o holocausto, consubstanciadas na pretensa inferioridade e desqualificação do povo judeu, equivalem à incitação ao discrimen com acentuado conteúdo



racista, reforçadas pelas conseqüências históricas dos atos em que se baseiam. 11. Explícita conduta do agente responsável pelo agravo revelador de manifesto dolo, baseada na equivocada premissa de que os judeus não só são uma raça, mas, mais do que isso, um segmento racial atávica e geneticamente menor e pernicioso. 12. Discriminação que, no caso, se evidencia como deliberada e dirigida especificamente aos judeus, que configura ato ilícito de prática de racismo, com as conseqüências gravosas que o acompanham. 13. Liberdade de expressão. Garantia constitucional que não se tem como absoluta. Limites morais e jurídicos. O direito à livre expressão não pode abrigar, em sua abrangência, manifestações de conteúdo imoral que implicam ilicitude penal. 14. As liberdades públicas não são incondicionais, por isso devem ser exercidas de maneira harmônica, observados os limites definidos na própria Constituição Federal (CF, artigo 5º, § 2º, primeira parte). O preceito fundamental de liberdade de expressão não consagra o "direito à incitação ao racismo", dado que um direito individual não pode constituir-se em salvaguarda de condutas ilícitas, como sucede com os delitos contra a honra. Prevalência dos princípios da dignidade da pessoa humana e da igualdade jurídica. 15. "Existe um nexo estreito entre a imprescritibilidade, este tempo jurídico que se escoia sem encontrar termo, e a memória, apelo do passado à disposição dos vivos, triunfo da lembrança sobre o esquecimento". No estado de direito democrático devem ser intransigentemente respeitados os princípios que garantem a prevalência dos direitos humanos. Jamais podem se apagar da memória dos povos que se pretendam justos os atos repulsivos do passado que permitiram e incentivaram o ódio entre iguais por motivos raciais de torpeza inominável. 16. A ausência de prescrição nos crimes de racismo justifica-se como alerta grave para as gerações de hoje e de amanhã, para que se impeça a reinstauração de velhos e ultrapassados conceitos que a consciência jurídica e histórica não mais admitem. Ordem denegada. (STF. HC n. 82.424/RS, Rel. Min. Moreira Alves. DJe 19/03/2004).

A profundidade e magnitude da decisão impõe a transcrição integral da ementa a fim de salientar os principais fundamentos do acórdão, que percorreu parecer de autoria de Celso Lafer, na condição de *amicus curie*, a partir do qual os Ministros extraíram argumentos tanto para fundamentar quanto para divergir de suas conclusões, que, ao final, foram endossadas pela maioria dos membros do Supremo Tribunal Federal. O histórico julgamento que até hoje desperta reflexões consignou como ponto de partida, na tese vencedora, a superação de um conceito de raça puramente biológico, visto que, com base nas pesquisas do genoma humano, apenas é possível em falar na existência de uma raça: a humana.

Não seria necessário, portanto, discutir se ser judeu é ou não uma característica associada à raça, que historicamente se correlacionava com a geografia mundial, em que brancos seriam provenientes da Europa, negros da África e amarelos da Ásia. Contudo, atualmente cientistas confirmam que não existe base genética para o conceito de raça, pois se estima que apenas 0,1% do genoma seja responsável pela individualidade de cada ser

humano. Quanto a isso, lançou Celso Lafer em parecer que “verifica-se que de 90 a 95% dela ocorre dentro dos chamados ‘grupos raciais’, não entre eles”<sup>363</sup>. Confirmada a unidade do gênero humano sob o ponto de vista genético, somente se manifesta o racismo enquanto fenômeno social e político. Caso contrário, o conteúdo da proteção do art. 5º, XLII, da Carta da República estaria completamente esvaziado, uma vez que, não só judeus, mas negros, índios, ciganos ou qualquer grupo étnico não formam cientificamente uma raça. Essa é uma das conclusões sugeridas no parecer de Celso Lafer:

Neste sentido é essa a quarta conclusão deste parecer: discutir o crime da prática do racismo a partir do termo raça nos termos dos argumentos apresentados no HC 82424- 2 em favor de Siegfried Ellwanger é uma maneira de reduzir e, no limite, esvaziar completamente o conteúdo jurídico do preceito constitucional consagrado pelo art. 5º, LXII, devidamente disciplinado pela legislação infraconstitucional, convertendo-o em crime impossível. O art. 5º, LXII, não menciona raça e o conteúdo jurídico do crime da prática do racismo reside nas teorias e preconceitos que discriminam grupos e pessoas a eles atribuindo características de uma “raça”<sup>364</sup>.

Essa compreensão vai na direção do que afirma Lilian Schwarcz, contraditoriamente citada na tese do habeas corpus para sustentar a exclusão de judeus do conceito de raça, quando afirma que “hoje em dia as teorias raciais saíram de voga, se o conceito biológico de raça é entendido como falacioso e totalmente equivocado em suas decorrências morais, ainda utilizamos a noção de ‘raça social’”<sup>365</sup>. O Ministro Maurício Correia, na mesma perspectiva, assentou que “a divisão dos seres humanos em raças decorre de um processo político-social originado da intolerância entre os homens”<sup>366</sup>. Daí por que se agrava a odiosa manifestação de preconceito em face da comprovação científica da igualdade humana.

Sem retomar a já examinada reprovabilidade da doutrina do nacional socialismo alemão, ainda seria possível falar em racismo contra os judeus, mesmo não se considerando raça, o pensamento nazista enaltecia a superioridade da raça ariana e apregoava a construção de uma comunidade do povo definida em termos étnicos (*Volksgemeinschaft*), que até hoje ecoa em partidos descendentes do nazismo, como ficou

---

<sup>363</sup> LAFER, C. Parecer. **O caso Ellwanger: Anti-semitismo como crime da prática do racismo**. (Estudos em homenagem a Anna Maria Villela). Revista de Informação Legislativa, v. 162, 2004, p. 69.

<sup>364</sup> LAFER, C. Parecer. **O caso Ellwanger: Anti-semitismo como crime da prática do racismo**. Op. cit., p. 64.

<sup>365</sup> <sup>365</sup> SCHWARCZ, Lilia Moritz. **Sobre o autoritarismo brasileiro**. Op. Cit., p. 32.

<sup>366</sup> STF. HC n. 82.424/RS, Rel. Min. Moreira Alves. DJe 19/03/2004, p. 560.

evidente na recente decisão do Tribunal Constitucional Federal alemão sobre o Partido Nacional Democrático da Alemanha (*Nationaldemokratische Partei Deutschlands*). Assim, a definição do racismo sob a vertente jurídica o que importa é que quem pratica o preconceito vislumbre o discriminado como raça e promova sua segregação.

No parecer de Celso Lafer, dois precedentes internacionais foram indicados e serviram como paradigma de Direito Comparado para a decisão do Supremo Tribunal Federal, procedentes da Suprema Corte dos Estados Unidos e da Câmara dos Lordes na Inglaterra. No caso estadunidense, foi movida ação pela Congregação Shaare Tefila em Silver Spring, Maryland, contra os responsáveis por a haver grafitado com tinta vermelha e preta slogans antissemitas, frases e símbolos, com base na legislação norteamericana de 1982, que se destinava a combater a discriminação racial, ao passo que foi argumentado na defesa a mesma circunstância de que os judeus, por não serem um grupo racial distinto dos acusados, não seriam protegidos pela referida legislação.

Depois de a tese da defesa haver sido acolhida pela primeira e segunda instâncias, a Suprema Corte reformou a decisão em 18 de maio de 1987, reconhecendo que apesar de os judeus poderem ser associados à raça caucasiana, a proteção legal atingia pessoas submetidas à discriminação intencional apenas em função de sua origem a características típicas, incluindo-se, por exemplo, judeus e árabes. Celso Lafer ressalta que “a decisão da Suprema Corte dos EUA procurou dar – e deu – o maior e não o menor conteúdo jurídico ao valor tutelado – a dignidade da pessoa humana e a repressão à prática do racismo”<sup>367</sup>, orientação que a maioria do Supremo Tribunal Federal brasileiro aderiu no julgamento de Siegfried Ellwanger.

Em 1983, a Câmara dos Lordes da Inglaterra, que até então cumulava algumas funções judiciais, apreciou o caso *Mandla and anoter vs Dowell Lee and anoter*, que tratava da discriminação de um jovem sikh (seguidor da religião siquista, que resulta do sincretismo do hinduísmo e do islamismo), haja vista a proibição da escola quanto ao uso do tradicional turbante. O pai do aluno demandou o responsável pela escola, alegando que a conduta era discriminatória à luz da lei inglesa de 1976.

Assim como se formulou a tese sustentada pelo acusado perante o Supremo Tribunal Federal, o voto do Lord Fraser of Tullybelton, equiparadamente à figura do Relator, analisou as alegações da defesa da escola quanto à não incidência da lei de 1976,

---

<sup>367</sup> LAFER, C. Parecer. **O caso Ellwanger...** Op. Cit., p. 65.

que sustentavam serem os sikhs um grupo essencialmente religioso, que compartilha suas características raciais com outros grupos religiosos, incluindo hindus e muçulmanos. Entretanto, Lord Fraser estendeu o sentido da discriminação, de uma interpretação estritamente biológica, para uma perspectiva histórica e cultural do grupo discriminado:

Eu reconheço que 'étnica' abrange um aspecto de raça, mas isso não pode, em minha opinião, ser aplicado na Lei de 1976 em um sentido estritamente racial ou biológico. Por um lado, seria absurdo supor que o Parlamento houvesse buscado que membros de um grupo racial particular dependesse de comprovação científica que uma pessoa possui relevantes características biológicas distintivas (supondo que tais características existem). A dificuldade prática de tal prova seria proibitiva e está claro que o Parlamento deve ter usado a palavra em sentido popular. De outro lado, o mais breve olhar sobre a evidência nesse caso é suficiente para mostrar que, dentro da raça humana, existem muito poucas, se é que existe alguma, distinções que são cientificamente reconhecidas como raça<sup>368</sup>.

A Câmara dos Lordes, que acompanhou o voto de Lord Fraser, antecipou, assim, o que demonstraria as pesquisas posteriores do genoma humano quando à inexistência científica de raças, para firmar a proibição do uso de turbante pelo jovem na escolar como discriminatória nos termos *da Lei de Relações Raciais*. A dimensão histórica e cultural do vocábulo raça também foi passível de ser enquadrada como prática discriminatória na experiência inglesa que enfrentou a matéria.

Curiosamente, no Supremo Tribunal Federal também se investigou o que seria a vontade do legislador quando da promulgação da cláusula de imprescritibilidade dos crimes de racismo, advinda da Emenda Aditiva 645, de autoria do deputado federal do Partido Democrático Trabalhista – PDT do Rio de Janeiro, Carlos Alberto de Oliveira, uma vez que a principal inspiração da emenda seria discriminação racial contra os negros. A despeito disso, o Ministro Maurício Corrêa considerou que os termos plurais da justificativa apresentada não afastariam sua aplicação contra outras práticas de racismo, tanto que recebeu a adesão de 521 votos, apenas 1 abstenção e 3 votos contrários, incluído o voto a favor do próprio Ministro, que na época era constituinte.

Adjacente ao debate em que a maioria consentiu pela existência de uma única raça de *homo sapiens*, a humana, traduzindo grande conquista civilizatória, foi igualmente discutido pela Corte a extensão da liberdade de expressão no caso concreto. Como o voto do Relator concedia a ordem com base na tese de que judeus não seriam uma raça, não foi

---

<sup>368</sup> *Ibidem*, p. 66.

abordada a problemática em sua decisão. A divergência inaugurada pelo Ministro Maurício Corrêa trouxe reflexões sobre o assunto, apesar de não ser fundamento do HC, ao argumentar que “a previsão da liberdade de expressão não assegura ‘o direito à incitação ao racismo’, até porque um direito individual não pode servir de salvaguarda para condutas ilícitas”<sup>369</sup>. Sob pena de se ameaçar a cidadania, dignidade, tratamento igualitário e até a própria vida do grupo discriminado, devem ser coibidos “de forma veemente atos dessa natureza”<sup>370</sup>, visto que, uma vez executadas, a disseminação de tais ideias “constituirão risco para a pacífica convivência dos judeus no país”<sup>371</sup>.

Essa visão do assunto vai na direção contrária do que decidiu o Tribunal Constitucional Federal alemão no julgamento do Partido Nacional Democrático da Alemanha. Conforme evidenciado, a Corte alemã decidiu que, ainda que o partido político propague abertamente a superioridade étnica de um povo e defenda a fundação de um Estado nacional autoritário, na qualidade de descendente do Partido Nacional Socialista, não haveria incompatibilidade com a ordem fundamental livre e democrática da República da Alemanha, a não ser que houvesse um risco específico e concreto de que seus atos possam ser levados a efeito. Por outro lado, acertadamente, o Ministro Maurício Corrêa, consciente do custo da implementação de doutrinas de ódio para a sociedade, situou como incompatível com o regime democrático a mera conduta de incitação ao racismo, independentemente de suas consequências prática na ordem social.

A particular importância da imprescritibilidade nos delitos de racismo se explica pela necessidade de que a discriminação não se apague da memória do povo, representando uma permanente lembrança do passado sobre o presente. É uma ferramenta jurídica, portanto, que impede que se reinaugurem ultrapassadas ideologias e teses inconciliáveis com os princípios democráticos. Por isso, adverte o Ministro sobre o perigo em face da inércia das instituições que deveriam ter agido para se insurgir contra o que viriam ser as grandes catástrofes mundiais e quando despertaram de seu dever cívico já era tarde demais. Sua pertinente e fundamentada preocupação é ilustrada pela citação do famoso poema de Eduardo Alves da Costa, “*No caminho com Maiakovski*”, cuja relevância impõe sua transcrição:

---

<sup>369</sup> *STF, HC, op. cit.*, p. 584.

<sup>370</sup> *Ibidem*, p. 585.

<sup>371</sup> *Ibidem*, p. 585.

Tu sabes,  
Conheces melhor que eu  
A velha história.  
Na primeira noite eles se aproximam  
E roubam uma flor  
Do nosso jardim.  
E não dizemos nada.  
Na segunda noite, já não se escondem:  
Pisam as flores, matam nosso cão,  
E não dizemos nada.  
Até que um dia,  
O mais frágil deles  
Entra sozinho em nossa casa,  
Rouba-nos a luz, e,  
Conhecendo nossos medos,  
Arranca-nos a voz da garganta.  
E já não podemos dizer nada.<sup>372</sup>

A lírica passagem do voto é precisa no diagnóstico da forma de destruir a sociedade em que opera o preconceito racial, em todas suas vertentes, diante da apatia e complacência com sua convivência na sociedade. Se desde o princípio a intransigência contra sua prática não for firmemente assentada e percebida como um ataque a toda a sociedade, a sua disseminação paralisa tudo e a todos até que não existam mais mecanismos institucionais de defesa para conter a ameaça da intolerância. O Ministro Celso de Mello, que acompanhou o voto do Ministro Maurício Corrêa, expressou igual preocupação com uma possível tolerância com a práticas racistas, na medida em que acolher a tese do *habeas corpus* importaria “tornar perigosamente menos intensa e socialmente mais frágil a proteção jurídica que o ordenamento dispensa, no plano nacional e internacional, aos grupos minoritários, especialmente àqueles que se expõem a uma situação de maior vulnerabilidade”<sup>373</sup>.

Quanto ao alcance da tutela da liberdade de expressão no que toca às publicações, objeto da condenação penal, endossou o Ministro Celso de Mello a perspectiva de que foram ultrapassados os limites da indagação científica e da pesquisa histórica, “degradando-se ao nível primário do insulto, da ofensa e, sobretudo, do estímulo à intolerância e ao ódio público pelos judeus”<sup>374</sup>, motivo pelo qual não estão abrangidas pela proteção constitucional, que não compreende manifestações revestidas de ilicitude penal. Não haveria assim sequer conflito, uma vez que a Constituição da República condicionou o

---

<sup>372</sup> *Ibidem*, pp. 586-587.

<sup>373</sup> *Ibidem*, p. 633.

<sup>374</sup> *Ibidem*, p. 628.

exercício da liberdade de pensamento à incolumidade dos direitos de personalidade, especialmente a dignidade humana, da qual decorre a repulsa a comportamentos abusivos impulsionados por motivações racistas, orientadas pelo núcleo do tipo penal que criminaliza a “incitação”, em suas amplas acepções.

O Ministro Gilmar Mendes, por sua vez, dedicou um capítulo de sua decisão ao tema “*O racismo e a liberdade de expressão e de opinião*”<sup>375</sup>, para articular a conformação jurídica entre os conceitos. Partindo da preocupação contemporânea com a doutrina do “*hate speech*”, o discurso de ódio não se restringe a questões raciais e, se levado a efeito pelo exercício da liberdade de expressão, ameaça ruir um dos pilares do sistema democrático, fundado na concepção de igualdade.

Admitindo como indiscutível que um livro possa ser instrumento da prática do crime do art. 20, “*caput*”, da Lei n. 7.716/89, como já decidiram as Cortes europeias quanto à criminalização do “*Holocaust Denial*”, o Ministro Gilmar Mendes propôs a aplicação do juízo de proporcionalidade, com amparo na teoria de Robert Alexy, em suas três acepções: adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito. Concluiu, afinal, que “é evidente a adequação da condenação do paciente para se alcançar o fim almejado, qual seja, a salvaguarda de uma sociedade pluralista, onde reine a tolerância”<sup>376</sup>, em defesa do fundamento da República da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, CF), do pluralismo político (art. 1º, V, CF), o princípio de repúdio ao terrorismo e ao racismo que rege o Brasil em suas relações internacionais (art. 4º, VIII, CF) e a cláusula constitucional da imprescritibilidade dos delito de racismo (art. 5º, XLII, CF). Considerando a dosagem da pena imputada pelo Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul e a ausência de outro meio menos gravoso e igualmente eficaz, a decisão condenatória também atende ao postulado da necessidade e, por fim, observa ao requisito da proporcionalidade em sentido estrito, porquanto a proteção conferida à liberdade de expressão não alcança a intolerância racial e o estímulo à violência, que justifica o ônus restritivo imposto à liberdade de pensamento.

Sem prejuízo de outras contribuições dos Ministros que se filiaram à tese vencedora e às premissas até aqui exploradas, além de situar e analisar criticamente os votos que formaram a maioria do Supremo Tribunal Federal e sua consonância com as ideias ora

---

<sup>375</sup>*Ibidem*, p. 649.

<sup>376</sup>*Ibidem*, p. 659.

argumentadas neste trabalho, tão ou mais importante é examinar os votos que foram vencidos, porque neles reside a subsistência de uma perigosa perspectiva jurídica que habita a mais importante instituição brasileira encarregada da defesa da Constituição e de seus pilares. Ainda que prevalecendo na ocasião uma interpretação extensiva do racismo para fins de imprescritibilidade da incitação à violência contra o povo judeu, revelou-se que ainda não se afigura consenso no pensamento jurídico quanto à disciplina jurídica da intolerância na sociedade brasileira e sua complicada relação com a liberdade de expressão.

Uma vez que o voto do Relator, Ministro Moreira Alves, foi mais sintético e concedeu a ordem do *habeas corpus* com fundamento apenas no fato de judeus não constituírem uma raça, logo não incidiria a imprescritibilidade constitucional dos delitos de racismo, coube aos Ministros Carlos Britto (781) e Marco Aurélio (857), que seguiram o Relator, formularem raciocínios mais sensíveis ao deslinde da controvérsia. Inicialmente, o Ministro Carlos Britto suscitou uma questão de ordem para conceder a ordem do *habeas corpus* de ofício, visto que não estava comprovado no processo criminal que as publicações objeto do crime de racismo se deram antes do advento da Lei n. 8.081/90, que alterou a redação do art. 20, caput, da Lei n. 7.716/89, vigente à época do julgamento.

No mérito, perscrutando o teor da publicação do livro “*Holocausto Judeu ou Alemão? Nos bastidores da mentira do século*”, de autoria do acusado, o ministro ressalta que a perspectiva que Siegfried propõe sobre sua própria obra se constitui como “pesquisa histórica”, não obstante remeta a uma conversa em um café com um judeu na Alemanha<sup>377</sup> como fonte de sua pesquisa histórica. Ainda assim, espantosamente o Ministro Carlos Brito assevera que “o autor-paciente se dispõe a fazer obra de Ciência (como sucede com toda e séria investigação da História). Para cimentar uma opinião que soa aos ouvidos do leitor como uma convicção político-ideológica”<sup>378</sup>. Dessa forma, o autor pretendia exercer sua liberdade de produção intelectual, científica e de comunicação, com uma determinada convicção política, o que o situaria no suposto campo do livre debate de ideias.

Na visão do Ministro Carlos Britto, ainda que se desgoste da obra e se discorde de suas ideias, como alega haver sido o seu caso, não seria possível desqualificá-la em sua perspectiva revisionista e quanto à consistência da metodologia empregada, pois a ninguém

---

<sup>377</sup> CASTAN, S. E. **Holocausto: Judeu ou alemão? Nos bastidores da mentira do século**. Porto Alegre: Revisão Editora Ltda, 1987, p. 19.

<sup>378</sup> STF, HC, *op. cit.*, p. 838.



seria dado monopolizar a interpretação de fatos históricos. Todos seriam livres para se posicionar sobre determinados pontos de vista sobre os episódios e personagens da Segunda Guerra Mundial, desde que, a pretexto de escrever um livro, não se publique panfletos despidos de qualquer perspectiva científica, o que compreende não haver se dado na obra de Siegfried Ellwanger.

Por isso, afirma não ser possível “(...) negar a ele, paciente, o que é próprio dos estudiosos: a objetiva análise de fatos, ações, eventos e personalidades”<sup>379</sup>. Contraditoriamente, apesar de adjetivar como “objetiva” a análise dos fatos na obra do acusado, o Ministro Carlos Britto admite que “o que se pode acusar o autor-paciente é de sobrepor sua ideia fixa de revisão da História à neutralidade que se exige de todo pesquisador”<sup>380</sup>. Não parece em absoluto conciliável uma análise objetiva, que merece a distinta qualidade de acadêmica, com o compromisso prévio de disseminar determinada ideologia. Dispensa-se explicações de ordem epistemológica para demonstrar a incompatibilidade com o espírito científico a inexistência de uma abertura intelectual para sujeitar ao crivo da realidade as hipóteses do pesquisador. Esse requisito, que não é de menor importância, pelo contrário, é o que vai diferenciar o conhecimento científico de os outros produções do intelecto.

É reconhecido que o autor não conseguiria se apegar ou se circunscrever à imperiosa neutralidade da pesquisa acadêmica, “por já se encontrar profundamente marcado por essa deformação conceptual que timbra o pensamento de todo aquele que se aferra a uma determinada ideologia”<sup>381</sup>. No entanto, para o Ministro Carlos Britto, “não é crime tecer uma ideologia”<sup>382</sup>, que, na sua ótica, ainda que rechace cegueiras ideológicas, compreende que essa modalidade de convicção e militância seria respaldada pelo pluralismo político, fundamento da República brasileira. Em conclusão, votou pelo deferimento do *habeas corpus* diante de conduta penalmente atípica, visto que a Constituição impediria restrição de direitos por motivo de orientações políticas ou filosóficas, conforme art. 5º, VIII<sup>383</sup>.

---

<sup>379</sup> *Ibidem*, p. 840.

<sup>380</sup> *Ibidem*, p. 841.

<sup>381</sup> *Ibidem*, p. 841.

<sup>382</sup> *Ibidem*, p. 841.

<sup>383</sup> “Art. 5º (...) - VIII - ninguém será privado de direitos por motivo de crença religiosa ou de convicção filosófica ou política, salvo se as invocar para eximir-se de obrigação legal a todos imposta e recusar-se a cumprir prestação alternativa, fixada em lei;”.

Por sua vez, o Ministro Marco Aurélio, depois de aprofundar a trajetória histórica e a fundamentalidade do princípio da liberdade de expressão, citou a controvérsia nos seguintes termos: “o paciente, por meio do livro, instigou ou incitou a prática do racismo? Existem dados concretos que demonstrem, com segurança, esse alcance? A resposta, para mim, é desenganadamente negativa”<sup>384</sup>. Há uma negação da existência da incitação ao racismo na obra do acusado e uma permissividade semelhante àquela perfilhada pelo Tribunal Constitucional Federal alemão no julgamento do registro do Partido Nacional Democrático, na medida em que o Ministro argumenta que o “fato de alguém escrever um livro e outros concordarem com as ideias ali expostas não quer dizer que isso irá causar uma revolução nacional”<sup>385</sup>, até porque desconfia dos hábitos de leitura do brasileiro médio.

Mais uma vez, na História, estipula-se à possibilidade de um potencial resultado concreto deletério à sociedade (“revolução nacional”) como condição para coibir a manifestação de ideias repulsivas, cujo desacerto já foi demonstrado. Segundo o Ministro Marco Aurélio, somente seria possível a atuação estatal “quando a divulgação da ideia ocorra de maneira violenta ou com mínimo risco de se propagar e de se transformar em pensamento disseminado na sociedade”<sup>386</sup>. Surgem dessa ordem de ideias as mesmas dificuldades conceituais da decisão do Tribunal Constitucional Federal alemão para que o Poder Judiciário brasileiro, com base na perspectiva do Ministro Marco Aurélio, defina quando estão presentes os “mínimos riscos” de determinando pensamento se propagar e, além disso, quando é possível atestar que ele está disseminado na sociedade.

É evidente que essa tentativa de avaliação, a ser aferida em determinado caso concreto, enfrenta dificuldades pela subjetividade e vagueza dos critérios propostos, bem como retoma paradoxo de esperar determinada ideologia destrutiva do Estado democrático se tornar suficientemente perigosa para que este ameaçado Estado democrático intervenha para coibir o comportamento.

Ainda segundo o Ministro Marco Aurélio, seria requisito para caracterizar a publicação da obra como delituosa a existência de um ambiente em que a comunidade política disponha de condições sociais, econômicas, políticas e culturais, onde o incentivo à violência possa aflorar, o que não se constata no caso da população brasileira em relação

---

<sup>384</sup> *STF, HC, op. cit.*, p. 887.

<sup>385</sup> *Ibidem*, p. 888.

<sup>386</sup> *Ibidem*, p. 888.

à comunidade judaica. Aqui, não haveria a predisposição histórica necessária para que “um livro de cunho preconceituoso contra o povo judeu verdadeiro perigo atentatório à dignidade dessa comunidade”<sup>387</sup>, diferentemente do que sucede na Alemanha, onde seria justificada maior restrição à liberdade de pensamento sobre esse tema. Independentemente da discussão que possa existir ou não sobre episódios de hostilidade aos judeus no passado brasileiro, pontuais ou habituais, a ponto de considerar um comportamento histórico ou estrutural, conforme evidenciou Celso Lafer no parecer lançado nos autos, a principal fragilidade da interpretação é admitir a dependência da condições potencialmente destrutivas da sociedade como requisito para a intervenção judicial, que nada se confunde ou se assemelha à censura<sup>388</sup>.

Nesse ponto, adverte o Ministro Marco Aurélio sobre o possível risco de serem banidas obras históricas manifestamente preconceituosas até hoje em circulação, caso prevalecesse a ideia majoritária do Supremo Tribunal Federal. É certo que o próprio tempo demonstrou que da data da conclusão do julgamento, em 17 de setembro de 2013, até o ano de 2019, não se tem notícia da apreensão ou banimento de qualquer livro considerado discriminatório, ou por qualquer outro motivo, por determinação judicial. O entendimento da maioria do STF não transforma o Poder Judiciário em censor, na medida em que a reparação judicial abrange tão somente a responsabilidade civil, criminal e o direito de resposta, descartada qualquer possibilidade de censura prévia ou proibição de circulação de obras, o que, por outro lado, é certo não ser suficiente como estrutura jurídica que estimule a emancipação dos grupos socialmente minoritários e a afirmação de sua plena dignidade.

Finalmente, expressa o Ministro Marco Aurélio sua plena consciência quanto ao sofrimento vivenciado pelos judeus em campos de concentração, as humilhações suportadas e a quantidade de vidas assassinadas pela fúria irracional de Hitler com base em uma distorcida doutrina de superioridade étnica. Todavia, rememora que não estão em julgamento os campos de extermínio ou a doutrina nazista no objeto do *habeas corpus*, mas “a possibilidade de o paciente manifestar o ponto de vista próprio e alheio por meio de

---

<sup>387</sup>*Ibidem*, p. 893.

<sup>388</sup> “O preconceito racial em relação aos judeus, baseado na ‘impureza de sangue’, persistiu na memória da língua portuguesa, tal como usada em nosso País com os vocábulos judiar e judiaria e na representação do judeu no folclore brasileiro, como atesta Luís da Câmara Cascudo”.(LAFER, C. Parecer. **O caso Ellwanger...** Op. Cit., p. 88). Além disso, não há como deixar de mencionar a emigração da família judeu portuguesa do filósofo Baruch de Espinosa, que nasceu na Holanda, em decorrência da intolerância católica da Coroa portuguesa, que obrigava os judeus a se converterem ou a deixarem o país.

livro, ainda que de forma não condizente com o pensamento que se espera do homem médio, da sociedade diante dos fatos elucidados”<sup>389</sup>. Realmente, não há como discordar do Ministro: não deve ser acusado Siegfried Ellwanger, no caso concreto, dos crimes cometidos contra os judeus e todo seu sofrimento em decorrência da doutrina nazista. Deve ser examinada sua conduta descrita do acusado descrita pelo Ministro, mas com a adição de outros aspectos igualmente importantes também a serem considerado, cujo novo objeto em julgamento pode ser recolocado nos seguintes termos: é possível o acusado manifestar seu ponto de vista próprio e alheio por meio de livro, ainda que de forma não condizente com o pensamento que se espera do homem médio, da sociedade diante dos fatos elucidados, quando dissemina ideologia carente de fundamento científico com carga preconceituosa contra determinado grupo social historicamente oprimido, estimulando que a discriminação desperte, mais cedo ou mais tarde, comportamentos concretamente violentos e ameaçadores à ordem democrática, considerando a histórica experiência mundial quanto à ascensão de regimes antidemocráticos?

A resposta aos componentes adicionais de outros elementos que estavam em jogo na decisão a ser tomada pelo Supremo Tribunal Federal está antecipada na análise crítica do julgamento. O que se afigura como decisivo e que permeou os votos vencidos dos Ministros Carlos Britto e Maro Aurélio é a perigosa permissividade com condutas discriminatórias dissimuladas sob uma pseudo-metodologia científica, que agravam a intolerância a pretexto de traduzirem o exercício da liberdade de expressão, sobretudo quando se observa que a escalada da intolerância dependerá em grande medida do papel regulador do Poder Judiciário. Tanto as posições dos Ministros que votaram a favor como contra o *habeas corpus* de Siegfried Ellwanger fundamentam suas razões de decidir na defesa da Constituição e seus postulados democráticos. Isso é incontestável. A crítica proposta procura exatamente examinar qual concepção está mais preparada para consolidar as instituições democráticas e prevenir que elas venham a ser ameaçadas.

À luz de todas as premissas e reflexões, Celso Lafer oferece uma síntese conclusiva sobre o desfecho do julgamento do *habeas corpus* pelo Supremo Tribunal Federal, na qual assenta que o “ Holocausto é a recusa da condição humana da pluralidade e da diversidade, que contesta, pela violência do extermínio, os princípios da igualdade e da não

---

<sup>389</sup>STF, HC, *op. cit.*, p. 911-912.

discriminação, que são a base da tutela dos direitos humanos”<sup>390</sup>, motivo pelo qual o crime praticado por Siegfried Ellwanger “não admite o esquecimento”<sup>391</sup>. A gravidade do tema que envolve o que representou o Holocausto para a comunidade internacional e em matéria de direitos humanos deve ser levada em consideração da repressão de condutas discriminatórias quanto aos judeus, ainda que, como destacou o Ministro Aurélio, de fato, não sejam os campos de concentração o que estivesse em julgamento. Contudo, a carga histórica e política da defesa do pluralismo e a tolerância contra ideologias que apregoam sua destruição estava definitivamente em questão.

Assim, a decisão do Supremo Tribunal Federal é capítulo fundamental de sua história constitucional e firmou em sua jurisprudência uma interpretação indispensável à consolidação do regime democrático. Principalmente, demarcou um campo de limitação na ordem jurídica à liberdade de expressão que venha a ameaçar a plena cidadania e dignidade de grupos sociais que sofram discriminação, em uma perspectiva ampla do conceito de raça, na definição de crimes de racismo, em um viés histórico e cultural, o que amplia a tutela das minorias para assegurar sua convivência pacífica na ordem social, dispensando qualquer comprovação específica ou concreta que sinalize a potencialidade de sucesso na prática de condutas discriminatórias da ideologia que dissemine a intolerância para despertar a intervenção estatal para coibir o comportamento.

Não se pode ignorar, todavia, que, apesar da maioria formada, três votos (Ministro Moreira Alves, Carlos Britto e Marco Aurélio) foram vencidos por divergirem dessa compreensão sobre a conformação jurídica da manifestação discriminatória. Ainda que apenas o Ministro Marco Aurélio integre atualmente o Supremo Tribunal Federal, não significa que os fundamentos de seus entendimentos serão esquecidos. A divergência revelou como, perigosamente, subsiste no pensamento jurídico uma frágil proteção institucional à tolerância, que, uma vez ameaçada, convida a sociedade para uma invisível evolução a um cenário que pode se tornar irreversível na destruição da ordem democrática se os Poderes constituídos não agirem a tempo.

---

<sup>390</sup>LAFER, C. Parecer. **O caso Ellwanger...** Op. Cit., p. 89.

<sup>391</sup>*Ibidem.*, p. 89.

### 3. A PROTEÇÃO JURÍDICA DA TOLERÂNCIA NO PROCESSO ELEITORAL BRASILEIRO

(...) ‘Tudo cumpriu-se assim, mas ouve o que direi agora, e um deus há de lembrar-te: encontrarás primeiro Sereias. Quem quer que se aproxime delas se fascina. O ingênuo que de perto escute o timbre de suas vozes, nunca mais terá por perto a esposa e os filhos novos, que se alegrariam com seu retorno à residência, pois Sereias o encantam com a limpidez do canto. Sentam-se no prado: empilham-se ao redor os ossos de homens apodrecidos com a pele encarquilhada. Não chegues perto! Amolga a cera ducimel e fixa nas orelhas de teus sócios. Não as ouça ninguém mais além de ti (se o queres): te amarrem à carlinga do navio veloz mãos e pés apertados nos calabres, reto, para que o canto das Sereias te deleite. E se rogares e ordenares que os marujos te soltem, devem retesar as cordas mais (...)’.  
Homero<sup>392</sup>

Depois de séculos de literatura da Ciência Política e do Direito Constitucional que percorreram do Iluminismo até a contemporaneidade buscando afirmar a proeminência da democracia no Estado de Direito, o século XXI parece oferecer um desafio diferente à intelectualidade. O pensamento do último século, especialmente suas derradeiras décadas, mirava uma expansão progressiva das democracias no mundo e o seu coroamento como princípio universal e inafastável da ordem política e jurídica. John Kennedy, no discurso de chegada em visita oficial ao México, em 29 de junho de 1962, proclamou que a democracia é o destino da humanidade, frase atribuída a Benito Juárez, ex-Presidente do México<sup>393</sup>, afirmação que parece hoje em dia antes uma frase de efeito do que uma constatação empírica da realidade.

Independentemente de se admitir ou não como inevitável a existência de um movimento pendular de expansão e retração da democracia no mundo, conforme revelam suas ondas de democratização, o que sugeriria uma próxima etapa de retrocesso após a última ascensão da terceira onda, a literatura jurídica direciona seus esforços atualmente não mais para sustentar a importância das democracias, mas para defender a sua subsistência.

---

<sup>392</sup> Homero. **Odisseia**. São Paulo: Editora 34, 2014, p. 359.

<sup>393</sup> AURÉLIO, Diogo Pires. **O mais natural dos regimes: Espinosa e a Democracia**. Lisboa: Temas e Debates, p. 13

Manuel Castells examina um fenômeno global de deterioração dos regimes democráticos, que atribuiu essencialmente a uma crise da democracia liberal.

A eleição de Donald Trump nos Estados Unidos e Macron na França, o Brexit, a desunião da Europa e o 15-M na Espanha são fragmentos de um quadro maior de deterioração da legitimidade política. A crise de representação no contexto da globalização resulta também em uma crise identitária, em que, contra os fluxos globais, os cidadãos se amarram ao seu espaço cultural adicionando uma fratura cultural à fratura social, que é a partir de onde “se aninham os germes de xenofobia e da intolerância”<sup>394</sup>. Segundo Castells, a raiz da crise de legitimidade política advém da crise financeira, posteriormente convertida em econômica e de emprego, que explodiu em 2008 nos Estados e na Europa, quando, para salvar o capitalismo dos governos à beira do precipício, devido aos malefícios do capital especulativo, recorreu-se ao dinheiro da população. Também contribuiu nesse efeito a política midiática do escândalo, que “inspira o sentimento de desconfiança e reprovação moral sobre o conjunto dos políticos e da política”<sup>395</sup>, de modo a agravar o rompimento entre o vínculo pessoal e institucional.

O fortalecimento de uma comunidade identitária é consequência de um processo global do multiculturalismo e dos fluxos de imigração, que obriga os setores sociais mais afetados a encontrarem novos atores políticos diferentes dos partidos políticos e instituições constituídos em outra época que não dão conta do problema atual. Assim, torna-se crescente o protagonismo político “daqueles que, sem rodeios, articulam um discurso xenófobo e racista”<sup>396</sup>, bem como apelam para a força do Estado para dirimir todas suas ameaças e denunciam uma corrupção epidêmica que muitas vezes integram. A tônica do discurso mais simpático à população passa a ser aquela que projeta uma rejeição geral ao estado de coisas e promete uma ruptura com a ordem vigente como salvação.

Esses fatores, em maior ou menor medida, ajudam a explicar os acontecimentos mundiais anteriormente descritos, que oferecem importantes variáveis a serem refletidas para a subsistência da democracia. A eleição de Trump em 2016 nos Estados Unidos pode ser concebida como um movimento identitário, dada a importância que a política de identidade tem representado naquele país e no resto do mundo. É generalizada a

---

<sup>394</sup> CASTELLS, Manuel. **Ruptura**: a crise da democracia liberal. Tradução de Joana Angélica d’Avila Melo. Rio de Janeiro: Zahar, 2018, p. 20.

<sup>395</sup> *Ibidem*, p. 28.

<sup>396</sup> *Ibidem*, p. 38.

interpretação de que a “classe operária branca, golpeada pela globalização e ressentida com a imigração, foi o ator da vitória de Trump”<sup>397</sup>. Ele disse em voz alta o que muitos pensavam por meio de uma lógica xenofóbica, simbolicamente idealizada com a poderosa imagem do muro a ser construído na fronteira com o México. Declarações machistas e a ridicularização de seus adversários eram minimizadas como brincadeiras, ao mesmo tempo em que soaram como afirmação da identidade masculina.

O Partido Democrata cometeu o erro estratégico de lançar uma candidata, Hillary Clinton, com estreitos laços no establishment político e financeiro, contra um candidato notoriamente antiestablishment. A população jovem e negra que havia garantido as vitórias eleitorais de Obama nas eleições anteriores não votou em Hillary na mesma proporção pela resistência ao establishment que representava, o que foi determinante nas eleições presidenciais de 2016.

A categoria política do homem branco encontrou sua expressão política na mensagem de Trump de “defesa da sua identidade e de rejeição aos que a diluíam na diversidade étnica”<sup>398</sup>. No universo infinito da diversidade de grupos étnicos e culturais que tem lutado pela afirmação de seus direitos e identidade, além de os homens brancos se perceberem órfãos de quem os representasse, viam-se contestados pelas outras identidades pela condição supostamente dominante. Isso despertou ainda a adesão de grupos racistas, neonazistas e antissemitas, que, embora não definam o movimento nacionalista e identitário de Trump, dele faziam parte.

O Brexit representou uma oposição à imigração que se percebia como ameaçadora à soberania nacional juntamente com a crise de legitimidade dos partidos políticos por causa da rejeição de suas políticas de austeridade levadas a efeito pelos conservadores e aceitas pelos trabalhistas. Da mesma forma, Macron e sua auréola de nova política na França foi ungido ao poder pela busca por mudança da população antes a desconfiança generalizada com escândalos de corrupção e com calote programático. Na Espanha, a crise desencadeada pelo descontentamento com a impressão de que todos os partidos eram corruptos e estavam a serviço dos poderes fáticos europeus para salvar o euro às custas do povo abriu espaço para o nascimento do 15-M, movimento iniciado em 15 de maio de 2011 que se denominava como “os indignados”.

---

<sup>397</sup> *Ibidem*, p. 46.

<sup>398</sup> *Ibidem*, p. 48.



Esses episódios são suficientemente ilustrativos para os fins desta pesquisa e demonstram que a ruptura da ordem institucional atualmente posta é uma etapa do desgaste no único local em que a democracia realmente existe: “na mente dos cidadãos”<sup>399</sup>. Castells aponta as formas em que é possível detectar a crise dessa velha ordem política:

A subversão das instituições democráticas por caudilhos narcisistas que se apossam das molas do poder a partir da repugnância das pessoas com a podridão institucional e a injustiça social; a manipulação midiática das esperanças frustradas por encantadores de serpentes; a renovação aparente e transitória de representação política através da cooptação dos projetos de mudança; a consolidação de máfias no poder e de teocracias fundamentalistas, aproveitando as estratégias geopolíticas dos poderes mundiais; a pura e simples volta à brutalidade irrestrita do Estado em boas parte do mundo, da Rússia à China, da África neocolonial aos neofascismos do Leste Europeu e às marés ditatoriais na América Latina<sup>400</sup>.

Não se pretende aqui especular se este é em um movimento de construção de novas formas de legitimidade política, seja por meio de uma democracia em suas diferentes vertentes (direta, semidireta e representativa) ou por meio de outro arranjo institucional. O que importa para o objeto a ser estudado é diagnosticar possíveis sintomas de esgotamento do governo democrático praticado e pensar mecanismos jurídicos que assegurem e fortaleçam os pilares secularmente batalhados para erigirem um Estado Democrático de Direito.

Ainda no bojo dessa literatura contemporânea, intuição semelhante também foi investigada por Steven Levitsky e Daniel Ziblatt, que denunciam uma nova maneira de arruinar a democracia nos dias atuais, que se desenvolve “não nas mãos de generais, mas de líderes eleitos – presidentes ou primeiros-ministros que subvertem o próprio processo que os levou ao poder”<sup>401</sup>. Portanto, o processo acontece de maneira menos dramática e mais sutil. Se, por um lado, um líder pode destruir a democracia subitamente, como fez Hitler logo após o incêndio do Parlamento em 1933, mais frequentemente essa desintegração acontece “em etapas que mal chegam a ser visíveis”<sup>402</sup>. Tem desaparecido o fenômeno de decomposição da democracia por meio de golpes militares ou a tomada

---

<sup>399</sup>*Ibidem*, p. 144.

<sup>400</sup>*Ibidem*, pp. 144-145.

<sup>401</sup>LEVITSKY, Steven; ZIBLATT, Daniel. **Como morrem as democracias**. Rio de Janeiro: Zahar, 2018, p. 15.

<sup>402</sup>*Ibidem*, p. 15.

violenta do poder e a figura de uma ditadura ostensiva é cada vez menos comum no mundo.

Na realidade atual, explicam Steven Levitsky e Daniel Ziblatt as “democracias ainda morrem, mas por meios diferentes”<sup>403</sup>. A maioria dos países continuam aparentemente funcionando democraticamente por meio de eleições regulares, ao passo que são os próprios governos eleitos os responsáveis pelo colapso da democracia. Isso torna particularmente e perigosamente enganosa a via eleitoral, pois, como não há tanques nas ruas, órgãos do governo em chamas ou assassinatos dos mandatários do poder, supõe-se um absoluto estado de normalidade institucional. Não há restrição direta ao direito de votar, a Constituição e as instituições permanecem em vigor e “autocratas eleitos mantêm um verniz de democracia enquanto correm sua essência”<sup>404</sup>. Por isso, as medidas que destroem a democracia nesse contexto costumam ser aprovadas pelo Legislativo e chanceladas pelo Judiciário.

Não há um gatilho que desperte a preocupação imediata das pessoas quanto algum risco que possa fulminar o regime democrático. Pesquisa da Latinobarômetro demonstrou que, em 2011, 51% dos venezuelanos avaliaram com a nota 8 ou mais o seu país em uma escala de 1 a 10 para medir a variação entre “nada democrático” e “completamente democrático”<sup>405</sup>. Sua erosão aconteceu de maneira quase imperceptível, portanto, para a maioria da população e aquelas que denunciam os abusos se convertem em falsos alarmistas. Como não se manifesta mais um sinal claro de que o regime cruzou a linha para a zona antidemocrática, “nada é capaz de disparar os dispositivos de alarme da sociedade”<sup>406</sup>. Esse dilema cria um paradoxo delicado para a democracia, que admite o sequestro da via eleitoral para que seus assassinos se utilizem de suas instituições para, de maneira disfarçada, ao final, asfixiá-la.

Examinando o resultado das eleições dos Estados Unidos de novembro de 2016, Levitsky e Ziblatt concluem que a sociedade fracassou em seu primeiro teste ao eleger um presidente com uma dúvida sujeição aos postulados democráticos. Para os autores, duas normas básicas não escritas garantiram a sobrevivência de democracia estadunidense até então: a tolerância mútua, que consiste no reconhecimento de rivais legítimos na disputa

---

<sup>403</sup>*Ibidem*, p. 16.

<sup>404</sup>*Ibidem*, p. 14.

<sup>405</sup>*Ibidem*, p. 17.

<sup>406</sup>*Ibidem*, p. 17.

eleitoral, e a contenção, que impõe o comedimento dos agentes públicos no exercício de suas funções institucionais. Contudo, nos últimos anos, tais grades de proteção foram enfraquecidas por causa da intensa polarização dos Estados Unidos, que em sua dimensão extrema seria capaz de matar democracias<sup>407</sup>.

Ao mesmo tempo em que se admite esse diagnóstico da nova forma contemporânea e sigilosa de destruição das democracias, Levitsky e Ziblatt a não consideram um caminho inevitável ou irreversível dos atuais governos democráticos. A ascensão ao poder de Hitler, Mussolini e Chavez reúnem o fato de todos serem outsiders com talento para capturar a opinião pública, mas, em todos os casos, o *establishment* político negligenciou os sinais de alerta e acabou lhes entregando o poder quase que espontaneamente. Em compensação países como Finlândia, Costa Rica, Bélgica e Grã-Bretanha driblaram essas armadilhas, o que comprovaria não que a sobrevivência da democracia depende da vocação democrática de cada civilização, mas que, na verdade, a responsabilidade para conter os apelos extremistas e demagógicos recai sobre a elite política de cada país, especialmente aos partidos políticos como guardiões da democracia.

O primeiro desafio para conter uma ameaça antidemocrática é saber identificá-la, sobretudo quando seus sinais costumam não se manifestarem de maneira clara na quadra atual. Ainda assim, propõem Levitsky e Ziblatt quatro sinais de alerta que auxiliam na constatação de políticos autoritários: “1) rejeitam, em palavras ou ações, as regras democráticas do jogo; 2) negam legitimidade de oponentes; 3) toleram e encorajam a violência; e 4) dão indicações de disposição para restringir liberdades civis de oponentes, inclusive a mídia”<sup>408</sup>. Interessa particularmente ao objeto deste trabalho o terceiro sintoma, que diz respeito à tolerância ou encorajamento à violência, cuja identificação pode ser percebida por meio das respostas às seguintes indagações:

Têm qualquer laços com gangues armadas, forças paramilitares, milícias, guerrilhas ou outras organizações envolvidas em violência ilícita? Patrocinaram ou estimularam eles próprios ou seus partidários ataques de multidões contra oponentes? Endossaram tacitamente a violência de seus apoiadores, recusando a condená-los e puni-los de maneira categórica? Elogiaram (ou se recusaram a condenar) outros atos significativos de violência política no passado ou em outros lugares do mundo?<sup>409</sup>

---

<sup>407</sup> *Ibidem*, p. 20.

<sup>408</sup> *Ibidem*, p. 32.

<sup>409</sup> *Ibidem*, p. 33.

É suficiente a incidência em apenas um dos quatro critérios formulados para justificar uma razoável preocupação, que normalmente está presente em candidatos com o perfil de outsiders populistas, que, proclamando-se a única voz legítima do povo contra sistema político vigente, enfraquecem as instituições democráticas ao conquistarem o poder. A proposta de Levitsky e Ziblatt para afastar políticos autoritários do poder, todavia, aposta exclusivamente na ação dos partidos e líderes partidários, uma vez que, em sua perspectiva, as democracias “não devem banir ou proibir candidatos de concorrer eleições – e nós não advogamos medidas desse tipo”<sup>410</sup>. É contra essa afirmação que se ousa discordar e se pretende formular uma nova proposta de mecanismo institucional destinado a afastar candidatos com discursos antidemocráticos, especificamente no processo eleitoral brasileiro, em absoluta consonância com os fundamentos da democracia.

O Brasil não está à margem de todos esses fenômenos que integram a totalidade dialética da tensão democrática que se projeta nas relações de poder. Ainda que não tenha ecoado no país com a mesma gravidade com que afligiu os Estados Unidos e na Europa a crise financeira de 2008, as jornadas de junho de 2013 são um capítulo dos desafios que a democracia mundial começava a se deparar no mesmo contexto. As eleições presidenciais brasileiras de 2018 apresentaram diversos indicativos das características contempladas nesse cenário atual, principalmente um recrudescimento da polarização e a exaltação de uma nova política *antiestablishment*. Por um lado, se não é totalmente diferente o diagnóstico que se verifica quanto às possíveis causas estruturais de escala universal que desgastam e ameaçam a subsistência da democracia brasileira (crise financeira/econômica e crise de legitimidade política), por outro, exige-se uma formulação própria e ajustada à realidade nacional para interpretar e conformar o ordenamento jurídico aos desafios da ordem social e política atuais sob o primado da democracia fundada pela Constituição da República de 1988, dos quais ressoa a defesa da tolerância calcada no pluralismo político.

Está evidente que a ameaça ao regime democrático acontece principalmente pela via eleitoral. No Brasil, cabe ao Poder Judiciário, por meio de uma Justiça Eleitoral especializada, realizar a administração e o controle das eleições, bem como exercer a jurisdição nos litígios eleitorais. Assim, merece ser examinado o papel da Justiça Eleitoral como garantidora da democracia, o arcabouço normativo em matéria eleitoral que disciplina a tolerância no processo eleitoral e, por fim, a responsabilização dos candidatos

---

<sup>410</sup> *Ibidem*, p. 34.

que acenderem os sinais de alerta contra o regime democrático, em virtude da disseminação de ideais de intolerância durante a campanha eleitoral.

### **3.1 Justiça Eleitoral como instituição garantidora da democracia**

A Justiça Eleitoral é um braço especializado do Poder Judiciário responsável pela administração, controle, regulamentação e julgamento dos litígios relacionados ao processo eleitoral. É uma instituição brasileira que foi concebida no intuito de moralizar o sistema eleitoral contaminado por fraudes de toda ordem, que pervertiam o exercício da soberania popular. Contudo, apesar de todo o avanço e aperfeiçoamento que importou para o regime democrático, ainda é possível se deparar com vozes que advogam a sua extinção ou questionam sua eficiência. Sem prejuízo da permanente necessidade de buscar seu aperfeiçoamento, um rápido olhar sobre a trajetória da Justiça Eleitoral facilmente convencerá qualquer observador precipitado de sua inquestionável importância para a democracia brasileira e como são falaciosos os argumentos que procuram diminuir sua relevância institucional.

No capítulo anterior, foi analisada a formação brasileira sob a ótica da violência institucionalizada que imperava nas relações sociais, denominada por Maria Sylvia Carvalho de Franco como código do sertão, que descambava para todos os aspectos vida comunitária, laboral e até mesmo no processo eleitoral, conforme relatado no episódio do arrombamento do arquivo da Câmara de Guaratinguetá, a mando do próprio juiz, que resultou no desaparecimento da urna utilizada para a contagem dos votos. No universo marginal daqueles que estavam excluídos das únicas classes sociais bem definidas na sociedade colonial brasileira, escravos ou senhores de engenho, formam-se laços de assistência e dependência dos sitiantes aos fazendeiros, em troca de sua fidelidade política, que era sólida a ponto de dispensar o exercício de convencimento por seus adversários, porque irrelevante, dada a profundidade da alienação que essa dinâmica impunha.

Oliveira Viana é outro pensador que reconhece o protagonismo decisivo do mesmo fenômeno, por ele interpretado como uma instituição social do direito público brasileiro, denominado clã parental, ou solidariedade da família senhorial. No Império e mesmo no início da República, embora com sensível redução de sua intensidade em virtude da

abolição do regime servil, essa instituição era a base dos clãs eleitorais, que consolidava seu domínio político e partidário por municípios e regiões inteiras<sup>411</sup>.

Essa célula da vida social brasileira obrigava que a disputa se travasse, assim, por meio de uma interferência direta no processamento e na apuração dos votos, fenômeno já bastante conhecido na historiografia como eleições decididas “a bico de pena”, que imperou, sobretudo, desde o Império até a República Velha. Inúmeras são as denúncias da literatura nacional quanto às fraudes nas eleições nesse período. Ainda que as mesas receptoras contassem com a presença de uma autoridade judicial, estava provado que isso não era suficiente para impedir a prática dos abusos. Não havia nenhum controle sobre o alistamento eleitoral, ou mesmo se poderia votar, caso estivesse o cidadão alistado, nem mesmo existia a garantia de que o voto seria efetivamente contabilizado na apuração. Raymundo Faoro sintetiza a lógica que definia o significado real das eleições nesse contexto, como “argumento para legitimar o poder, não a expressão sincera da vontade nacional, a obscura, caótica e submersa soberania popular. A vergonha dos chefes não nasce da manipulação, mas da derrota. O essencial é vencer, a qualquer preço”<sup>412</sup>. O “bico de pena” substituiu as eleições e a “degola” ocupava o lugar das apurações, que era como se denominava o trabalho da Comissão de Verificação dos Poderes do Congresso, até então responsável pelos resultados eleitorais finais e diplomação dos eleitos, mas que, na realidade, consistia na negação da verdade eleitoral para aniquilar toda oposição

A escancarada e despuddorada fraude que constitui a verdadeira tônica das eleições brasileira começou a ser gradativamente mitigada à medida que se intensificava a participação do Poder Judiciário no processo eleitoral. Como dito, desde o Império era obrigatória a presença de um juiz na composição da mesa receptora, mas apenas em 1881, com a Lei Saraiva (Decreto n. 3.029, de 9 de janeiro de 1881), idealizada por Rui Barbosa, se atribuiu à magistratura a competência para administrar o alistamento eleitoral, além de instituir o título de eleitor, o que, todavia, não se demonstrou suficiente para inibir as permanentes deturpações e burlas.

Essa atribuição do Poder Judiciário poderia ser considerada o princípio de uma jurisdição eleitoral, mas apenas após o movimento tenentista e a Revolução de 30, cuja pauta incluía uma forte crítica ao sistema eleitoral e às eleições, avançou-se na criação de

---

<sup>411</sup> VIANA, Oliveira. **Instituições políticas brasileiras**. Op. Cit., p. 188.

<sup>412</sup> FAORO, Raymundo. **Os donos do poder: formação do patronato político brasileiro**. 4. ed. São Paulo: Globo, 2008, p. 708.

um ramo da Justiça Especializada. O Código Eleitoral de 1932 (Decreto 21.076, de fevereiro de 1932), o primeiro do país, conforme explica Cláudio Lembo, que é tido como uma das principais conquistas do legado do movimento revolucionário, criou a Justiça Eleitoral, responsável pelo alistamento, organização das mesas de votação, apuração dos votos, reconhecimento e proclamação dos eleitos, bem como o julgamento dos conflitos de matéria eleitoral<sup>413</sup>.

A importância do Código Eleitoral ecoou no espírito da Constituição de 1934, que reproduziu muito de seus termos e elevou, pela primeira vez, ao patamar constitucional a criação e as competências da Justiça Eleitoral. Ainda que não se possa inferir que seu nascimento foi capaz de extirpar todas as formas de fraude e corrupção política, muitas mazelas que contaminavam o processo eleitoral foram mitigadas, como se percebeu com a extinção imediata da “degola”, porquanto não cabia mais ao Poder Legislativo a apuração.

Em uma nota de rodapé que abordava os clãs eleitorais, Oliveira Viana ressalta uma tendência internacional do que ele classifica como “neutralização da administração ao vírus da politicalha”<sup>414</sup>, cuja expressão no Brasil desses mecanismos e técnicas contra a influência do espírito de clã se dá na existência da Justiça Eleitoral, que exerce a verificação dos direitos políticos por uma magistratura independente. Sem dúvida, esse foi o fator decisivo para o aprimoramento da democracia brasileira no período, que restringiu a aplicação do direito eleitoral à Justiça Eleitoral, com menor interferência dos interesses políticos predominantes que buscavam capturar e deformar a expressão da soberania popular. Sob o aspecto da democracia política, em sua dimensão procedimental, a criação de um órgão independente vinculado ao Poder Judiciário representou significativo avanço no processo deliberativo, que fluía com maior isenção e legitimidade da manifestação popular, apesar de ser preciso se reconhecer que até hoje persistem abusos e violações no processo eleitoral.

Em 10 de novembro de 1937, Getúlio Vargas opera um golpe de Estado e outorga uma nova Constituição, que extinguiu a Justiça Eleitoral e aboliu os partidos políticos, inaugurando o capítulo da história do Estado Novo, que vigorou até 1945, período em que não houve eleição para nenhum cargo eletivo no país, as câmaras foram dissolvidas e os governos estaduais foram exercidos por interventores. O idealizador da Constituição de

---

<sup>413</sup> LEMBO, Cláudio. **Cronologia básica do Direito Eleitoral Brasileiro**. In: LEMBO, Cláudio; CAGGIANO, Monica Herman Salem (Org.). *O Voto nas Américas*. Barueri: Minha Editora, São Paulo: Cepes, 2008, p. 91.

<sup>414</sup> VIANA, Oliveira. **Instituições políticas brasileiras**. Op. Cit., p. 566.

1937 (também conhecida como “Polaca”), Francisco Campos, definiu a extinção dos partidos por Getúlio Vargas como “um ato de patriotismo, que nunca poderemos agradecer bastante”<sup>415</sup>. Somente com a derrubada de Vargas em 29 de outubro de 1945 e o fim do Estado Novo é reestabelecida a Justiça Eleitoral, por meio da Lei Agamenon (Decreto-Lei n. 7.586/1945) e a nova Constituição de 1946, repetindo os termos do texto de 1937, volta a consagrar a Justiça Eleitoral como um órgão do Poder Judiciário.

Em uma nova interrupção democrática, com o golpe 31 de março de 1964 que depôs João Goulart da Presidência da República e deu início à ditadura militar, a Justiça Eleitoral não chegou a ser extinta pela Constituição de 1967 e a legislação que a sucedeu, embora os sucessivos atos institucionais que restringiram as liberdades civis e política dos cidadãos tenham interferido no seu pleno funcionamento. Foi editado um novo Código Eleitoral durante o período militar (Lei n. 4.737, de 15 de julho de 1965), que até hoje permanece em vigor, ampliando as atribuições da Justiça Eleitoral em relação aos códigos anteriores.

Atualmente, depois do fim do regime militar e com a redemocratização, consagrada pela Constituição “Cidadã” de 1988, a Justiça Eleitoral continuou seguindo a tradição das últimas Constituições, com assento constitucional no Capítulo III, relativo ao Poder Judiciário, especificamente na Seção VI, que disciplina a sua estrutura e forma de composição dos tribunais. No art. 121, a Constituição Federal de 1988 atribuiu ao legislador infraconstitucional a responsabilidade para, por meio de lei complementar, dispor sobre a organização e competência da Justiça Eleitoral, o que levou o Supremo Tribunal Federal a decidir que o Código Eleitoral em vigor (Lei n. 4.737/1965), apesar de ser lei formalmente ordinária, foi recepcionado pelo novo texto constitucional como lei materialmente complementar na parte que regulamentou tais matérias.

Desde então, assistiu-se a um crescente fortalecimento da Justiça Eleitoral no quadro institucional brasileiro, o que ao mesmo tempo fomentou discussões sobre a expansão da judicialização da política, tanto pelo alargamento da competência dessa Justiça Especializada, quanto pelas sucessivas disputas judiciais travadas no Poder Judiciário visando a questionar a legalidade e legitimidade das eleições em curso. O processo político atravessa a intimidade da Justiça Eleitoral desde seu primeiro passo com o alistamento

---

<sup>415</sup> CAMPOS, Francisco. **O estado nacional**: sua estrutura, seu conteúdo ideológico. Brasília: Senado Federal, Conselho Editorial, 2001, p. 119.



eleitoral, passando pela organização das seções de votação e apuração das urnas com a proclamação e diplomação dos eleitos, até a resolução dos litígios judiciais decorrentes da disputa, que por vezes mantém sub judice durante anos um mandato eletivo, além de administrar a realização de eleições suplementares em determinadas hipóteses de cassação do mandatário.

O primeiro alerta veio com a interferência do Tribunal Superior Eleitoral em 2002 com a imposição da obrigatoriedade de as coligações partidárias formadas no âmbito federal serem reproduzidas nas demais instâncias federativas, ou seja, sua verticalização. Mesmo com a redação originária do art. 17, §1º, da Constituição Federal, assegurando a autonomia dos partidos políticos e silenciando sobre o tema das coligações, o Poder Legislativo se viu obrigado a aprovar a Emenda Constitucional n. 52/2006 para modificar o texto do dispositivo e explicitar que não há “obrigatoriedade de vinculação entre as candidaturas em âmbito nacional, estadual, distrital ou municipal”, a fim de se sobrepor ao entendimento do TSE, chancelado pelo Supremo Tribunal Federal.

Depois, em 2007, houve a controvertida decisão do Tribunal Superior Eleitoral de inovar na ordem jurídica com o acréscimo de uma situação passível da perda do mandato político consistente na desfiliação partidária sem justa causa, que resultou na edição da Resolução TSE n. 22.610/2007, que até hoje regulamenta a matéria, juntamente com o art. 22-A, da Lei n. 9.096/99, que somente trouxe para o âmbito legal em sentido estrito sua regulamentação com o advento da Minirreforma eleitoral de 2015 (Lei n. 13.165/2015). Nesse caso, Supremo Tribunal Federal também foi instado a se pronunciar sobre a constitucionalidade da Resolução do TSE, ratificando sua compatibilidade com a ordem constitucional.

Recentemente, com a criação do Fundo Especial de Financiamento de Campanha (FEFC), ou simplesmente Fundo Eleitoral, pela Minirreforma eleitoral de 2017, o Tribunal Superior Eleitoral, por meio do voto da Ministra Rosa Weber, respondeu a uma consulta<sup>416</sup> para assentar que pelo menos 30% dos recursos devem ser destinados a candidaturas femininas, em observância à cota de gênero estabelecida no art. 10, §3º, da Lei n. 9.504/97, bem como lhes deve ser assegurada a mesma proporção na distribuição do espaço na propaganda eleitoral gratuita no rádio e na televisão. A decisão do TSE se afigurou como

---

<sup>416</sup> TSE. Consulta n. 0600252-18.2018.6.00.0000. Rel. Min. Rosa Weber. DJE 15/08/2018.

medida afirmativa destinada a incrementar a participação historicamente deficitária da mulher no processo eleitoral e reforçar a democracia interna dos partidos políticos.

O último capítulo dos episódios que impulsionam reflexões sobre a repercussão da atuação da Justiça Eleitoral no processo político foi a decisão do Plenário do Supremo Tribunal Federal, no Inquérito n. 4435, em sede de agravo regimental, ou seja, no julgamento de um caso concreto, que não dizia respeito à aferição abstrata de eventual inconstitucionalidade, que reafirmou sua jurisprudência quanto à competência da Justiça Eleitoral para julgar crimes comuns conexos a delitos eleitorais. O que distinguiu a deliberação de apenas mais um caso de discussão sobre a competência das instâncias do Poder Judiciário a ponto de causar um frenesi e novas mobilizações contra a existência da Justiça Eleitoral se explica exclusiva e precisamente por causa do caso concreto que estava em julgamento.

O inquérito estava inserido no contexto das investigações conduzidas pela Operação Lava Jato, que ocupa, desde 2014, a agenda política nacional e todos os noticiários com a divulgação de escândalos apurados pelo país, motivando amplas mobilizações sociais em um embate dicotômico entre moralistas indignados com a corrupção contra uma classe política generalizadamente apodrecida. O tom apaixonado da narrativa dramática, mas ao mesmo tempo romântica, de heróis e bons moços contra bandidos e vilões elegeu o Supremo Tribunal Federal como novo inimigo do combate à corrupção, pois a reafirmação de sua jurisprudência com a consequente determinação da remessa das investigações à Justiça Eleitoral, em detrimento da Força Tarefa da Lava Jato instalada na Justiça Federal de Curitiba, foi interpretada como uma proteção a políticos acusados de envolvimento nas ações criminosas.

O acórdão da decisão do Supremo Tribunal Federal ainda não foi publicado, mas seus desdobramentos estão em curso. O precedente tem motivado magistrados da Justiça Federal a encaminharem seus processos para a Justiça Eleitoral apurarem os crimes comuns conexos aos delitos eleitorais imputados, em geral, pela prática de desvio de dinheiro público para financiar campanhas eleitorais com recursos não contabilizados. O raciocínio curto, que ignora a trajetória dessa Justiça Especializada no combate aos desmandos cometidos pelos principais chefes políticos dos clãs eleitorais desde a República Velha, não enxerga além do cego fanatismo obscurantista motivado pelo seu rancor com a classe política. Desde sua origem, a Justiça Eleitoral provou sua aptidão para romper com a ordem

vigente de poder dos coronéis e de absoluta desmoralização das eleições, que até então tornava o processo eleitoral um mero instrumento de fachada para confirmação de seu domínio político.

O histórico da Justiça Eleitoral revela antes seu ativismo do que sua omissão na resolução dos conflitos que lhe foram submetidos à apreciação. A confirmação de sua competência na matéria criminal que é conexa aos delitos eleitorais, além de mera decorrência do art. 35, II, do Código Eleitoral, reforça o protagonismo político histórico da Justiça Eleitoral e sua centralidade na condição de responsável pelos passos na democracia brasileira.

### **3.2 Disciplina jurídica da tolerância na legislação eleitoral**

No ordenamento jurídico brasileiro não existe uma compilação legislativa que reúna todas as normas que regulam o processo eleitoral em apenas um diploma. Apesar de haver um Código Eleitoral, outros instrumentos normativos importantes também se ocupam de disciplinar as eleições no Brasil, notadamente a própria Constituição da República de 1988, a Lei n. 9.504/97 (Lei das Eleições), a Lei n. 9.096/95 (Lei dos Partidos Políticos), Lei Complementar n. 64/90 (Lei das Inelegibilidades), além das Resoluções editadas pelo Tribunal Superior Eleitoral, no exercício de seu poder normativo, que regulamenta especificamente cada eleição que se realiza a cada dois anos, isto é, tanto as eleições municipais quanto as eleições gerais. Em que pese toda a controvérsia acerca da extensão do poder normativo do TSE<sup>417</sup>, não há como deixar reconhecer a sua influência normativa no processo eleitoral.

Há ainda outras leis que tratam de outras matérias pertinentes ao processo eleitoral brasileiro, como a disciplina para a realização de plebiscitos, referendos e projetos de iniciativa popular (Lei n. 9.709/98) ou o processo de alistamento eleitoral (Lei n. 6.236/75), mas que não serão examinadas a fim de restringir o tratamento jurídico conferido à tolerância na campanha eleitoral com base nos instrumentos normativos mais relevantes para as organizações das eleições e que versam mais diretamente sobre o assunto. Considerando que há um entrelaçamento de normas sobre o mesmo tema em diversos

---

<sup>417</sup> Para aprofundar o tema, conferir ALMEIDA NETO, Manoel Carlos de. **Direito eleitoral regulador**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

estatutos, propõe-se analisar a tutela jurídica da tolerância de acordo com um aspecto específico das eleições de maneira a sistematizar sua problematização por eixo temático e, ao final, oferecer uma síntese crítica de sua disciplina jurídica atual no ordenamento jurídico em face dos desafios contemporâneos que se impõem às democracias.

### *3.2.1 Registro, funcionamento e cassação dos partidos políticos*

Sem prejuízo de todos os dispositivos legais e constitucionais invocados no início deste trabalho para evidenciar a tolerância como um dos pilares do Estado Democrático de Direito inaugurado pela Constituição de 1988, que forçosamente atuam como vetores interpretativos na regulamentação de todas as relações jurídicas da sociedade, inclusive litígios eleitorais, o texto constitucional dedicou um capítulo específico, no título II, que versa sobre direitos e garantias individuais, para legislar sobre os partidos políticos, haja vista seu protagonismo no exercício da cidadania. No Brasil, estar filiado a partido político é condição de elegibilidade (art. 14, § 3º, V, CF/88<sup>418</sup>), por pelo menos o período de 6 meses antes do pleito (art. 9º, da Lei n. 9.504/97<sup>419</sup>), razão pela qual não se admitem candidaturas avulsas. Logo, o partido político está no epicentro do processo eleitoral desde sua origem e dele dependem todos os candidatos que desejem se habilitar na disputa por um mandato eletivo.

Não há, portanto, democracia no Brasil, segundo a ordem jurídica fundada em 1988, sem os partidos políticos. O regime jurídico de sua criação e funcionamento adquirem nesse contexto fundamental importância para a definição dos contornos do processo eleitoral e seus desdobramentos, que repercutem na distribuição do acesso ao tempo de televisão para propaganda eleitoral, na composição de assentos do Poder Legislativo e mesmo durante o exercício do mandato, por meio da possibilidade de integrar comissões parlamentares que são divididas de acordo com a proporcionalidade de cada bancada. Por isso, ao lado das históricas modalidades de mandato imperativo e representativo, atualmente coexiste o conceito de mandato partidário, conforme sustenta Mezzaroba<sup>420</sup>, com base na formulação kelseniana de Estado de Partidos, em função de sua

---

<sup>418</sup> “Art. 14 (...) § 3º São condições de elegibilidade, na forma da lei: (...) V - a filiação partidária”.

<sup>419</sup> “Art. 9º Para concorrer às eleições, o candidato deverá possuir domicílio eleitoral na respectiva circunscrição pelo prazo de seis meses e estar com a filiação deferida pelo partido no mesmo prazo”.

<sup>420</sup> MEZZAROBA, Orides. **Introdução ao direito partidário brasileiro**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 78.

responsabilidade constitucional para “agrupar as vontades individuais coincidentes e interpô-las, de forma conjunta, na esfera estatal”<sup>421</sup>. Subsiste o autogoverno de povo, titular da soberania, cuja vontade se manifestaria mais através da linha de atuação partidária do que pelo representante eleito, raciocínio que desaguou no controverso entendimento do Tribunal Superior Eleitoral, chancelado pelo Supremo Tribunal Federal, quanto à perda do mandato eletivo pelo parlamentar que se desfilia voluntariamente em favor do partido, verdadeiro titular da delegação da vontade popular<sup>422</sup>, culminando com a edição da Resolução TSE n. 22.610, que trata da perda do mandato por infidelidade partidária.

Assim, a criação e funcionamento dos partidos políticos mereceu atenção da própria Constituição Federal de 1988, assim como consta como matéria regulamentada na Lei n. 9.096/95 (Lei dos Partidos Políticos) e na Resolução TSE n. 23.571/2018. As agremiações partidárias, constituídas sob a forma de pessoa jurídica de direito privado, são de livre criação, desde que seus programas respeitem a soberania nacional, o regime democrático, o pluripartidarismo, os direitos fundamentais da pessoa humana (art. 17, caput, CF/88), bem observem os seguintes preceitos: caráter nacional (art. 17, I), proibição de recebimento de recursos financeiros de entidade ou governo estrangeiros ou a eles subordinados (art. 17, II); prestação de contas à Justiça Eleitoral (art. 17, III); e funcionamento parlamentar de acordo com a lei (art. 17, IV). Além dos requisitos de constituição, o art. 1º, da Lei n. 9.095/96, atribui uma perspectiva finalística aos partidos, na medida em que dispõe que estes se destinam “a assegurar, no interesse do regime democrático, a autenticidade do sistema representativo e a defender os direitos fundamentais definidos na Constituição Federal”. A Constituição se preocupou em proibir, ainda, que as siglas se utilizem de organização paramilitar (art. 17, §4º), ao passo que a legislação ordinária cuidou de vedar o ministério de instrução militar ou paramilitar e a adoção de uniforme para seus membros (art. 6º, da Lei n. 9.096/95).

É possível concluir de imediato que a obrigação jurídica de resguardar o regime democrático, o pluripartidarismo, os direitos da pessoa humana e sua finalidade precípua na defesa dos direitos fundamentais resulta no respeito à tolerância como limite à fundação das legendas partidárias e, por conseguinte, ao seu funcionamento. Também se observa que

---

<sup>421</sup> Ibid., p. 78.

<sup>422</sup> Essa problemática e delicada conformação do exercício da soberania popular no arranjo constitucional vigente por meio dos partidos políticos foi analisada em: “XEREZ, A.G.S. **Fidelidade partidária e tempo mínimo de filiação como condição de elegibilidade**. In: CAGGIANO, Monica Herman S. (Org.). Reforma política: um mito inacabado. Ied.Barueri: Manole, 2017, p. 112-137.”

a Constituição incluiu uma vacina nos partidos para impedir a sua militarização enquanto comportamento que historicamente se provou corrosivo de uma democracia constitucional.

Ao mesmo tempo em que é assegurada a autonomia aos partidos políticos para definir sua estrutura interna, funcionamento e organização como princípio de igual estatura constitucional (art. 17, §1º), tensiona-se sua relativa independência ao condicioná-la a outras diretrizes constitucionais de caráter cogente. Na qualidade de pessoa jurídica de direito privado, o art. 1º, da Resolução TSE n. 23.571/2018, adicionou outro elemento em sua caracterização, ao estipular expressamente que não se equiparam a entidades paraestatais. Sua natureza jurídica é ainda assunto delicado no cenário atual, na medida em que, apesar de pessoa jurídica de direito privado, que, em princípio, atrai a perspectiva da legalidade do âmbito do direito privado, ou seja, tudo que não for proibido é permitido, as legendas atuam como protagonistas exclusivas com monopólio das candidaturas que canalizam a expressão da soberania popular, que as sujeitam a uma série de restrições e imperativos de ordem pública.

Embora possa se cogitar uma natureza híbrida, não há como admitir que a constituição sob a forma de pessoa jurídica de direito privado eximiria os partidos de se subordinarem aos postulados constitucionais de ordem pública que são indissociáveis do sistema representativo. As siglas devem conviver com os ônus e bônus do regime jurídico que foi desenhado pelo texto constitucional. Assim como gozam de benefícios particulares os quais não usufruem outras instituições privadas, como a imunidade tributária sobre o seu patrimônio, renda e serviços, inclusive de suas fundações (art. 150, IV, “c”, CF/88), devem suportar a limitação de sua liberdade para atender aos ditames do regime democrático. O Supremo Tribunal Federal já examinou inúmeros casos em que se discutia a extensão da autonomia garantida aos partidos políticos e nunca vacilou em reconhecer uma esfera da intervenção estatal necessária a que estão sujeitos, conforme ilustra o seguinte julgado:

(...) AUTONOMIA PARTIDÁRIA - RESERVA CONSTITUCIONAL DE DISCIPLINAÇÃO ESTATUTÁRIA (CF, ART. 17, § 1º). - O postulado constitucional da autonomia partidária criou, em favor dos Partidos Políticos - sempre que se tratar da definição de sua estrutura, de sua organização ou de seu interno funcionamento - uma área de reserva estatutária absolutamente indevassável pela ação normativa do Poder Público. Há, portanto, um domínio constitucionalmente delimitado, que pré-exclui - por efeito de expressa cláusula constitucional (CF, art. 17, § 1º) - qualquer possibilidade de intervenção legislativa em tudo o que

disser respeito à intimidade estrutural, organizacional e operacional dos Partidos Políticos. Precedente: ADI n. 1.063-DF, Rel. Min. CELSO DE MELLO. PROCESSO ELEITORAL E PRINCÍPIO DA RESERVA CONSTITUCIONAL DE COMPETÊNCIA LEGISLATIVA DO CONGRESSO NACIONAL (CF, art. 22, I). - O princípio da autonomia partidária - considerada a estrita delimitação temática de sua abrangência conceitual - não se qualifica como elemento de restrição ao poder normativo do Congresso Nacional, a quem assiste, mediante lei, a competência indisponível para disciplinar o processo eleitoral e, também, para prescrever regras gerais que os atores do processo eleitoral, para efeito de disputa do poder político, deverão observar, em suas relações externas, na celebração das coligações partidárias. SUBMISSÃO NORMATIVA DOS PARTIDOS POLÍTICOS ÀS DIRETRIZES LEGAIS DO PROCESSO ELEITORAL. Os Partidos Políticos estão sujeitos, no que se refere à regência normativa de todas as fases do processo eleitoral, ao ordenamento jurídico positivado pelo Poder Público em sede legislativa. Temas associados à disciplinação das coligações partidárias subsumem-se à noção de processo eleitoral, submetendo-se, em consequência, ao princípio da reserva constitucional de competência legislativa do Congresso Nacional. AUTONOMIA PARTIDÁRIA E PROCESSO ELEITORAL. - O princípio da autonomia partidária não é oponível ao Estado, que dispõe de poder constitucional para, em sede legislativa, estabelecer a regulação normativa concernente ao processo eleitoral. O postulado da autonomia partidária não pode ser invocado para excluir os Partidos Políticos - como se estes fossem entidades infensas e imunes à ação legislativa do Estado - da situação de necessária observância das regras legais que disciplinam o processo eleitoral em todas as suas fases. (ADI 1407 MC, Rel. Min. Celso de Mello, Plenário, DJ de 24/11/2000)

No caso acima, embora se tratasse de controvérsia relacionada à autonomia das direções partidária para celebrar coligações, o Supremo Tribunal Federal, com base voto do Ministro Celso de Mello, assentou que o “postulado da autonomia partidária não pode ser invocado para excluir os Partidos Políticos – como se estes fossem entidades infensas e imunes à ação legislativa do Estado – da situação de necessária observância das regras legais que disciplinam o processo eleitoral em todas as suas fases”. Dada a competência privativa do Congresso Nacional, na forma do art. 22, I, da Constituição, para legislar sobre matéria eleitoral, devem as legendas se submeter às diretrizes legais que repercutam em todas as etapas do processo eleitoral. Por outro lado, também se apontou a existência de “uma área de reserva estatutária absolutamente indevassável pela ação normativa do Poder Público”, que abrangeria todas as matérias relativas à intimidade estrutural, organizacional e operacional dos partidos políticos.

Essa zona de insindicabilidade aparentemente absoluta é bastante tênue, uma vez que dificilmente se verificará uma divisão absoluta entre a definição da estrutura, organização e funcionamento das agremiações e seus reflexos na disputa eleitoral. É

simbólica essa nebulosidade entre a fronteira da autonomia partidária e o controle estatal ao se analisar a determinação do Tribunal Superior Eleitoral que impôs os partidos a obrigação de que seus estatutos estabeleçam prazo máximo de vigência de suas comissões provisórias por até 120 dias, conforme redação originária do art. 39 da Resolução TSE n. 23.465, de 17 de dezembro de 2015, que vigorava à época. Depois da resistência dos dirigentes partidários, foi editada a Resolução TSE n. 23.471, de 3 de março de 2016, modificando a dicção do art. 39 para acrescentar no final do dispositivo a seguinte ressalva: “as anotações relativas aos órgãos provisórios têm validade de 120 (cento e vinte) dias, salvo se o estatuto partidário estabelecer prazo razoável diverso”, bem como foi suspensa por 1 ano a vigência do comando para que seus efeitos surtisser apenas a partir de 3 de março de 2017<sup>423</sup>, mesmo após o pleito dos partidos políticos para que o Tribunal Superior Eleitoral suprimisse a questionada norma. Não foi o suficiente encerrar a celeuma.

A resposta das elites políticas foi a propositura e aprovação de uma proposta de emenda à Constituição, promulgada sob o n. 97/2017, que alterou a redação do parágrafo primeiro do art. 17 do texto constitucional, que versa exatamente sobre a autonomia dos partidos políticos. Em sua nova redação, foi acrescentada expressamente que a sua independência para “estabelecer regras sobre escolha, formação e duração de seus órgãos permanentes e provisórios”. Não obstante fosse possível argumentar que essa prerrogativa seria implícita à norma, o Congresso Nacional escolheu tornar explícita essa dimensão da autonomia partidária por meio de emenda à Constituição, reduzindo o espaço para intervenção judicial sobre a matéria. Ainda assim, o Tribunal Superior Eleitoral insistiu na regulamentação da vigência dos órgãos provisórios e fez constar na Resolução n. 23.571, de 29 de maio de 2018, que trata atualmente do assunto, a seguinte redação no art. 39: “As anotações relativas aos órgãos provisórios têm validade de 180 (cento e oitenta) dias, salvo se o estatuto partidário estabelecer prazo inferior diverso”. Além de ampliar de 120 para 180 dias o limite de vigência das comissões provisórias, foi criada uma possibilidade de prorrogação do prazo, quando necessário para realização da convenção para escolha dos novos dirigentes (art. 39, §1º), o que não desobriga o partido a adotar com urgência “as

---

<sup>423</sup> “Art. 61. A regra prevista no art. 39 desta Resolução somente entrará em vigor a partir de 3 de março de 2017, cabendo aos partidos políticos proceder às alterações dos seus respectivos estatutos até a referida data, para contemplar prazo razoável de duração das comissões provisórias”.



medidas cabíveis para a observância do regime democrático a que está obrigado nos termos dos arts. 1º, 2º e 48, parágrafo único, desta resolução” (art. 39, §3º).

O último capítulo da disputa entre TSE e Congresso Nacional foi a aprovação da Lei n. 13.831, de 17 de maio de 2019, que acrescentou quatro parágrafos ao art. 3º da Lei n. 9.096/95, que proclama a autonomia das legendas para decidir sobre sua estrutura interna, organização e funcionamento, a fim de positivar, mais uma vez, tanto sua prerrogativa para definir o prazo de duração dos mandatos dos membros dos seus órgãos partidários permanentes ou provisórios<sup>424</sup>, quanto para estipular que será de até 8 anos o prazo máximo de vigência dos órgãos provisórios<sup>425</sup>. Contudo, vedou-se a extinção automática do órgão e o cancelamento de sua inscrição no Cadastro Nacional da Pessoa Jurídica (CNPJ)<sup>426</sup> como penalidade pela inobservância do prazo legal, restando, na prática, inexistente qualquer previsão legal que sancione a extrapolação do período.

Mais do que um caso curioso a ser examinado sob a ótica da problemática do ativismo judicial e a ação parlamentar para fazer valer sua vontade contra interpretações do Judiciário, a situação revela a extensão do largo e aprofundado controle que a Justiça Eleitoral tende a exercer sobre o funcionamento dos partidos políticos para circunscrevê-los no mesmo campo dos princípios democráticos. Mesmo depois da promulgação da Emenda Constitucional n. 97/2017, o Tribunal Superior Eleitoral, ainda que sem declaração de inconstitucionalidade do novo texto constitucional, chegou a rejeitar, por unanimidade, pedido de alteração do estatuto do Partido da Mulher Brasileira (PMB) que pretendia estabelecer a vigência por 365 dias, ou indeterminada, para suas comissões provisórias, por ofensa ao prazo de até 180 dias fixado no art. 39, da Resolução TSE n. 23.571/2018, na medida em que a nova redação do art. 17, §1, da Constituição Federal, não resulta em “autonomia absoluta aos partidos políticos para estabelecer prazo de vigência de seus órgãos partidários que não se harmonize com o regime democrático, conforme previsto no *caput* do mesmo art. 17”, segundo assentou o Relator, Ministro Luís Roberto Barroso.

---

<sup>424</sup> “Art. 3º (...) § 2º É assegurada aos partidos políticos autonomia para definir o prazo de duração dos mandatos dos membros dos seus órgãos partidários permanentes ou provisórios”.

<sup>425</sup> “Art. 3º (...) § 3º O prazo de vigência dos órgãos provisórios dos partidos políticos poderá ser de até 8 (oito) anos”.

<sup>426</sup> “Art. 3º (...) § 4º Exaurido o prazo de vigência de um órgão partidário, ficam vedados a extinção automática do órgão e o cancelamento de sua inscrição no Cadastro Nacional da Pessoa Jurídica (CNPJ)”.

Na origem de toda a problemática, que nasceu com essa interferência judicial na autonomia dos partidos políticos, o Ministro Henrique Neves, quando da votação da minuta do texto da Resolução TSE n. 23.465, de 17 de dezembro de 2015, que trouxe a inovação quanto ao prazo de vigência de comissões provisórias, destacou a necessidade de que os partidos políticos privilegiem sua democracia interna. Ratificou-se a força cogente da observância ao regime democrático pelas agremiações imposta pelo caput do art. 17 da Constituição Federal como fundamento para justificar a restrição de sua autonomia:

(...) Isso porque, ao contrário das demais associações cíveis, os partidos políticos tem uma missão constitucional que os difere das outras pessoas jurídicas de direito privado. Essa função constitucional, que compõe um dos pilares da democracia representativa brasileira, exige que os partidos políticos observem na sua existência o regime democrático, consoante previsto no caput do art. 17 da Constituição. Em outras palavras, se os partidos políticos constituem importante instrumento para o exercício da democracia, o regime democrático também deve ser respeitado na organização das agremiações partidárias, em respeito ao direito de voto de seus filiados para a escolha de seus dirigentes<sup>427</sup>.

Concluiu o Ministro Henrique Neves proclamando a máxima segundo a qual “não há como se conceber que em uma democracia os principais atores da representação popular não sejam, igualmente, democráticos”, que ecoa até hoje em diversos precedentes do Tribunal Superior Eleitoral quando se procura fundamentar a possibilidade jurídica de o Poder Judiciário adentrar na esfera de autonomia dos partidos políticos. Conforme exposto, a força dessa interpretação não foi capaz de ser mitigada nem mesmo por emenda constitucional.

Recentemente, o Tribunal Superior Eleitoral indeferiu o pleito formulado pelo Partido Novo visando à modificação de seu estatuto para criar uma comissão prévia de seleção de candidaturas, uma vez que representaria risco de uma escolha antidemocrática dos dirigentes, devido à possibilidade de serem criados requisitos arbitrários e não previstos na legislação eleitoral. Na ocasião, novamente se consolidou a extensão do controle judicial dos atos partidários, ainda que *interna corporis*, “que revelem potenciais ameaças ao regime democrático e aos interesses subjetivos, e, ainda, para a necessária observância dos entes partidários aos direitos fundamentais, notadamente em virtude da

---

<sup>427</sup> TSE. Instrução n. 3 (750-72.1995.6.00.0000) - CLASSE 19 – BRASLIA/DF, Rel. Min. Henrique Neves. DJ 12/12/2015.

eficácia horizontal desses postulados, com aplicação plena e imediata”<sup>428</sup>.

Portanto, atualmente, é pacífica a legitimidade da Justiça Eleitoral, em consonância com a ordem constitucional, para coibir práticas dos partidos políticos que consistam em potenciais ameaças ao regime democrático. Em comparação com a já analisada decisão do Tribunal Constitucional Federal alemão no julgamento do Partido Nacional Democrático, o Tribunal Superior Eleitoral decidiu que basta a ameaça ser “potencial”, o que não se afigura como adjetivo de menor importância, considerando que o Poder Judiciário alemão condicionou sua intervenção judicial à existência de atos específicos e concretos contra a ordem democrática.

Assim como cabe ao Tribunal Superior Eleitoral apreciar os pedidos de registros de partidos políticos, por força do art. 22, I, do Código Eleitoral, também lhe compete julgar a cassação de seu registro. Para a criação da legenda, são examinados tanto requisitos formais previstos em lei (comprovação, no período de dois anos, de apoio de eleitores não filiados a partido político, correspondente a, pelo menos, 0,5% dos votos dados na última eleição geral para a Câmara dos Deputados, não computados os votos em branco e os nulos, distribuídos por um terço, ou mais, dos Estados, com um mínimo de 0,1% do eleitorado que haja votado em cada um deles) – quanto materiais (adequação do estatuto partidário). Quanto ao último aspecto, embora a Lei n. 9.096/95 indique os critérios que devem pautar a formulação dos estatutos, apenas na Resolução TSE n. 23.571/2018 consta expressamente restrições materiais no sentido de que no documento “não podem conter disposições que afrontem a legislação vigente, os direitos e garantias fundamentais previstos na Constituição da República ou que atentem contra a soberania nacional, o regime democrático, o pluripartidarismo, os direitos fundamentais da pessoa humana”, além da observância aos preceitos inseridos nos incisos do art. 17 da Constituição.

Há uma grade inicial de proteção do sistema contra projetos de partido político que afrontem o regime democrático, na acepção do art. 17, cuja consequência seria o indeferimento de seu registro pelo Tribunal Superior Eleitoral, proibindo que aquele grupo político se converta em instrumento jurídico legítimo de expressão da vontade popular na esfera estatal. O problema adquire uma nova roupagem quando deve ser analisada não

---

<sup>428</sup> TSE. RPP - Registro de Partido Político n. 84368 – BRASÍLIA/DF. Rel. Min. Jorge Mussi. DJ 15/05/2018.

mais a fase do registro, mas se, depois de formal e juridicamente criado o partido, sua atuação estaria ou não de acordo com os preceitos legais vigentes, de modo a vir a ser cassado seu registro em determinadas hipóteses.

A Constituição silenciou nessa matéria. Coube à legislação infraconstitucional (Lei dos Partidos Políticos) tratar expressamente sobre o processo de cassação das legendas, ao estipular a pena de cancelamento do registro civil e do estatuto do partido contra o qual fique provado ter recebido ou estar recebendo recursos de procedência estrangeira (art. 28, I), estar subordinado a entidade ou governo estrangeiro (art. 28, II), não ter prestado as devidas contas à Justiça Eleitoral (art. 28, III) e que mantém organização paramilitar (art. 28, IV).

Com exceção do art. 17, I, da Constituição Federal, que exige o caráter nacional dos partidos políticos, cuja comprovação se esgota no âmbito do processo de criação da sigla, são reproduzidos no art. 28, da Lei n. 9.096/95, os demais incisos do dispositivo constitucional, juntamente com a proibição imposta pelo §4º do mesmo art. 17. Assim, deve ser observado que, não obstante o art. 28 da Lei n. 9.095/96 somente se refira aos incisos II, III, IV e §4º do art. 17 da Constituição como hipóteses de cassação do registro, é decorrência lógica que também se constituem como situações passíveis de culminar com a mesma pena a inobservância aos postulados anunciados no caput do art. 17, a saber, soberania nacional, regime democrático, pluripartidarismo e os direitos fundamentais da pessoa humana.

Não é necessário recorrer aos vetores hermenêuticos que apontam para a não extensão de hipóteses diversas daquelas expressamente previstas em lei no terreno do Direito Sancionador, visto que, na realidade, todas as situações que foram descritas pelos incisos e §4º do art. 17 já são em si um mero desdobramento do caput. Se não for suficiente resolver o problema nesses termos na esfera da hermenêutica, a lógica mais rasa impõe que se reconheça o óbvio: se se trata de requisito indispensável para a criação da legenda, seu posterior desaparecimento há de resultar na perda da condição jurídica para que o partido subsista.

Poderia ser argumentado o desacerto desse raciocínio, na medida em que não está replicado o inciso I do art. 17 dentre as hipóteses de cassação, embora seja um requisito necessário para sua fundação. O caráter nacional a que aduz o dispositivo é comprovado no processo de registro por meio da lista de apoio de eleitores, distribuídos pelo

território nacional nos quantitativos discriminados pela legislação. Caso a sigla perca sua representatividade depois de adquirida sua habilitação jurídica pelo Tribunal Superior Eleitoral, a própria Constituição impôs como “sanção” a restrição ao acesso a recursos do fundo partidário e ao tempo de rádio e televisão, em decorrência da cláusula de barreira estabelecida no art. 17, § 3º. Diferentemente dos outros requisitos de criação, foi o próprio constituinte que escolheu penalizar os partidos que enfraqueçam seu caráter nacional com base em sua densidade eleitoral não com sua cassação, mas com restrições ao seu pleno funcionamento em paridade com as demais legendas. Por outro lado, interpretando-se o caráter nacional sem uma perspectiva de densidade eleitoral geográfica, mas sob a dimensão da soberania nacional, a legislação infraconstitucional definitivamente admite ser passível de cassação sua inobservância quando se demonstrar que houve subordinação ou recebimento de recursos financeiros de entidades ou governos estrangeiros.

Logo, é evidente que, caso fique comprovado que a atuação do partido ofendeu os fundamentos elencados no caput do art. 17, a consequência jurídica natural é a cassação de seu registro pelo Tribunal Superior Eleitoral. Conforme examinado no início desta investigação, assimilada a tolerância como desdobramento da dignidade da pessoa humana e do pluralismo político, entre outros vetores constitucionais, a atuação partidária que dissemine e pratique comportamentos discriminatórios contra determinados grupos sociais está sujeita à apreciação judicial em processo que pode levar ao cancelamento do registro do partido político. Na história brasileira, desconhece-se a existência de algum procedimento submetido ao Tribunal Superior Eleitoral visando à cassação de agremiação partidária especificamente sob esse fundamento.

O mais emblemático caso de extinção de partido político decidido pelo TSE se deu na sessão de julgamento de 7 de maio de 1947, que determinou o cancelamento do Partido Comunista do Brasil. Sob a presidência do Ministro Falayette de Andrada, que não votou na ocasião, o Relator, o ministro Sá Filho, acompanhado pelo Ministro Ribeiro da Costa, opinaram pela improcedência da denúncia que pretendia a cassação do PCB, ao passo que os Desembargadores J.A Nogueira, Rocha Lagoa e Cândido Lobo formaram a apertada maioria que decidiu pelo cancelamento da legenda.

O PCB tentou ingressar na legalidade e obter seu competente registro em 1933, sem sucesso. Somente em 10 de novembro de 1945, por meio da Resolução n. 324, o Tribunal Superior Eleitoral, analisando o pleito, decidiu pela adequação de seu programa

com a Constituição vigente e concedeu seu registro para atuar legitimamente na disputa eleitoral junto com as demais siglas. Durou, assim, menos que breves 2 anos o seu período de funcionamento antes que fosse acolhida a denúncia que culminou com seu banimento pelo TSE. Os fundamentos ofertados pelos denunciantes, Honorato Himalaya Vergolino e Edmundo Barreto Pinho consistiam, em suma: na alegação de que o partido era uma organização internacional orientada pelo comunismo marxista-leninista da União das Repúblicas Socialistas Soviéticas; que, em caso de guerra com a Rússia, os comunistas ficariam contra o Brasil; e que o partido é estrangeiro e está a serviço da Rússia.

Não interessa de maneira imediata aprofundar a discussão que se travou quanto à compatibilidade ou não da doutrina marxista-leninista com a ordem constitucional brasileira desenhada pela Constituição de 1946. Importa, sobretudo, avaliar os aspectos instrumentais do julgamento quanto à extensão e critérios de controle judicial hipoteticamente firmados pelo Tribunal para punir o partido político com sua cassação, em virtude de atuação contrária aos ditames legais e constitucionais.

Sem examinar o acerto ou desacerto da decisão quanto ao seu mérito, o voto do Relator, que não considerou caracterizados nenhum dos fatos articulados na denúncia, assentou uma premissa que merece reparo. Em síntese conclusiva, o Ministro Sá Filho, ao aduzir que, “em princípio, (...) a pluralidade dos partidos políticos, ainda quando anti-democráticos, caracteriza os regimes democráticos modernos”<sup>429</sup>, vai na contramão da tese que se pretendeu demonstrar nesta pesquisa, uma vez que, nem mesmo em princípio, a ordem jurídica constitucional admite a existência de partidos antidemocráticos, haja vista o conhecido paradoxo da tolerância.

Um dos fundamentos da defesa do Partido Comunista Brasileiro que teve peso no julgamento e que reflete na perspectiva ora examina foi o argumento de que, quando do processo de registro da legenda perante o Tribunal Superior Eleitoral, o Poder Judiciário já havia enfrentado e atestado, inclusive depois de diligências para corrigir e esclarecer o estatuto do PCB, que a possível afronta de seu programa e ideologia ao regime democrático era inexistente. Nesse ponto, é valiosa a contribuição do voto do Desembargador Cândido Lobo, que acompanhou a divergência, que propôs ultrapassar o exame formal das diretrizes partidárias formuladas em seu estatuto e confrontá-las com a realidade prática de sua atuação:

---

<sup>429</sup> TSE. **Cancelamento de Partido n. 411/RJ**. Rel. Min. Francisco Sá Filho, p. 742.

Deste texto constitucional, cumpre desde já salientar duas nítidas ideias: a 1a, que é a de que não só o partido como até uma associação foram visados pelo legislador; a 2a é a de que incidirá a sanção legal e ficará sujeito às consequências previstas, não só o partido ou associação cujo programa não for ajustado à exigência legal, como também, mesmo que o seja, estiver praticando – ação – em sentido contrário ao ditado pelo - programa -. Vale dizer, não basta que o programa do partido seja inteiramente acorde com os princípios democráticos contidos na Constituição. Torna-se imprescindível que a ação do partido também seja inteiramente paralela e em harmonia absoluta com o seu programa. É o caso de dizermos com precisão: impõe-se uma justa linha entre ambos. Daí, concluo que se o programa de qualquer partido estiver legalmente confeccionado, mas, em sua execução através da ação partidária, não o estiver, o partido ou associação deverá ficar com o seu – funcionamento vedado, - nos próprios termos da lei, em obediência ao preceito constitucional no já transcrito art. 141, n. 13<sup>430</sup>.

Esse parâmetro de apreciação confirma a proposta de controle judicial que examina a ação concreta dos partidos no cenário político, confirmando que a jurisdição sobre a fiscalização das diretrizes partidárias não se esgota nem preclui no momento da apreciação de seu registro pelo Tribunal Superior Eleitoral. Enquanto pretender sua conformação com a ordem legal, as siglas devem conseguir demonstrar que observam todos os requisitos exigidos para sua criação, não somente no plano formal de seu estatuto e programa, mas, sobretudo, no plano material da ação política concreta. Qualquer compreensão em sentido contrário que admitisse uma atuação partidária à margem de seu estatuto previamente aprovado pela Justiça Eleitoral, imune à intervenção judicial resultaria na coexistência de uma “duplicidade de estatutos”<sup>431</sup>, segundo anotou o Desembargador Cândido Lobo. Um registrado perante as instituições e outro clandestino.

Essa verticalidade da jurisdição eleitoral é necessária ao aperfeiçoamento dos instrumentos de controle democrático, pois não é normalmente por meio dos estatutos e programas dos partidos políticos que se extraem indicativos de suas tendências antidemocráticas. Na realidade, todos os grandes ditadores sempre bradavam que eles e seu partido político eram os verdadeiros representantes do povo e defensores da democracia. Sua ascensão ao poder, como se mencionou em Hitler, Mussolini e Chavez, aconteceu em consonância com a ordem formalmente democrática que vigorava até então. Portanto, o estatuto do partido não constitui prova definitiva de seu compromisso com o regime democrático. A Justiça Eleitoral pode e deve perquirir a atuação partidária concreta em

---

<sup>430</sup> TSE. **Cancelamento de Partido n. 411/RJ**, Op. Cit., p. 844.

<sup>431</sup> TSE. **Cancelamento de Partido n. 411/RJ**, Op. Cit., p. 863.

todas suas instâncias a fim de, em constatando condutas e práticas que compactuem e promovam a intolerância enquanto ação política, determinar a sua cassação, com base no caput do art. 17 da Constituição Federal, obviamente respeitando todo o devido processo legal, contraditório, ampla defesa e desde que fique comprovado que se trata de uma diretriz partidária e não uma ação isolada de um filiado.

### 3.2.2 Propaganda eleitoral

Da mesma forma que o regime jurídico dos partidos políticos se encontra de maneira esparsa na legislação eleitoral, a disciplina da propaganda eleitoral atravessa o Código Eleitoral, a Lei das Eleições (Lei n. 9.504/97) e as Resoluções que o Tribunal Superior Eleitoral edita para cada eleição. Para o pleito de 2020, regulamentou a matéria a Resolução TSE n. 23.610/2019. Essas serão as balizas normativas para investigar o tratamento da tolerância na propaganda eleitoral.

Não há na Constituição Federal regramento específico sobre a matéria, embora seus princípios preencham o significado da legislação infraconstitucional que rege a propaganda. No processo eleitoral brasileiro, as principais plataformas de divulgação dos candidatos visando à conquista do voto do eleitor são o rádio, a televisão, a imprensa e a internet. Fernanda Montenegro de Menezes Rizek e Rubens Naman Rizek Junior<sup>432</sup> explicam como as ferramentas de convencimento do eleitor durante a campanha eleitoral exploram técnicas de comunicação de massa capazes de exercer grande influência no corpo eleitoral. Historicamente, a propaganda gratuita na televisão a que os partidos e coligações fazem jus durante as campanhas sempre foi considerada o mais relevante espaço de convencimento da população, sendo possível traçar uma clara correlação entre o percentual de votos válidos conquistados pelos candidatos e o percentual do tempo de propaganda que lhe fora assegurado<sup>433</sup>, ainda que os resultados das urnas das eleições brasileiras de 2018 tenham sinalizado o forte potencial e alcance da propaganda veiculada na internet, sobretudo nas redes sociais.

---

<sup>432</sup> RIZEK, Fernanda Montenegro de Menezes; JUNIOR, Rubens Naman Rizek. **Marketing Político X Legislação Eleitoral**. In: CAGGIANO, Monica Herman Salem; MESSA, Ana Flávia; ALMEIDA, Fernanda Dias Menezes de. (Orgs.). *Direito Eleitoral em debate: estudos em homenagem a Cláudio Lembo*. São Paulo: Saraiva: 2013, p. 144.

<sup>433</sup> *Ibidem*, p. 144.



Existem regramentos específicos quanto a cada modalidade de propaganda, mas o que se afigura de interesse desta pesquisa são os limites normativos de conteúdo da publicidade dos candidatos, que abrangem todos os espaços de veiculação indistintamente. Os instrumentos à disposição dos atores eleitorais para deflagrar a judicialização da matéria são as representações eleitorais que se destinam à suspensão da propaganda questionada e os pedidos de direito de resposta, cada qual com procedimento e consequências jurídicas próprias. Nos dois casos, porém, há restrições conteudísticas à liberdade de expressão que norteiam o debate eleitoral a fim de assegurar uma proteção à tolerância.

Mais uma vez, depara-se com a sensível e problemática tensão normativa instaurada entre a liberdade de pensamento e o respeito a grupos socialmente discriminados, agora na seara da propaganda eleitoral, ambas premissas de igual envergadura constitucional. Já está mais do que consolidado no pensamento jurídico que não existe direito ou garantia absoluta, visto que sempre se admite sua restrição, em maior ou menor medida, em favor da coexistência de outros direitos fundamentais que igualmente merecem tutela. Não é preciso, todavia, recorrer a teorias hermenêuticas que se propõem a equacionar tais conflitos entre princípios constitucionais por meio da ponderação e sua banalização hoje em dia duramente criticada por diversos segmentos acadêmicos<sup>434</sup>. Sem dúvida, é um tema que envolve discussões sobre o ativismo judicial na condução do debate político, que é o âmago do processo democrático, justificando uma ampla extensão da liberdade de expressão e pensamento pelos atores eleitorais sujeitos ao escrutínio público.

O Tribunal Superior Eleitoral consagrou na eleição presidencial de 2014 um novo entendimento sobre os limites da propaganda eleitoral no rádio e na televisão, segundo o qual “as campanhas devem ser programáticas e propositivas, visando o esclarecimento do eleitor quanto a temas de interesse público”<sup>435</sup>, apesar de inexistir qualquer determinação na legislação eleitoral nesse sentido. Não se critica essa orientação com base em uma defesa de uma hermenêutica que seja puramente literal do ordenamento jurídico, mesmo porque são conceitos diferentes texto (o que está escrito) e norma (o que se diz sobre o que está escrito). O problema é quando o Poder Judiciário desborda de qualquer limite semântico do que está positivado nos estatutos para exercer uma interpretação que resulta em

---

<sup>434</sup> Lenio Streck é uma das principais vozes que lideram esse debate (STRECK, Lenio. **Verdade e Consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas**. Op. Cit.).

<sup>435</sup> Representação n. 1658-65.2014.6.00.0000. Classe 42. Brasília/DF. Rel. Min. Admar Gonzaga. Sessão em 16 de outubro de 2014.

praticamente novos dispositivos legais, como parece ser o caso<sup>436</sup>, criando uma limitação que o Legislador não quis, seja de maneira explícita ou implícita.

Quando o TSE adotou essa nova perspectiva nas eleições de 2014 havia um clima de grande acirramento entre a disputa das duas principais chapas presidenciais, o que levou a Corte a formular uma restrição que freasse os ataques de toda ordem que haviam ocupado os espaços de propaganda gratuita no rádio e na televisão. Ainda que por alguma justificativa de ordem pragmática que possa ser enaltecida, em princípio, pelos seus bons propósitos, sempre haverá algum resquício de autoritarismo no ativismo judicial quando se admite apostar na convicção pessoal dos julgadores à margem do controle das balizas legais. No campo da propaganda eleitoral, portanto, as intervenções judiciais merecem bastante cautela porque refletem diretamente no cerne do processo democrático, que postula um enfretamento legítimo e exaustivo daqueles que almejam a particular condição de representante popular.

Especificamente quanto aos contornos da defesa da tolerância na propaganda eleitoral, o Código Eleitoral, no art. 243, I, estipula que não será tolerada propaganda “de guerra, de processos violentos para subverter o regime, a ordem política e social ou de preconceitos de raça ou de classes”. Na Resolução TSE n. 23.610/2019, que dispôs sobre a propaganda eleitoral nas eleições de 2018, o referido dispositivo do Código Eleitoral foi reproduzido pelo art. 22, I, com uma extensão ainda maior, ao interditar a propaganda “que veicule preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação” (Constituição Federal, art. 3º, IV). No final de sua redação, consta uma menção expressa ao art. 3º, IV, da Constituição, que, por sua vez, elenca como objetivo fundamental da República Federativa do Brasil “promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação”.

No Código Eleitoral, vedou-se a propaganda que dissemine somente preconceito de raça ou classe. Todavia, conforme foi analisado no julgamento do Supremo Tribunal Federal de Siegfried Ellwanger, não subsiste mais na contemporaneidade uma perspectiva biológica de raça, motivo pelo qual deve ser apreendida em sua acepção social. Isso foi bem retratado na dicção art. 22, I, da Resolução TSE n. 23.610/2019, que incluiu no campo das proibições a discriminação por motivos de origem, sexo, cor, idade e todas as outras

---

<sup>436</sup> A jurisprudência formada contou com os votos dos Ministros Dias Toffoli, Gilmar Mendes, Luiz Fux e João Otávio de Noronha, vencidos os Ministros Admar Gonzaga, Maria Thereza de Assis Moura e Luciana Lóssio.

formas possíveis, em compatibilidade com o comando do art. 3º, IV, da Constituição da República, que foi mais abrangente no combate às formas de discriminação.

Podem, assim, os partidos políticos, candidatos e coligações ajuizarem representação contra qualquer responsável pela infração do dispositivo, isto é, adversários no processo eleitoral, veículos de comunicação ou eleitores. Caso constatada a presença da transmissão de propaganda eleitoral que denote discriminação de qualquer natureza, a consequência jurídica imediata é a proibição e suspensão da propaganda, seja na televisão, no rádio, na imprensa ou na internet. No ambiente virtual, que é o espaço para onde parece haver migrado com maior intensidade o debate eleitoral durante as campanhas, houve uma cautela específica expressa no art. 38, da Resolução TSE n. 23.610/2019, com as decisões judiciais que adotem essa providência, ao dispor que “a atuação da Justiça Eleitoral em relação a conteúdos divulgados na internet deve ser realizada com a menor interferência possível no debate democrático”. Logo após a advertência, o §1º do mesmo artigo complementa o sentido da diretriz interpretativa determinando que “as ordens judiciais de remoção de conteúdo divulgado na internet serão limitadas às hipóteses em que, mediante decisão fundamentada, sejam constatadas violações às regras eleitorais ou ofensas a direitos de pessoas que participam do processo eleitoral”, a fim de prestigiar a “liberdade de expressão” e “impedir a censura”.

A curiosa redação dos dispositivos parece ter mais importância simbólica do que densidade jurídica na resolução das controvérsias a esse respeito. Primeiro porque os termos vagos em que sugere “a menor interferência possível no debate democrático” não oferece nenhum parâmetro objetivo de aferição do grau de judicialização passível da matéria. O §1º do art. 38 não traz maiores esclarecimentos sobre o alcance perseguido pelo *caput*, na medida em que aduz como critério de satisfação do comando de que a interferência seja a menor possível a formulação de decisões fundamentadas e que verifiquem infrações às regras eleitorais ou ofensas às pessoas que participem do processo eleitoral, o que não difere em nada do que já se exige de todas as decisões judiciais, em termos de fundamentação, quanto à óbvia necessidade de constatação da hipótese de incidência da norma para sua subsunção.

No final das contas, o artigo traduz mais uma preocupação do Tribunal Superior Eleitoral, responsável pela edição da Resolução, que trouxe o dispositivo que inovou na legislação eleitoral, do que uma norma capaz de orientar os conflitos que surjam na esfera

virtual, que, de fato, consiste em um ambiente de ampla liberdade de seus usuários. Contudo, é evidente que não só nos casos de propaganda eleitoral na internet, mas em todas as suas modalidades, deve existir a menor intervenção judicial possível, compreendida como aquela decorrente das constatações de violações às regras eleitorais, inclusive a afronta ao art. 243, I, do Código Eleitoral, reproduzido com maior extensão no art. 22, I, da Resolução TSE n. 23.610/2019. Publicações na internet com viés eleitoral que caracterizem a veiculação de preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade ou quaisquer outras formas de discriminação autorizam inequivocamente a remoção de seu conteúdo. No contexto atual em que o debate eleitoral nas redes sociais é radicalmente intenso, há um acirramento das paixões e ódios que são mais facilmente externados na ficção do ambiente virtual do que na confrontação real, o que costuma desaguar em uma degradação da discussão pública em ofensas de toda ordem e, por conseguinte, aumenta o protagonismo da Justiça Eleitoral como órgão de controle e garantidor do aspecto civilizatório da propaganda eleitoral.

Se, na atmosfera virtual, o sentimento de distância do mundo institucional propicia que os eleitores caminhem com mais facilidade para a selvageria verbal, a publicidade sob responsabilidade dos candidatos, partidos e coligações costuma ser mais ortodoxa discursivamente. As sofisticadas técnicas e estratégias atuais de marketing político miram fortemente no inconsciente dos cidadãos e, por vezes, mais do que de maneira explícita, buscam moldar a opinião de maneira subliminar. Além disso, no ambiente público que é a veiculação da propaganda no rádio e na televisão pelos atores políticos, operacionalizado pela cadeia de emissoras formada sob a direção da Justiça Eleitoral, é maior o rigor da legislação eleitoral quanto à sua regulação do que no espaço virtual.

Assim, no capítulo relativo à propaganda eleitoral no rádio e na televisão, o art. 53, §1º, da Lei n. 9.504/97, estabelece ser “vedada a veiculação de propaganda que possa degradar ou ridicularizar candidatos, sujeitando-se o partido ou coligação infratores à perda do direito à veiculação de propaganda no horário eleitoral gratuito do dia seguinte”. Na mesma direção, a Resolução TSE n. 23.610/2019 proibiu, no art. 72, §1º, que a propaganda eleitoral degrade ou ridicularize de candidatos e, em caso de descumprimento, sujeita os responsáveis “à perda do direito à veiculação de propaganda no horário eleitoral gratuito no dia seguinte ao da decisão”.

Em ambas disposições, fica impedida a veiculação de propaganda no rádio e na televisão patrocinada pelos atores eleitorais que degradem ou ridicularizem seus adversários, o que, obviamente, não deve ser confundido com o amplo direito de crítica, ainda que ácida e dura, indissociável do embate político. Trata-se de um limite que nem sempre se apresenta de forma clara e objetiva, especialmente pelo recurso a diversas formas de propaganda subliminar que apostam os candidatos. Contudo, é uma tendência no âmbito das discussões sobre o processo eleitoral repensar o formato da propaganda levada ao ar no rádio e na televisão de modo priorizar o discurso e a plataforma política dos candidatos, conforme revela a mudança da jurisprudência do Tribunal Superior Eleitoral nas eleições de 2014, evitando-se que o marketing político seja capaz de deturpar e manipular artificialmente a vontade dos eleitores de maneira indevida.

Por isso, nas recentes minirreformas políticas que acontecem no ano que intermedeia os biênios eleitorais, houve uma modificação nos limites do conteúdo da propaganda na tentativa de torná-la mais sóbria. O art. 54, da Lei n. 9.504/97, com a redação dada pela Lei n. 13.165/2015 (Minirreforma de 2015), ao mesmo tempo em que restringiu a aparição no programa eleitoral apenas do candidato, em gravações internas e externas, e seus apoiadores, também vedou o recurso a montagens, trucagens, computação gráfica, desenhos animados e efeitos especiais. Foi acrescida na legislação ainda a possibilidade de serem veiculadas entrevistas com o candidato e de cenas externas nas quais sejam abordadas realizações de governo, falhas administrativas na execução de obras públicas ou na prestação de serviços públicos em geral, ou atos parlamentares e debates legislativos, desde que esses temas sejam expostos pessoalmente pelo candidato (art. 54, §2º, da Lei das Eleições).

O regime jurídico da propaganda eleitoral no rádio e televisão se submete a restrições específicas que não atingem outras modalidades, priorizando um conteúdo propositivo, com uma série de limitações quanto à participação de terceiros e às técnicas visuais e gráficas de gravação de imagens. Essa tendência na regulação da propaganda reforça o repúdio a abordagens que ridicularizem e degradem os candidatos pelos seus adversários, que, curiosamente, persiste como vedação aos candidatos, partidos e coligações, mas que foi declarada inconstitucional quando dirigida às emissoras de televisão durante sua programação normal. O art. 55, da Lei n. 9.504/97, cuja inconstitucionalidade não foi suscitada, impõe à propaganda eleitoral no horário gratuito as

interdições do art. 45, I e II, sendo que este último inciso foi reputado incompatível com a ordem constitucional pelo Supremo Tribunal Federal, no julgamento da ADI n. 4451/DF, movida pela Associação Brasileira de Emissoras de Rádio e Televisão (ABERT), sob Relatoria do Ministro Alexandre de Moraes, julgada em 21 de junho de 2018. Na ementa do acórdão constaram as seguintes premissas:

(...) 1. A Democracia não existirá e a livre participação política não florescerá onde a liberdade de expressão for ceifada, pois esta constitui condição essencial ao pluralismo de ideias, que por sua vez é um valor estruturante para o salutar funcionamento do sistema democrático. 2. A livre discussão, a ampla participação política e o princípio democrático estão interligados com a liberdade de expressão, tendo por objeto não somente a proteção de pensamentos e ideias, mas também opiniões, crenças, realização de juízo de valor e críticas a agentes públicos, no sentido de garantir a real participação dos cidadãos na vida coletiva. 3. São inconstitucionais os dispositivos legais que tenham a nítida finalidade de controlar ou mesmo aniquilar a força do pensamento crítico, indispensável ao regime democrático. Impossibilidade de restrição, subordinação ou forçosa adequação programática da liberdade de expressão a mandamentos normativos cerceadores durante o período eleitoral. 4. Tanto a liberdade de expressão quanto a participação política em uma Democracia representativa somente se fortalecem em um ambiente de total visibilidade e possibilidade de exposição crítica das mais variadas opiniões sobre os governantes. 5. O direito fundamental à liberdade de expressão não se direciona somente a proteger as opiniões supostamente verdadeiras, admiráveis ou convencionais, mas também aquelas que são duvidosas, exageradas, condenáveis, satíricas, humorísticas, bem como as não compartilhadas pelas maiorias. Ressalte-se que, mesmo as declarações errôneas, estão sob a guarda dessa garantia constitucional. 6. Ação procedente para declarar a inconstitucionalidade dos incisos II e III (na parte impugnada) do artigo 45 da Lei 9.504/1997, bem como, por arrastamento, dos parágrafos 4º e 5º do referido artigo.

Foram invocados como razões de decidir a indiscutível importância da liberdade de expressão e crítica para o aperfeiçoamento do pluralismo político no regime democrático, que determinaria a impossibilidade jurídica de “restrição, subordinação ou forçosa adequação programática” da agenda dos veículos de comunicação durante o processo eleitoral. Assentou-se que estão abrangidas no direito fundamental de livre expressão não apenas “opiniões supostamente verdadeiras, admiráveis ou convencionais, mas também aquelas duvidosas, exageradas, condenáveis, satíricas, humorísticas, bem como as não compartilhadas pelas maiorias”. A decisão firmada pelo Supremo Tribunal Federal merece cautela na sua compreensão para que não se subverta a sistemática de proteção desenhada na legislação eleitoral.

Chama a atenção a semelhança do conteúdo do art. 45, II, da Lei n. 9.504/97, que foi declarado inconstitucional, com a redação do art. 53, §1º, do mesmo diploma legal, atualmente em plena vigência. O primeiro dispositivo preceitua ser vedado às emissoras de rádio e televisão, depois de encerrado o prazo para realização das convenções partidárias, em sua programação normal e em seu noticiário, “usar trucagem, montagem ou outro recurso de áudio ou vídeo que, de qualquer forma, degradem ou ridicularizem candidato, partido ou coligação, ou produzir ou veicular programa com esse efeito”. Essa hipótese não trata da propaganda eleitoral propriamente dita, confeccionada pelos candidatos para serem expostas durante o horário gratuito. A restrição, posteriormente reputada inconstitucional, deveria ser cumprida pelas emissoras de rádio e televisão no âmbito de sua programação normal, que continua sendo veiculada entre as convenções partidárias e o final das eleições, o que foi interpretado como espécie de censura prévia ao direito de criticar no processo eleitoral, segundo consta em passagem do voto do Ministro Alexandre de Moraes:

São inconstitucionais, portanto, quaisquer leis ou atos normativos tendentes a constringer ou inibir a liberdade de expressão a partir de mecanismos de censura prévia (Smith vs. California, 361 U.S. 147, 1949; Speiser vs. Randall, 357 U.S. 513, 1958), como na presente hipótese, em que os dispositivos legais impugnados interferem prévia e diretamente na LIBERDADE ARTÍSTICA – ao pretender definir o formato e conteúdo da programação e restringir a própria criatividade, elemento componente da liberdade de expressão, estabelecendo a vedação, durante o período eleitoral, de “trucagem, montagem ou outro recurso de áudio e vídeo” que tenha por objeto a pessoa de candidatos, partidos ou coligações – e na LIBERDADE JORNALÍSTICA E DE OPINIÃO – ao pretender impedir a difusão de “opinião favorável ou contrária” a candidatos, partidos e coligações.

A inconstitucionalidade a que se refere o Ministro quanto à interferência estatal prévia e direta na liberdade artística está relacionada à proibição legislativa da utilização de trucagem, montagem ou outro recurso de áudio e vídeo em relação aos atores políticos, que integraria a esfera intransponível de proteção constitucional da liberdade de opinião. Portanto, a inconstitucionalidade do art. 45, II, da Lei n. 9.504/97 não se baseia na incompatibilidade da ordem constitucional com a proibição de degradar ou ridicularizar candidatos. Tanto é assim que subsistem no ordenamento jurídico, conforme já foi evidenciado, diversos outros dispositivos com a redação análoga àquela declarada

inconstitucional, determinando a vedação de sua veiculação no ambiente do horário eleitoral gratuito no rádio e na televisão.

Conclui-se, assim, que, de fato, para o Supremo Tribunal Federal afronta a ordem constitucional interferir de maneira substancial na liberdade das emissoras, estipulando-se conteúdos e técnicas de edição que deveriam ser proibidos durante o processo eleitoral. Situação diversa é a propaganda eleitoral sob responsabilidade dos atores políticos e transmitida no horário que lhes é reservado pelas emissoras, em que é incontrovertidamente vedada propaganda que possa degradar ou ridicularizar candidatos, bem como o uso de trucagem e montagem, que foram definidos respectivamente nos §§4<sup>o</sup><sup>437</sup> e 5<sup>o</sup><sup>438</sup>, do art. 45, da Lei das Eleições e que, apesar de haverem sido declarados inconstitucionais por arrastamento, oferecem conceitos que orientam sua aplicação nas outras modalidade de propaganda.

Logo, na medida em que estão interditadas propagandas eleitorais na esfera do rádio e da televisão que possam degradar candidatos, está abrangida na esfera de proteção da legislação eleitoral a proibição de expressões que desqualifiquem seus adversários por motivos discriminatórios, como já antecipava o art. 243, I, do Código Eleitoral, que apenas fortalece essa orientação. Apregoar o preconceito, explícita ou implicitamente, na propaganda eleitoral contra candidatos ou partidos se constitui forçosamente em conduta que degrada a imagem de seu opositor, portanto proibida pela ordem jurídica.

Além das representações judiciais que visam à suspensão do conteúdo proibido, há outra ferramenta prevista na legislação eleitoral capaz de coibir manifestações de intolerância que contaminem o processo eleitoral, que é o direito de resposta. Enquanto a primeira modalidade de ação judicial diz respeito à ilegalidade da propaganda em si e pode resultar na sua suspensão ou perda do tempo correspondente de propaganda quando veiculada no rádio ou na televisão, o direito de resposta pretende reparar o candidato, partido ou coligação que for lesada, “ainda que de forma indireta, por conceito, imagem ou afirmação caluniosa, difamatória, injuriosa ou sabidamente inverídica, difundidos por qualquer veículo de comunicação social”, conforme assegurado pelo art. 58, da Lei n.

---

<sup>437</sup> Art. 45 (...) §4<sup>o</sup> Entende-se por trucagem todo e qualquer efeito realizado em áudio ou vídeo que degradar ou ridicularizar candidato, partido político ou coligação, ou que desvirtuar a realidade e beneficiar ou prejudicar qualquer candidato, partido político ou coligação.

<sup>438</sup> §5<sup>o</sup> Entende-se por montagem toda e qualquer junção de registros de áudio ou vídeo que degradar ou ridicularizar candidato, partido político ou coligação, ou que desvirtuar a realidade e beneficiar ou prejudicar qualquer candidato, partido político ou coligação.



9.504/97. Sua índole é diretamente constitucional sob a roupagem de direito fundamental, estampado no art. 5º, V, da Constituição Federal, assim delimitado: “é assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem”. Ao contrário da remoção e suspensão de propaganda eleitoral, o direito de resposta deve ser compreendido sob a perspectiva de direito fundamental do agravado, cuja ofensa reflete na lisura e higidez do processo eleitoral.

Sempre que verificada afirmação caluniosa, difamatória, injuriosa ou sabidamente inverídica no contexto do debate eleitoral assistirá legitimidade ao partido, candidato ou coligação para pleitear na Justiça Eleitoral a concessão de direito de resposta. Concomitantemente, o Código Eleitoral interdita a propaganda eleitoral que “que caluniar, difamar ou injuriar quaisquer pessoas, bem como órgãos ou entidades que exerçam autoridade pública”, conforme art. 243, IX, motivo pelo qual é comum que o pedido de direito de resposta possa estar entrelaçado com a hipótese de suspensão de propaganda irregular. É assegurado ainda, pelo art. 243, § 1º, o direito à indenização na esfera cível pelo dano moral, sem prejuízo da apuração criminal do delito correspondente praticado pelo agressor, que pode vir a ser tipificado como crime pelo Código Eleitoral nos artigos 323, 324, 325 e 326, a serem processados e apurados no âmbito da jurisdição eleitoral.

A reparação da ofensa com a concessão do direito de resposta pode se concretizar na imprensa escrita, na programação normal de rádio e televisão, no horário eleitoral gratuito e na internet, a depender da plataforma onde haja sido veiculado o agravo. A importância da resolução dos conflitos que envolvem direito de resposta lhes garante a prioridade de tramitação em relação aos demais processos em curso na Justiça Eleitoral, juntamente com as representações por propaganda irregular em rádio, televisão e internet, por determinação do art. 58 da Lei das Eleições. O reconhecimento judicial na concessão do direito de resposta garante ao ofendido ocupar o mesmo espaço e proporção para contrapor a afirmação reputada ofensiva, assegurando a paridade entre os candidatos. Assim como manifestações de intolerância podem assumir a roupagem de calúnia, difamação ou injúria, sobretudo enquanto injúria racial, também pode vir a ser caracterizada por meio de afirmação “sabidamente inverídica”, que se afigura igualmente como hipótese de cabimento para o direito de resposta.

A definição do que deve ser compreendido no conceito jurídico de afirmação “sabidamente inverídica” é necessariamente problemática. Antes de tudo, é preciso

reconhecer que até hoje a Filosofia se estremece em discussões de epistemologia na tentativa de vislumbrar se existiria um conceito de verdade e, caso afirmativo, se seria acessível ao intelecto humano. Todas as nuances do processo cognitivo da relação de conhecimento de influência recíproca que se forma entre sujeito e objeto inquietam o domínio das certezas que poderiam ser perseguidas na crença da existência de uma única verdade objetivamente comprovada. No campo jurídico, formulam-se teorias da prova que pretendem admitir como suficiente uma aproximação possível entre realidade e seus limites de comprovação na instrução processual para embasar as decisões judiciais, haja vista a impossibilidade de reconstrução fiel de qualquer face da vida a ser instrumentalizada pelo processo judicial, o que atrai o recurso a presunções e ficções jurídicas para auxiliarem a reconstrução de uma verdade possível.

No âmbito do processo eleitoral, sobretudo em procedimento de direito de resposta, que é particularmente célere e não comporta ampla dilação probatória, a Justiça Eleitoral concebeu o cabimento do direito de resposta sob essa hipótese em uma acepção bastante estreita, considerando como sabidamente inverídica aquela afirmação que pode ser aferida de plano<sup>439</sup>. Dada a clara dificuldade, pelos motivos expostos, do que seria estabelecer uma discussão com profundidade sobre a veracidade ou não de determinadas informações, o Tribunal Superior Eleitoral tem priorizado a liberdade de informação e a autonomia do eleitor para distinguir as informações que possam ser falsas, a não ser em situações que manifestamente atravessaram a barreira da realidade.

É por meio da interpretação desse dispositivo que perpassa uma limitação jurídica ao fenômeno das *fake news*, que infestam o debate eleitoral com distorções grosseiras para desqualificar adversários e geralmente incitam o ódio entre diversos grupos políticos, seja por meio de montagens ofensivas ou teorias conspiratórias sem nenhum amparo fático. Apesar do esforço do Ministro Luiz Fux durante o exercício da presidência do Tribunal Superior Eleitoral, que antecedeu a presidência da Ministra Rosa Weber nas eleições de 2018, em conduzir uma agenda de combate à *fakenews*, raros foram os episódios em que a Justiça Eleitoral interviu para coibir uma afirmação sabidamente inverídica. O mais notável

---

<sup>439</sup> “(...) 3. O fato sabidamente inverídico a que se refere o art. 58 da Lei nº 9.504/97, para fins de concessão de direito de resposta, é aquele que não demanda investigação, ou seja, deve ser perceptível de plano”. (TSE. Representação nº 139448 - BRASÍLIA – DF. Rel. Min. Admar Gonzaga. PSESS 02/10/2014)

caso aconteceu em uma representação que pugnava direito de resposta e remoção de vídeo publicado na internet contra um candidato que levantava suspeitas de fraude no possível resultado das eleições presidenciais.

A representação ajuizada pretendia a suspensão da propaganda com a conseqüente remoção do conteúdo do ambiente virtual com base no art. 242 do Código Eleitoral e no art. 17, X, da Resolução TSE n. 23.551/2017<sup>440</sup>, vigente à época do pleito de 2018, bem como as manifestações questionadas consistiriam em fatos sabidamente inverídicos, aptos a ensejar a concessão do direito de resposta. O Relator, Ministro Carlos Horbach, votou pelo improvimento do recurso interposto contra sua decisão monocrática, que não reconhecia nenhuma afronta à legislação eleitoral em matéria de propaganda. Coube ao Ministro Edson Fachin inaugurar a divergência que prevaleceu no plenário do Tribunal Superior Eleitoral, a fim de determinar a remoção do conteúdo, especificamente pela preocupação com a seguinte declaração do então candidato: “A grande preocupação realmente não é perder no voto. É perder na fraude. Então, essa possibilidade de fraude no segundo turno, talvez até no primeiro, é concreta”<sup>441</sup>. Em relação a essa manifestação, entendeu o Ministro que a “afirmação de que a possibilidade de fraude é concreta desborda da limitação da crítica e adentra o campo da agressão à honorabilidade da Justiça Eleitoral e (...) entendo que onde não há limite não há liberdade”<sup>442</sup>. Por sua vez, o Ministro Alexandre de Moraes, na mesma direção do Ministro Edson Fachin, taxou diretamente como *fake news* a mencionada passagem do vídeo que colocava em dúvida a credibilidade da urna eletrônica:

Não há nenhuma comprovação de fraude. Há boatos desde as eleições anteriores e, com a tecnologia, os boatos se transformaram em fake news. Há diversas pessoas que simulam e fraudam vídeos, mas o que há, na verdade, é a constatação de que, desde o início das urnas eletrônicas, as eleições representam muito mais a vontade popular, a colidência entre a vontade do eleitor e o resultado, do que representavam anteriormente<sup>443</sup>.

---

<sup>440</sup> Art. 17. Não será tolerada propaganda, respondendo o infrator pelo emprego de processo de propaganda vedada e, se for o caso, pelo abuso de poder (Código Eleitoral, arts. 222, 237 e 243, incisos I a IX; Lei nº 5.700/1971; e Lei Complementar nº 64/1990, art. 22): (...) X - que caluniar, difamar ou injuriar qualquer pessoa, bem como atingir órgãos ou entidades que exerçam autoridade pública;

<sup>441</sup> TSE. Recurso em Representação nº 060129842 - BRASÍLIA – DF. Rel. Min. Carlos Horbach. PSESS 25/10/2018.

<sup>442</sup> *Ibidem*.

<sup>443</sup> *Ibidem*.

Assim, a difícil constatação da existência de *fakenews*, ou fato sabidamente inverídico, na terminologia da legislação brasileira, se explica porque normalmente as notícias falsas não se apresentam nessa condição de maneira autoevidente. As *fakenews* costumam se apresentar como meias verdades, que às vezes partem de fatos que são verdadeiros na sua origem, mas que são distorcidos e deturpados de uma maneira sofisticada para fabricar uma realidade diferente. A fronteira entre o momento que uma verdade se converte em mentira é tênue nesse processo de verificação. Precisamente por causa dessa dificuldade cognoscível é que a Justiça Eleitoral resiste a enfrentar o conceito com maior verticalidade e é sob esse formato que muitas manifestações de intolerância adentram no processo eleitoral.

Um emblemático julgamento do Tribunal Regional Eleitoral do Ceará nas eleições para a Prefeitura de Fortaleza no ano 2004 demonstra como a disseminação do preconceito operou de maneira dissimulada na propaganda eleitoral submetida ao crivo de sua jurisdição, sendo atualmente ainda mais sofisticadas as técnicas de marketing político do que já o eram naquela época. Tratava-se de peça publicitária veiculada no horário gratuito no rádio, que acusava determinada candidatura de incluir o ensino da homossexualidade nas escolas municipais. Dessa forma, foi ajuizado pedido de direito de resposta, que foi negado pela primeira instância, com base na suposta ilegitimidade da coligação para figurar no polo ativo da demanda, mas concedido em sede recursal, pela maioria dos integrantes da Corte Eleitoral alencarina. Para demonstrar como efetivamente se esconde a incitação ao preconceito na propaganda eleitoral, merece ser analisado o trecho do conteúdo que foi veiculado no rádio em sua inteireza:

OUVINTE: É Roberto, do Conjunto Ceará. Ouvi o Programa de ontem. Liguei várias vezes, mas não consegui. Como é esse negócio de ensinar homossexualismo na escola municipal?

HOMEM: Muito bem, Sr. Roberto, mas acho melhor o Sr. ligar para outro programa, que sabe da proposta. O que nós vimos é o que está no Jornal O GLOBO, do Rio de Janeiro. A matéria diz que o programa de governo deles incluirá nas escolas municipais disciplina sobre educação sexual com conteúdo programático positivo sobre homossexualidade. Essa matéria saiu no dia 9 de outubro.

OUVINTE: Olha, estou um pouco confuso. Acho que é muito cedo pra criança aprender isso. Não concordo.

OUVINTE: É Maria, do José Walter. É verdade esse negócio de 'gay' nas escolas municipais? Que loucura, são crianças ainda.

MULHER: Dona Maria, já expliquei pro outro ouvinte que isso é apenas uma proposta.

PERSONAGEM: É Priscila. Olha, eu estou ouvindo o programa e adorei essa proposta. Tem que começar cedo. Vai ser bom demais. Ah, querida, vamos tomar conta de Fortaleza!<sup>444</sup>.

O Tribunal Regional Eleitoral do Ceará havia decidido no dia anterior ao julgamento do mérito do recurso reformar a decisão monocrática do Relator do processo na segunda instância, Juiz Celso Albuquerque de Melo, para cassar a decisão liminar que atribuiu efeito suspensivo ao recurso para suspender a veiculação da referida propaganda, mas sem a concessão do direito de resposta. Ainda quando na ocasião do primeiro julgamento que versava sobre a ação cautelar, consignou o Relator que, embora seja plenamente lícito reproduzir reportagens de jornais, “o problema é que o fez de forma desvirtuada e com indisfarçável ranço de preconceito aos homossexuais”<sup>445</sup>, na medida em que “ainda, que de forma subliminar, mas incontestemente, insinua que nas aulas haverá incitação a tal prática, havendo forte apologia ao preconceito contra homossexuais”<sup>446</sup>.

Realmente, conforme foi discorrido, as manifestações de intolerância em ambiente institucional como a propaganda veiculada no rádio ou televisão, sob a responsabilidade imediata dos atores políticos quanto ao seu conteúdo, difere bastante do tom selvagem e explícito que contamina a propaganda eleitoral nas redes sociais da internet. Dificilmente haverá uma ofensa diretamente desferida por um adversário a outro com acusações manifestamente desqualificadoras por motivos de preconceito. A ofensa está presente de maneira muito mais sutil. Segundo se verifica na peça publicitária questionada, a propaganda da coligação simulava um programa de rádio em que apresentadores conversavam com ouvintes que se mostravam preocupados com a suposta inclusão nas escolas municipais de “disciplina sobre educação sexual com conteúdo programático positivo sobre homossexualidade”, que integraria uma das propostas da coligação adversária.

É óbvio que seria e é absolutamente lícito criticar ou discordar de propostas ou programas dos candidatos que disputam o processo eleitoral, independentemente do tema. Não se admite a obstrução do debate de questões relacionadas a gênero, raça, ou orientação sexual, que penalize todas as opiniões contrárias, conservadoras ou progressistas, quanto a

---

<sup>444</sup> TRE-CE. Processo n. 1321. Fortaleza. Rel. Juiz Celso Albuquerque de Melo. PSESS 26/10/2014.

<sup>445</sup> TRE-CE. Agravo Regimental na Ação Cautelar n. 11133. Fortaleza/CE. Rel. Juiz Celso Albuquerque Macedo. PSESS 22/10/2004, p. 192.

<sup>446</sup> *Ibidem*, p. 192.

temas moralmente controversos na sociedade e que estão sujeitos a diferentes percepções e argumentos que podem justificar determinada visão de mundo. Assim acontece com a discussão acerca da inclusão do ensino da educação sexual nas escolas, que, na condição de assunto de interesse público, merece ser debatido com profundidade crítica e distante de uma perspectiva dogmática.

A ilegalidade da propaganda eleitoral não advém, portanto, do mérito da posição favorável ou contrária a determinada política pública, ainda que sensível à sociedade. O desbordamento dos limites legais se manifesta a partir da análise dos argumentos e da forma do discurso adotados para justificar um juízo positivo ou negativo sobre o tema. No caso concreto, são formulados diálogos com expressões manifestamente pejorativas sobre a homossexualidade, que nada dizem respeito ao debate público que pode ser licitamente travado quanto ao acerto ou desacerto da proposta de inclusão de educação sexual nas escolas públicas. Poderia ser argumentado que até determinada idade a criança não teria maturidade para ou conhecimento mínimo acumulado para estar em contato crítico com o tema, como sugere a preocupação de uma ouvinte no programa de rádio, sem que isso, por si só, denote a exteriorização de preconceito.

A afronta à tutela da tolerância se materializa pela abordagem e pelo tom que os interlocutores transparecem quando estão analisando a proposta. De início, um ouvinte indaga “como é esse negócio de ensinar homossexualismo na escola municipal?”, o que já evidencia de plano a distorção da disciplina de educação sexual, que significaria o mesmo que “ensinar homossexualismo” nas escolas públicas, ou seja, direcionar e estimular a formação de uma orientação sexual dos alunos, que nada tem a ver com o verdadeiro conteúdo de ensino. Sequer é preciso recorrer à exclusão desde 1990 pela Organização Mundial de Saúde da lista de patologias o “homossexualismo”, que atualmente foi substituído pelo termo “homossexualidade” pela inadequação do sufixo “ismo”, que denota condição patológica, uma vez que a própria pergunta já carrega consigo uma deformação da realidade que valora negativamente uma orientação sexual.

Não fosse o suficiente, a indagação do ouvinte é “esclarecida” pelo apresentador, que se reporta ao programa de governo da coligação adversária para afirmar que haverá a inclusão nas escolas municipais de “disciplina sobre educação sexual com conteúdo programático positivo sobre homossexualidade”. Novamente procura se induzir o pensamento de que a educação sexual se confunde com estímulo à homossexualidade, com

base na existência de um “conteúdo programático positivo”, como se coubesse cogitar de que há algo de positivo ou negativo relacionado à determinada orientação sexual, ideia que, à toda evidência, é completamente incompatível com tolerância exigida constitucionalmente no tratamento de todas as diferenças.

Finalmente, uma outra ouvinte insiste na mesma pergunta, reforçando os preconceitos imergidos na discussão do tema, ao questionar no programa se seria verdade esse “negócio de gay” nas escolas municipais. Há uma redução de toda uma proposta de projeto pedagógico, com uma base acadêmica, à condição de “negócio de gay”. Agora de maneira até mais explícita reaparece a associação do ensino de educação sexual como medida de reforço à homossexualidade, que é apresentado como motivo de preocupação e discordância entre aqueles que foram ouvidos no programa.

A construção narrativa dos diálogos vista sob essa perspectiva revela exatamente o universo em que transita a disseminação do preconceito e o reforço, de maneira mais ou menos implícita, à formação de juízos negativos na população em função exclusivamente de um aspecto da identidade dos seres humanos que integram sua esfera de autodeterminação e dignidade constitucionalmente intangíveis. Quando da apreciação inicial da medida cautelar pelo plenário do Tribunal Regional Eleitoral do Ceará, o Relator, Juiz Celso Albuquerque de Macedo, foi implacável em repudiar a ilegalidade da propaganda, ressaltando que em um “país em que índios são queimados vivos, moradores de rua são barbaramente espancados até a morte e minorias sexuais são objeto de agressões físicas e morais, a intolerância e o preconceito devem ser combatidos a todo custo”<sup>447</sup>. Não obstante, examinou ainda a proposta como desdobramento de uma ação afirmativa destinada a coibir desde as escolas o florescimento de discriminações de toda ordem, bem como salientou que já existe nos Parâmetros Curriculares Nacionais do Ministério da Educação, no item Orientação Sexual, a proposta de discussões de assuntos como masturbação, iniciação sexual, namoro, aborto, disfunções sexuais, prostituição, pornografia e, também, homossexualidade, visando ao bem-estar das crianças e jovens no presente e futuro, a fim de cultivar o respeito à diversidade de valores, crenças e orientações sexuais enquanto garantia da dignidade do ser humano e evitar comportamentos discriminatórios e intolerantes contra estereótipos.

---

<sup>447</sup> *Ibidem*, p. 193.

Depois de vencido no referido julgamento pela maioria que adotou a corrente que priorizou a liberdade de expressão e conferiu uma maior extensão ao direito de criticar programas de adversários, quando da apreciação do mérito do recurso, reafirmou o Relator, Juiz Celso Albuquerque Macedo, os termos de sua anterior decisão, apontando que a distorção do programa da outra candidatura afrontava o objetivo fundamental da República consistente em promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação, estampado no art. 3º, IV, da Constituição Federal de 1988, um dos pilares da proteção jurídica à tolerância no ordenamento jurídico. Por vislumbrar ofensa somente ao art. 243, I, do Código Eleitoral, votou o Relator pela proibição da veiculação da propaganda no rádio, mas indeferiu o direito de resposta pleiteado.

A divergência dessa vez foi inaugurada pelo Juiz Antonio Abelardo Benevides Moraes para, além de determinar a suspensão da propaganda desfigurada no rádio, reconhecer a hipótese de fato sabidamente inverídico, na medida em que não há menção ao “ensino de homossexualismo” nas escolas públicas no programa da coligação acusada da iniciativa, configurando desvirtuamento de seu conteúdo programático, suficiente para a concessão do direito de resposta. Esse foi o entendimento que prevaleceu na maioria do Tribunal Regional Eleitoral, que consignou na ementa do julgado premissa segundo a qual “quando o conteúdo da propaganda eleitoral não se limita à crítica do programa de governo, mas realiza abordagem inverídica, desvirtuando o seu conteúdo programático, há de ser concedido o direito à retorsão”<sup>448</sup>. Prevaleceu ao final da controvérsia, portanto, a caracterização da peça publicitária exibida no horário eleitoral gratuito no rádio como ilegal tanto sob o ângulo do art. 243, I, do Código Eleitoral (propaganda irregular), quanto do art. 58, da Lei n. 9.504/97 (direito de resposta), uma vez que foi constatada apologia ao preconceito e fato sabidamente inverídico acerca da deturpação do ensino da disciplina de educação sexual como estímulo à homossexualidade.

O caso apreciado nas eleições de 2004 permanece atual em vários aspectos. Revela como as peças de propaganda normalmente incutem, de maneira subliminar e quase que invisível, as expressões de intolerância por meio da construção de narrativas que reforçam preconceitos que a Constituição buscou reprimir. Não costumam existir acusações recíprocas entre candidatos com adjetivações manifestamente discriminatórias, pois as

---

<sup>448</sup> TRE-CE. Processo n. 13021. Fortaleza/CE. Rel. Juiz Celso Albuquerque Macedo. PSESS 26/10/2004.



modernas estratégias de persuasão do eleitor procuram agir principalmente na esfera de seu inconsciente. Por isso, situações aparentemente banais são retratadas com objetivos mais ou menos explícitos a serem interpretadas como um pedido de voto em favor de determinado candidato ou para despertar a desaprovação a um concorrente.

A atuação da Justiça Eleitoral na repressão da intolerância na propaganda eleitoral em todas as suas formas não deve deixar de mirar a carga histórica e sociológica de violência que impera nas relações de opressão que subtraem a dignidade de diversos grupos sociais. Há que se respeitar a amplitude da liberdade de expressão com toda a envergadura necessária ao pleno desenvolvimento do embate eleitoral como pressuposto do regime democrático, que, por sua vez, também implica o dever civilizatório de discutir e criticar projetos e ideias sem incorrer em apologias ao preconceito ou à discriminação como instrumento de conquista de votos.

### *3.2.3 Inelegibilidade*

Outro diploma normativo de grande repercussão no processo eleitoral é o estatuto das inelegibilidades estabelecidas na Lei Complementar n. 64/90, com as modificações da Lei Complementar n. 135/2010, conhecida como Lei da Ficha Limpa. O tema é um dos mais sensíveis do regime democrático, pois se constitui em restrições jurídicas ao exercício do direito político fundamental dos cidadãos se habilitarem a disputar mandatos eletivos. Logo, na essência, toda e qualquer intervenção judicial nessa matéria estará refletindo no âmago da democracia, que pressupõe a livre disputa e participação dos indivíduos no espaço público, na condição de titulares da soberania, segundo proclamado pelo parágrafo único do art. 1º, da Constituição Federal: “Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição”.

Na história do constitucionalismo, os direitos políticos estão incluídos na categoria de direitos fundamentais de primeira geração, ao lado dos direitos civis, que consistiam, acima de tudo, em garantias do cidadão contra a interferência do Estado na sua esfera de autonomia. Passaram a integrar os textos constitucionais sob os auspícios das revoluções francesa e estadunidense no século XVIII, em uma acepção claramente liberal de oposição entre Estado e sociedade. Na Constituição da República de 1988, consta no Título II, relativo aos direitos e garantias fundamentais, o Capítulo IV, intitulado “Dos direitos políticos”, embora a ele não se

resumam, haja vista outros preceitos constitucionais que irradiam no exercício dos direitos políticos, como o Capítulo V do mesmo título, que trata dos partidos políticos, ou mesmo a indicação da cidadania (art. 1º, II) e do pluralismo político (art. 1º, V) como fundamentos da República.

Em sua dimensão positiva, os direitos políticos fundamentais significam a capacidade jurídica para exercer o direito de sufrágio, isto é, a aptidão legal para expressar sua preferência eleitoral por meio do voto durante as eleições, plebiscitos, referendos ou quaisquer consultas populares. Traduz-se na capacidade eleitoral ativa. Em sua dimensão negativa, os direitos políticos consistem na impossibilidade jurídica de ser votado para determinado cargo público no processo eleitoral, representando o conceito de capacidade eleitoral passiva.

Sem aprofundar o dogmatismo do extenso rol de classificações presentes na teoria das inelegibilidades, importa ressaltar para o objeto deste estudo sua distinção quanto à origem (constitucional ou infraconstitucional) e quanto à natureza (inata ou cominada). Por evidente, as inelegibilidades constitucionais e infraconstitucionais se explicam segundo sua previsão legal advir diretamente do texto constitucional ou em lei complementar, que é o instrumento legal determinado pelo art. 14, §9º, da Constituição, para o estabelecimento de novas hipóteses de inelegibilidade. Quanto à natureza, inatas são aquelas inelegibilidades que ocorrem pelo não preenchimento de condição de elegibilidade, ao passo que a cominada se manifesta como consequência de prática de algum ato ilícito. É, pois, na condição de inelegibilidade infraconstitucional cominada que se situa a Lei Complementar n. 64/90 (Estatuto das Inelegibilidades), que se aprofundará o exame de sua relação com a proteção da tolerância no processo eleitoral.

Definir a natureza jurídica das inelegibilidades é assunto nebuloso e até hoje em dia sem uma posição clara e pacífica que oriente de maneira definitiva suas consequências jurídicas. O Supremo Tribunal Federal, ao ser instado a decidir sobre a constitucionalidade da Lei Complementar n. 135/2010 (Lei da Ficha Limpa), no julgamento das Ações Declaratórias de Constitucionalidade nº 29 e 30 e na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4578, travou intenso debate acerca da equiparação da inelegibilidade ao conceito pena e a incidência de todos os efeitos jurídicos correlatos, sobretudo quanto à possibilidade da extensão do prazo de inelegibilidade de 5 para 8 anos para as hipóteses aperfeiçoadas anteriormente ao advento da nova lei. Essa celeuma ainda é objeto de grandes divergências no Tribunal Superior Eleitoral, dada a permanente rotatividade de seus integrantes, assim

como no Supremo Tribunal Federal, que, a depender da convicção de cada Ministro, elege uma solução distinta para a controvérsia. De toda sorte, essa indefinição que subsiste quanto à sua natureza jurídica na jurisprudência não refletirá frontalmente no aspecto a ser analisado, visto que o reconhecimento ou não da condição de pena não interfere na proposta de interpretação das inelegibilidades sob a perspectiva de tutela da tolerância que se pretende levar a efeito.

As restrições jurídicas à capacidade eleitoral passiva, apontadas diretamente pelo texto constitucional, não estão associadas explicitamente à repressão da intolerância, pois versam, sobretudo, quanto ao impedimento dos analfabetos e inalistáveis (art. 14, §4º) e por parentesco (art. 14, §7º). Contudo, a Constituição autorizou a criação de outras hipóteses de inelegibilidade por meio de lei complementar além daquelas previstas no seu texto com a finalidade de “proteger a probidade administrativa, a moralidade para exercício de mandato considerada vida pregressa do candidato, e a normalidade e legitimidade das eleições contra a influência do poder econômico ou o abuso do exercício de função, cargo ou emprego na administração direta ou indireta”, a teor do art. 14, §9º. Esse é o fundamento constitucional autorizativo para o Poder Legislativo editar novas limitações ao direito de ser votado. Em se tratando de restrição de direitos Fundamentais, Robert Alexy explica apenas ser possível por meio de normas compatíveis com o texto constitucional, diretamente ou por intermédio de permissão ao legislador infraconstitucional, como é precisamente o caso do comando do art. 14, §9º<sup>449</sup>.

Em sua redação originária, o art. 14, §9º, não abrangia a faculdade de serem criadas inelegibilidades destinadas à proteção da probidade administrativa e da moralidade para o exercício de mandato, considerada a vida pregressa do candidato, o que apenas foi incluído no dispositivo constitucional após a Emenda de Revisão n. 4 de 1994. Até o advento de uma legislação que regulamentasse especificamente em que termos a vida pregressa dos pretensos candidatos seria avaliada como ofensa à probidade e moralidade administrativa para efeito de decretação de sua inelegibilidade, o Tribunal Superior Eleitoral editou o Enunciado n. 13, segundo o qual “não é autoaplicável §9º, do art. 14, da Constituição Federal, com a redação da Emenda Constitucional de Revisão n. 4/1994”. Foi, assim, a Lei Complementar n. 135/2010 (Lei da Ficha Limpa), que modificou a Lei Complementar n.

---

<sup>449</sup> ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2012, pp. 281-282.

64/90 (Lei das Inelegibilidades), a fim de conferir eficácia ao dispositivo constitucional, por meio da formulação de parâmetros legais de aferição da vida pregressa como potencial ameaça à probidade administrativa e à moralidade para o exercício do mandato.

É nesse escopo que poderão ser verificadas hipóteses de inelegibilidade que em diferentes intensidades representem uma proteção jurídica da tolerância no processo eleitoral, uma vez que aqueles que incidirem em determinadas circunstâncias relacionadas a comportamentos discriminatórios poderão ser considerados inaptos pela Justiça Eleitoral para o exercício de mandato eletivo. A leitura do art. 1º, I, da Lei das Inelegibilidades revela que as principais inelegibilidades são de natureza cominada, que se convertem na incapacidade eleitoral passiva pelo prazo de 8 anos do reconhecimento, judicial ou extrajudicial, de um ato ilícito. São, no total, 17 situações elencadas das alíneas “a” a “q” do dispositivo que são enfrentadas pela Justiça Eleitoral durante o pleito.

O art. 1º, I, “e”, da Lei das Inelegibilidades, que será a principal inelegibilidade examinada, atualmente vigora com toda sua redação modificada pela Lei da Ficha Limpa (LC n. 135/2010). É nessa alínea que constam as especificações das hipóteses de condenações criminais que repercutem na esfera negativa dos direitos políticos dos cidadãos. Sua redação anterior preceituava a incapacidade eleitoral passiva apenas nos casos de condenação criminal “com sentença transitada em julgado, pela prática de crime contra a economia popular, a fé pública, a administração pública, o patrimônio público, o mercado financeiro, pelo tráfico de entorpecentes e por crimes eleitorais, pelo prazo de 3 (três) anos, após o cumprimento da pena”. Nesses termos, a inelegibilidade somente se concretizaria após o trânsito em julgado e para um estreito rol de delitos, o que praticamente a confundia com a suspensão dos direitos políticos na forma do art. 15, II, da Constituição Federal, até o advento da Lei da Ficha Limpa em 2010, que passou a considerar suficiente a condenação judicial por órgão colegiado.

Por isso, antes de tudo é preciso distinguir a inelegibilidade baseada nas hipóteses de condenação enumeradas pelo art. 1º, I, “e”, da Lei de Inelegibilidades, da suspensão dos direitos políticos em virtude condenação criminal transitada em julgado. Segundo explanado, o exercício dos direitos políticos é mais largo do que a capacidade eleitoral passiva, que se resume à possibilidade jurídica de ser votado no processo eleitoral. A Constituição Federal estabeleceu no art. 15, entre as circunstâncias passíveis de resultar na perda ou suspensão dos direitos políticos, a condenação criminal transitada em julgado,

enquanto durarem seus efeitos (art. 15, III, CF/88). Significa, de imediato, que, ao passo que a suspensão dos direitos políticos somente surte seus efeitos após o trânsito em julgado do processo criminal, a inelegibilidade estará caracterizada desde a condenação por órgão colegiado. Existe, assim, uma antecipação parcial dos efeitos da condenação criminal transitada em julgado quanto à dimensão negativa dos direitos políticos para alguns delitos que mereceram especial preocupação do legislador, com base na gravidade da ameaça que pretensos candidatos nessa condição representam para o processo eleitoral.

Em determinadas situações, é possível que a restrição à capacidade eleitoral passiva perdure por um prazo maior do que a suspensão dos direitos políticos, haja vista que a pena de alguns delitos é menor do que o período de inelegibilidade de 8 anos decorrente da condenação criminal. Dessa forma, poderá o cidadão estar com a capacidade eleitoral ativa em pleno vigor para exercer o sufrágio nas eleições após o exaurimento dos efeitos da pena, mas remanescer com a limitação da capacidade eleitoral passiva, haja vista a distinção entre suspensão dos direitos políticos e inelegibilidade.

O fundamento da alínea “e” consiste, afinal, na opção legislativa de eleger crimes particularmente mais gravosos<sup>450</sup> capazes de macular a vida pregressa de eventuais candidatos, cuja condenação por órgão colegiado é suficiente para impedir que cidadãos participem do processo eleitoral, a fim de proteger a moralidade inerente ao mandato eletivo, que, sob o ângulo da lei, já se considera afrontada pela possibilidade de alguém condenado em segunda instância vir a ser eleito mandatário da vontade popular, independentemente de eventual futura absolvição. Para José Jairo Gomes, o dispositivo representa a “salvaguarda da legitimidade e da dignidade da representação popular, porquanto o Parlamento não pode transformar-se em abrigo de delinquentes, o que constituiria decadência moral vitanda”<sup>451</sup>, ainda que se afigure exagerada a suposta ameaça de criação de um “abrigo de delinquentes”, porquanto desconsidera a possibilidade hipotética de quem for declarado inelegível por condenação criminal de órgão colegiado vir a ser inocentado pelas instâncias superiores pelo crime do qual é acusado. De toda forma, o Supremo Tribunal Federal, ao declarar a constitucionalidade da Lei da Ficha Limpa, já assentou que a inelegibilidade antes do trânsito em julgado não ofende a presunção de inocência.

---

<sup>450</sup> MACHADO, Raquel. **Direito Eleitoral**. São Paulo: Atlas, 2016, p. 207.

<sup>451</sup> GOMES, José Jairo. **Direito Eleitoral**. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2012, p. 181.

Analisando especificamente o dispositivo legal, verifica-se de plano que o art. 1, I, “e”, 7, considera inelegível quem for condenado, em decisão transitada em julgado ou por órgão judicial colegiado, desde a condenação até o transcurso do prazo de 8 anos após o cumprimento da pena, pelo crime de racismo<sup>452</sup>. Conforme exposto anteriormente, o delito por racismo está disciplinado na Lei n. 7.716/89, que estipula em seu art. 1º, seu alcance a todos os crimes praticados por motivos de discriminação ou preconceito de raça, cor, etnia, religião ou procedência nacional, enumerando nos dispositivos subsequentes uma série de condutas típicas em diferentes circunstâncias. Quanto à extensão da condenação criminal por racismo para efeito de inelegibilidade, com o precedente firmado pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento de Siegfried Ellwanger, é inequívoco que a sua caracterização não está relacionada exclusivamente à discriminação resultante de preconceito contra negros, que era a tese defendida pelo acusado para afastar a incidência da cláusula constitucional de imprescritibilidade, haja vista sua condenação ser baseada na discriminação de judeus, que não representariam uma raça.

Ficou assentado pelo STF que a única raça existente com base nas mais recentes pesquisas do genoma humano é a *homo sapiens*, ou seja, a raça humana, o que não significa que não se possa mais falar em racismo. Ao contrário, essa constatação implica uma maior abrangência do sentido de racismo para ser definido segundo uma perspectiva social, cultural e histórica, não mais em uma acepção exclusivamente biológica, que se provou inexistente no contexto atual. Assim, da mesma forma que o Supremo Tribunal Federal decidiu que a imprescritibilidade constitucional dos crimes de racismo prevista no art. 5º, XLII, atinge todas as faces da discriminação, a Justiça Eleitoral deve declarar a inelegibilidade de quem for condenado pela prática de racismo em sua dimensão social a fim de garantir a máxima efetividade à proteção da tolerância. Como essa modalidade de restrição à capacidade eleitoral passiva decorre do comando do art. 14, §9º, que preceitua a defesa da moralidade para o exercício do mandato considerada a vida pregressa, não há distinção entre espécies de preconceitos que sejam mais ou menos aceitáveis enquanto condições para exercer um cargo eletivo.

---

<sup>452</sup> “Art. 1º São inelegíveis: I – para qualquer cargo: (...) e) os que forem condenados, em decisão transitada em julgado ou proferida por órgão judicial colegiado, desde a condenação até o transcurso do prazo de 8 (oito) anos após o cumprimento da pena, pelos crimes: (...) 7. de tráfico de entorpecentes e drogas afins, racismo, tortura, terrorismo e hediondos”.

Se alguém for condenado em qualquer um dos tipos previstos na Lei n. 7.716/89, ainda que a sentença judicial não se fundamente em discriminação resultante de “raça” ou cor, atrairá a incidência da inelegibilidade descrita pelo art. 1º, I, “e”, 7, da Lei Complementar n. 64/90, uma vez que o Supremo Tribunal Federal já determinou que os crimes de racismo sejam assim definidos segundo sua acepção em sentido social, o que se revela compatível com o propósito constitucional de afastar do processo eleitoral aqueles que representem ameaça à proteção moralidade do mandato. Assimilada essa premissa, quando verificada sentença condenatória com base na Lei n. 7.716/89, por decisão transitada em julgado ou por órgão colegiado, cumpre à Justiça Eleitoral simplesmente declarar a inelegibilidade do pretense candidato, pois não lhe compete rediscutir ou avaliar a gravidade da condenação proveniente da instância criminal.

A arguição de inelegibilidades se processa de maneira autônoma na jurisdição eleitoral, logo após a publicação de edital com a relação dos interessados em disputarem o pleito. Ciente da existência de possível inelegibilidade, assistem legitimidade ao Ministério Público Eleitoral, candidatos, partidos e coligações para ajuizarem ação de impugnação de registro de candidatura, bem como todo eleitor poderá oferecer uma notícia de inelegibilidade. O objeto do processo estará adstrito à análise da existência ou não da hipótese de inelegibilidade suscitada, que, caso confirmada, resultará no indeferimento do registro da candidatura e conseqüente nulidade dos votos que lhe forem atribuídos. Na medida em que o reconhecimento da inelegibilidade em determinadas situações, como é o caso do art. 1º, I, “e”, 7, da LC n. 64/90, depende de outra decisão judicial proferida em instância diversa, impõe-se à Justiça Eleitoral limites bastante estreitos na avaliação dos processos de registro de candidatura, a fim de respeitar a competência da justiça criminal, que é a jurisdição responsável pelo exame aprofundado dos fatos investigados a partir dos quais será declarada ou não a inaptidão para participar das eleições. Quanto à extensão da jurisdição eleitoral nessa matéria, o Tribunal Superior Eleitoral editou o Enunciado Sumular n. 41, segundo o qual “Não cabe à Justiça Eleitoral decidir sobre o acerto ou desacerto das decisões proferidas por outros órgãos do Judiciário ou dos tribunais de contas que configurem causa de inelegibilidade”. Mesmo em situações que possa ser constatada abstratamente a consumação da prescrição da pretensão punitiva, já decidiu o Tribunal Superior Eleitoral<sup>453</sup> que não lhe é dado se sobrepor à competência da Justiça

---

<sup>453</sup> TSE. Agravo Regimental em Recurso Ordinário n. 94078. Rel. Min. Henrique Neves. PSESS 18/09/2014.

Comum para declarar a extinção da pena e, por conseguinte, afastar a incidência da inelegibilidade decorrente da condenação criminal até então vigente.

Figuram ainda entre os delitos cujas condenações criminais despertam a inelegibilidade os crimes eleitorais para os quais a lei comine pena privativa de liberdade (art. 1º, I, “e”, 4, da LC n. 64/90), excetuados os crimes culposos, aqueles definidos em lei como de menor potencial ofensivo e os crimes de ação penal privada (art. 1º, §4º). Entre as competências da Justiça Eleitoral, cabe julgar e processar os crimes eleitorais que foram previstos no Código Eleitoral, com objeto e procedimento específico, que não se confunde com a competência da justiça criminal no julgamento dos crimes comuns. Dentro do Título IV do Código Eleitoral, que trata das disposições penais, o Capítulo II tipifica do art. 289 ao art. 354-A os crimes eleitorais sujeitos à jurisdição especializada.

No tópico anterior, que discorreu sobre a disciplina da tolerância na propaganda eleitoral, mencionou-se a existência da repercussão criminal das infrações dos dispositivos que regulamentam a matéria. A tutela criminal dessas práticas está tipificada principalmente nos artigos 323, 324, 325 e 326, do Código Eleitoral, que tratam, respectivamente, dos crimes de divulgação de fato sabidamente inverídico, calúnia, difamação e injúria, veiculados na propaganda eleitoral. As afrontas aos contornos legais da propaganda devem ser apuradas em representações destinadas a suspender o conteúdo ilegal ou pedidos de direito de resposta a fim de contrapor informação manifestamente inverídica, caluniosa, difamatória ou injuriosa. Como já foi demonstrado que o combate à propagação da intolerância na propaganda eleitoral repousa, sobretudo, nessas ferramentas de fiscalização do debate político, os crimes correlatos também integram a grade de proteção da tolerância no processo eleitoral.

Na realidade, os crimes dos artigos 323 a 326 do Código Eleitoral traduzem as hipóteses de concessão de direito de resposta estabelecidas no art. 58, da Lei n. 9.504/97. Contudo, apesar de o Código Eleitoral proibir a divulgação de propaganda que incite o preconceito (art. 243, I), não há um delito correspondente para impor consequências criminais a quem praticar essa modalidade de propaganda vedada, que é de igual ou maior reprovabilidade do que aquelas mencionadas condutas reprimidas penalmente. Segundo o ordenamento vigente, divulgar uma mentira na propaganda eleitoral, por mais banal que possa ser, é capaz de despertar hipoteticamente uma apuração criminal perante a Justiça Eleitoral, ao passo que uma propaganda eleitoral que faça apologia explícita ao



preconceito, apregoando não votar em determinado candidato por motivo de orientação sexual, etnia, cor, procedência regional, religião, etc, poderá apenas ser suspensa por determinação judicial, ainda que possa ser demandada a reparação pelo dano em outras instâncias. O fato é que existe uma disparidade no tratamento penal das infrações relacionadas à propaganda eleitoral, que atualmente não reprime proporcionalmente um comportamento deletério ao regime democrático.

No Direito Penal, a proporcionalidade se desdobra tanto em proibição de excesso (*Übermassverbot*), pela qual o Estado não deve impor nenhuma restrição além da necessária e adequada a determinado direito fundamental, quanto em proibição de proteção deficiente (*Untermassverbot*), segundo a qual não se permite uma deficiência da atividade legislativa na proteção dos bens jurídicos. Analisando a tutela penal no campo da propaganda, é fácil concluir que existe, com base na proporcionalidade, uma proteção deficiente da tolerância, haja vista que não foi criminalizada a conduta específica do art. 243, I, do Código Eleitoral, que consiste na divulgação de propaganda eleitoral de conteúdo preconceituoso, embora o legislador haja tipificado como delitos a divulgação de fato sabidamente inverídico (art. 323) e a injúria eleitoral (art. 326).

É bem verdade que a disseminação da intolerância na propaganda eleitoral pode repercutir criminalmente sob a ótica dos artigos 323 ou 326. No precedente citado do Tribunal Regional Eleitoral do Ceará nas eleições para Prefeitura de Fortaleza em 2004, que determinou a suspensão de propaganda veiculada no horário eleitoral gratuito do rádio pela inobservância do art. 243, I, do Código Eleitoral, visto que foi constatada deturpação depreciativa da proposta de inclusão da disciplina de educação sexual nas escolas, defendida pelo programa de determinada candidatura, como “ensino de homossexualidade”, também foi concedido direito de resposta por se tratar de fato sabidamente inverídico, o que poderia despertar a responsabilidade criminal na forma do art. 323 do Código Eleitoral: “Divulgar, na propaganda, fatos que sabe inverídicos, em relação a partidos ou candidatos e capazes de exercerem influência perante o eleitorado: Pena - detenção de dois meses a um ano, ou pagamento de 120 a 150 dias-multa”.

Contudo, foi considerada a existência de divulgação de fato sabidamente inverídico por causa da discrepância entre o que constava de fato no programa da candidatura e o que a coligação adversária veiculava distorcidamente do que seria a proposta em questão, o que significa que não foi o reconhecimento da apologia ao preconceito contra homossexuais na

propaganda que resultou na concessão do direito de resposta. Assim, a criminalização do incentivo à discriminação na propaganda eleitoral depende de sua interseção com os crimes do art. 323 ou do art. 326. No caso da injúria eleitoral (“Art. 326. Injuriar alguém, na propaganda eleitoral, ou visando a fins de propaganda, ofendendo-lhe a dignidade ou o decôro”), sua face de repressão à intolerância se apresenta, sobretudo, quando se tratar de injúria racial. Diferentemente dos crimes de racismo, a injúria racial visa a resguardar sobretudo a honra subjetiva do cidadão que é ofendido em razão de cor, gênero, origem, etnia, religião ou orientação sexual. No caso da Lei n. 7.716/89, os crimes ali dispostos criminalizam a ação de discriminar todo um grupo social.

Enquanto delitos distintos, há uma clara limitação do crime de injúria racial eleitoral no combate à intolerância, uma vez que, conforme explicado e demonstrado em precedentes, a disseminação do preconceito não costuma acontecer de forma explícita por meio de uma troca de acusação direta entre os atores eleitorais. As modernas estratégias de marketing político priorizam técnicas de persuasão que buscam a formação do convencimento dos eleitores com mensagens subliminares e se comunica mais pelo que não é dito do que pelo que é dito. Nenhum candidato seria ingênuo de veicular um material publicitário que ofenda seu adversário imputando-lhe adjetivações pejorativas com conteúdo discriminatório da maneira explícita. Se no âmbito das redes sociais essa prática tem se revelado cada vez mais comum e pode sujeitar os eleitores a serem processados criminalmente pelo crime de injúria racial eleitoral, na esfera oficial do *establishment* há uma maior cautela na exteriorização do preconceito na propaganda patrocinada pelos candidatos, partidos e coligações, tornando ineficaz sua responsabilização pelo crime do art. 326 do Código Eleitoral.

Em resumo, no que diz respeito aos crimes eleitorais capazes de reprimir a intolerância, o Código Eleitoral depende da materialização dos delitos do art. 323 e 326, principalmente, que, por todos os motivos expostos, não oferece uma grade de proteção suficiente como eventual hipótese de inelegibilidade a ser declarada com base no art. 1º, I, “e”, 4, da LC n. 64/90. Além de haver uma tutela deficiente no estabelecimento de crimes eleitorais que resguardem a tolerância no processo eleitoral cujas condenações possam resultar em posterior inelegibilidade, o pequeno prazo das penas dos poucos delitos que

existem torna praticamente impossível que aconteça uma condenação criminal no âmbito da Justiça Eleitoral<sup>454</sup> para efeito de inelegibilidade.

Segundo o art. 1º, I, “e”, 4, apenas as condenações por crimes eleitorais para os quais a lei comine pena privativa de liberdade despertam a inelegibilidade. Assim, em princípio, há a previsão abstrata da pena de detenção tanto para o crime do art. 323 (2 meses a 1 ano) do Código Eleitoral, quanto para o crime do art. 326 (até 6 meses), o que permitiria hipoteticamente a declaração de inelegibilidade pela condenação por tais delitos. Ocorre que em ambos os crimes é possível usufruir o benefício do *sursis* processual garantido pelo art. 89 da Lei n. 9.099/95, que faculta a suspensão do processo nos crimes em que a pena mínima cominada for igual ou inferior a 1 ano, caso acusado cumpra determinados requisitos, com a posterior extinção da punibilidade ao final do prazo de estipulado judicialmente, e sem a formação de antecedentes criminais. Nada obsta que o acusado renuncie o direito ao benefício e escolha responder à ação criminal, mas, no geral, a fim de evitar os dissabores e constrangimentos de se defender em juízo com inevitável o risco de sofrer uma condenação criminal, na grande maioria das situações opta-se pelo *sursis*.

Ainda que fosse superado esse obstáculo de ordem processual, o art. 1º, §4º, da LC n. 64/90, excluiu das hipóteses de inelegibilidade descritas no art. 1º, I, “e”, os crimes que forem definidos pela lei como de menor potencial ofensivo, cujo conceito repousa no art. 61 da Lei n. 9.099/95, a saber: “Consideram-se infrações penais de menor potencial

---

<sup>454</sup> Estatisticamente, foi apontado na obra *Ficha Limpa*, coordenada por Monica Herman Caggiano, que da análise de 86 sentenças do Tribunal Regional Eleitoral de São Paulo, a hipótese de inelegibilidade que foi reconhecida em maior quantidade nas eleições de 2014 foi aquela descrita no art. 1º, I, “e”, da LC n. 64/90, que versa sobre a condenação criminal, totalizando 51 indeferimento de registros de candidaturas. Em sede recursal, entre os 455 acórdãos examinados pelo TRE/SP, foi constatada a declaração de inelegibilidade sob o mesmo fundamento em 72 casos, mais do que na primeira instância, porém, menos do que os 149 casos em que se reconheceu a inelegibilidade por rejeição de contas (art. 1º, I, “g”, da LC n. 64/90). Portanto, os números revelam que a inelegibilidade por condenação criminal figura entre as principais e mais efetivas hipóteses de impedimento para participar das eleições, considerada a incidência de outras alíneas do dispositivo, contudo, o estudo não especifica os crimes pelo quais houve a condenação criminal que resultou na inelegibilidade, motivo pelo qual não é conclusivo para demonstrar a efetividade da declaração da incapacidade eleitoral passiva por crimes relacionados a comportamentos de intolerância, mas confirma, por outro lado, sua importância como ferramenta decisiva na proteção da tolerância no processo eleitoral (Ficha Limpa: impactos nos tribunais: tensões e confrontos. CAGGIANO, Monica Herman (org.). **Ficha Limpa**. São Paulo. Revista dos Tribunais, 2014, p. 27-29. Consultando a base de dados do Tribunal Regional de São Paulo, as únicas duas declarações de inelegibilidade identificadas que foram motivadas em condenação por crime eleitoral se deram em virtude da prática do delito previsto no art. 25, da LC n. 64/90 - arguição temerária de inelegibilidade – (Recurso Criminal n. 35367. Altinópolis/SP. Rel. Silmar Fernandes. DJESP 08/04/2014) e no art. 299 do Código Eleitoral - corrupção eleitoral - (Recurso n. 38906. Trabiju/SP. Rel. Diva Prestes Marcondes Malerbi. PSESS 10/09/2012), ratificando a baixa incidência da inelegibilidade sob esse fundamento.

ofensivo, para os efeitos desta Lei, as contravenções penais e os crimes a que a lei comine pena máxima não superior a 2 (dois) anos, cumulada ou não com multa”. Logo, uma vez que a pena máxima dos crimes eleitorais do art. 323 e 326 não ultrapassa 2 anos, são considerados como de menor potencial ofensivo, portanto, sequer atraem a inelegibilidade do art. 1º, I, “e”, 4, da Lei das Inelegibilidades. Quando muito, caso se concretize uma improvável condenação criminal transitada em julgado, poderá haver a suspensão dos direitos políticos do condenado, na forma do art. 15, III, da Constituição Federal, que não se confunde com a inelegibilidade, conforme foi explicado.

Assim, a lamentável conclusão é que a precária e deficiente criminalização de delitos relacionados à intolerância no processo eleitoral é incapaz de despertar a hipótese de inelegibilidade com base no art. 1º, I, “e”, da Lei das Inelegibilidades. A principal e praticamente única ferramenta de proteção da tolerância no campo das inelegibilidades é a previsão legal da condenação por crimes de racismo, na forma do art. 1º, I, “e”, 7, da LC n. 64/90, o que indica a fragilidade do ordenamento jurídico vigente na concretização do comando do art. 14, §9º, da Constituição Federal, quanto à salvaguarda da moralidade para o exercício de mandato eletivo considerada a vida pregressa.

Indiretamente, outras hipóteses de inelegibilidade podem se materializar como decorrência da repressão à intolerância, como a perda do mandato parlamentar por quebra de decoro (art. 1º, I, “b”), a perda do mandato da chefia do Executivo por descumprimento Constituição ou Lei Orgânica (art. 1º, I, “c”), a exclusão do exercício profissional por decisão sancionatória do órgão de classe competente por infração ético-profissional (art. 1º, I, “m”), a demissão do serviço público (art. 1º, I, “o”) ou a aposentadoria punitiva compulsória de magistrados (art. 1º, I, “q”). Entretanto, não é a defesa da tolerância o bem jurídico imediato tutelado nessas causas de inelegibilidade, ainda que se admita que alguma conduta discriminatória esteja relacionada com o ato ilícito que foi originariamente apurado na instância extrajudicial própria. Hipoteticamente, um parlamentar pode responder um processo administrativo na respectiva Casa Legislativa por quebra de decoro em virtude de comportamento discriminatório sendo, ao final, ser condenado à perda do mandato e, por conseguinte, ser declarado inelegível com base no art. 1º, I, “b”, da Lei das Inelegibilidades. Nessa situação e nas outras citadas, será indiferente para a Justiça Eleitoral o fundamento pelo qual o pretense candidato sofreu a sanção por determinado órgão, pois é suficiente a mera existência da condenação, desde que satisfeitos os

requisitos da inelegibilidade. A intolerância não está inserida como elemento que desperte a restrição à capacidade eleitoral passiva, podendo estar presente apenas de maneira accidental.

Essa compreensão não parece ser alterada pela recente decisão do Supremo Tribunal Federal no Inquérito n. 4438, em 14 de março de 2019, reafirmando sua jurisprudência quanto à competência da Justiça Eleitoral para processar e julgar os crimes comuns que apresentem conexão com os crimes eleitorais. O Código Eleitoral previu no art. 35, IV, a competência dos juízes eleitorais para “processar e julgar os crimes eleitorais e os comuns que lhe forem conexos”, submetendo à jurisdição eleitoral a instrução e julgamento não só dos crimes tipificados pelo próprio Código Eleitoral, como também os crimes comuns que lhe forem conexos. Como a própria nomenclatura indica, não há como confundir os crimes eleitorais com os crimes comuns, ainda que ambos tramitem no âmbito da Justiça Eleitoral. A sujeição à jurisdição especializada não parece suficiente para passar a interpretar os crimes comuns também como crimes eleitorais em razão da competência para processar o feito. Por isso, mesmo que a sobrevenha alguma condenação criminal por crime comum associado à intolerância pela Justiça Eleitoral, como um homicídio praticado em função da disputa eleitoral por motivos discriminatórios, não incidirá a inelegibilidade prevista no art. 1º, I, “e”, 4, da Lei das Inelegibilidades, uma vez que a hipótese abrange especificamente os crimes “eleitorais”, não os delitos processados perante a Justiça Eleitoral.

Seria sedutora a tese que defendesse a extensão dos efeitos da inelegibilidade para todas as condenações criminais advindas da Justiça Eleitoral, independentemente de se tratar de crimes eleitorais ou crimes comuns conexos, a fim de conferir maior alcance à proteção constitucional da moralidade para exercício do mandato, considerada a vida pregressa. Por mais bem intencionado e necessário que seja um mais amplo arcabouço jurídico e maior rigor na proteção deficiente da tolerância no terreno das inelegibilidades, há que se reconhecer os limites normativos impostos pela legislação vigente sem recorrer a artifícios hermenêuticos que impliquem ativismos judiciais que subvertam a competência do Poder Legislativo e, no fundo, do Estado de Direito.

Carlos Velloso e Walber Agra conceituam crimes eleitorais como “as infrações cometidas contra as disposições eleitorais, sendo, em razão de sua gravidade, classificados

como tipificações penais”<sup>455</sup>. O aspecto decisivo nessa proposta de caracterização de crimes eleitorais se relaciona à existência de violação a dispositivos eleitorais, o que reforça a concepção estrita da interpretação do art. 1º, I, “e”, 4, da LC n. 64/90, uma vez que os crimes comuns conexos representam afronta à legislação ordinária, que somente são julgados perante a instância eleitoral. Mais do que pela literalidade do dispositivo mencionar “crimes eleitorais”, essa interpretação do dispositivo observa a sistemática das inelegibilidades elencadas na legislação complementar, embora seja bastante criticável, que elegeu por um juízo de prioridade os crimes que deveriam ser reputados graves o bastante para despertar a inelegibilidades desde a condenação por órgão colegiado. Caso se admitisse que todos os crimes comuns conexos pudessem ser considerados crimes eleitorais para efeito de incapacidade eleitoral passiva, não haveria razão de ser na especificação dos demais crimes estatuídos no art. 1º, I, “e”, da Lei das Inelegibilidades, uma vez que qualquer crime comum conexo que resultasse em condenação criminal no âmbito da Justiça Eleitoral, desde que não seja culposo nem de menor potencial ofensivo, poderá culminar na declaração de inelegibilidade, ainda que muito menos gravoso do que os delitos comuns indicados no dispositivo legal, com base simplesmente na origem do órgão julgador, em completo contrassenso.

No final das contas, o Estatuto das Inelegibilidades vislumbrado na condição de ferramenta de combate à intolerância na perspectiva de proteção da moralidade do mandato considerando a vida pregressa dos candidatos se resume à hipótese de inelegibilidade descrita pelo art. 1º, I, “e”, 7, que trata da condenação criminal por órgão judicial colegiado ou transitada em julgado pelo crime de racismo, tipificado na Lei n. 7.716/89, em sua mais ampla acepção no sentido social, histórico e cultural. A deficiente tutela penal dos crimes eleitorais resulta que nenhum delito associado à defesa da tolerância é capaz de atender aos requisitos da Lei Complementar n. 64/90 para atrair a incidência do art. 1º, I, “e”, 4. Demais hipóteses que em alguma medida poderiam funcionar como instrumento de inibição para que candidatos com o histórico de comportamentos discriminatórios exerçam mandato eletivo apenas indiretamente oferecem essa possibilidade, visto que a intolerância não é o bem tutelado de maneira imediata, o que indica uma frágil grade de proteção da democracia sob essa ótica em matéria de inelegibilidades.

---

<sup>455</sup> VELLOSO, AGRA. **Elementos de direito eleitoral**. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 326.

Conforme evidenciado no tópico 3, Steven Levitsky e Daniel Ziblatt, apesar de apontarem a difusão da intolerância e o encorajamento à violência como sinais de alerta contra políticos antidemocráticos, compreendem que as democracias “não devem banir partidos ou proibir candidatos de concorrer eleições”<sup>456</sup>. Em seu ponto de vista, caberia à própria política, por meio dos partidos e líderes partidários, manterem longe do poder aqueles candidatos que ameacem o regime democrático, erradicando extremistas de suas bases ou formando alianças eleitorais estratégicas. A salvaguarda da democracia seria exclusivamente responsabilidade dos atores políticos. Essa ideia, no limite, significaria admitir incompatibilidade de um estatuto jurídico de inelegibilidades com os preceitos democráticos.

Assim como se procurou demonstrar que, por força e opção do Poder Constituinte, é pressuposto para a criação e manutenção dos partidos políticos na ordem jurídica brasileira a observância às disposições do art. 17 da Carta da República, dentre as quais se inserem o regime democrático e os direitos fundamentais da pessoa humana, o próprio texto constitucional determinou a restrição do acesso a mandatos eletivos por candidatos cuja condição jurídica implique presunção de ameaça à democracia sob diversos aspectos, incluída uma vida pregressa contaminada por comportamentos discriminatórios. Logo, o povo, por meio do processo constituinte, expressou sua vontade e exerceu seu autogoverno para estabelecer hipóteses de “proibição” para alguns candidatos concorrerem às eleições.

É inevitável incorrer em um aparente paradoxo da democracia quando se percebe que, ao mesmo tempo em que a maioria escolheu, por intermédio do processo legislativo, a criação de impedimentos para a disputa do mandato eletivo, uma eleição pode revelar que também a maioria dos eleitores expressou sua preferência política por candidato que não atenderia os requisitos legais para participar do processo eleitoral. Assim, o conceito de inelegibilidade poderia ser considerado antidemocrático na medida em que contraria o governo da maioria, um dos pilares do regime democrático.

Por outro lado, a lógica democrática que fundamenta o direito de a maioria escolher seus governantes é a mesma que escolheu que não fosse absoluta a expressão da vontade da maioria para determinados assuntos. O postulado democrático do governo da maioria criou, assim, limites de conformação de sua soberania, para que, quanto a certas matérias, seja respeitada não apenas a vontade da maioria, mas o direito de todos, ou seja, a tradução

---

<sup>456</sup> LEVITSKY, Steven; ZIBLATT, Daniel. **Como morrem as democracias**. Op. Cit., p. 34.

da dimensão material da democracia, ou Estado de Direito, na denominação de Ferrajoli, exposta no tópico 1.2. Dessa forma, conclui-se que a declaração pela Justiça Eleitoral de uma inelegibilidade “perfaz o sentido material de democracia como condicionante do exercício da vontade popular, com base nas regras sobre o que não se deve decidir, isto é, não se pode decidir pela eleição de um candidato inelegível na forma estabelecida pela legislação”<sup>457</sup>.

A medicação proposta por Steven Levitsky e Daniel Ziblatt para uma democracia infectada com princípio de câncer é uma aposta no bom senso e discernimento dos atores políticos para erradicarem o tumor maligno do corpo democrático. Não obstante os exemplos históricos citados pelos autores em que classe política conseguiu conter a ascensão de políticos antidemocráticos (Bélgica, Grã-Bretanha, Costa Rica e Finlândia<sup>458</sup>), esses precedentes não parecem suficientes para acreditar que a democracia estará satisfatoriamente protegida contra seus desafios atuais. Por mais desejável que seja o desenvolvimento arraigado de uma cultura democrática nas lideranças políticas, que torne confortável e seguro acreditar no seu julgamento acerca do futuro da democracia, a história da ascensão de políticos antidemocráticos parece revelar que a partir de determinada escala sua força corrosiva das instituições não é mais capaz de ser detida por arranjos políticos e eleitorais, que, na realidade, podem ser suficiente apenas nos primeiros passos do fenômeno autoritário. Além disso, essa solução tende a funcionar melhor em países historicamente com maior vocação democrática, ainda que os autores considerem a tradição da formação social indiferente<sup>459</sup>, visto que, segundo eles, na Alemanha e na Itália dificilmente se encontrariam evidências de apoio majoritário ao autoritarismo nos anos 1920.

No capítulo relativo à realidade brasileira e sua marca histórica de violência e intolerância (item 2.2), foi evidenciado como o pensamento de Oliveira Viana explica a importância dos fatores culturais na compreensão de fenômeno jurídico e como a crença absoluta no mundo normativo por si só, desconsiderando as particularidades de cada sociedade, visando a transformar a realidade social, é completamente ingênua. Não há como vigorar princípios liberais em uma sociedade que não é liberal. Isso é reconhecido

---

<sup>457</sup> XEREZ, A. G. S. **Tribunais de contas e inelegibilidade**: limites da jurisdição eleitoral. 1. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015, p. 157.

<sup>458</sup> LEVITSKY, Steven; ZIBLATT, Daniel. **Como morrem as democracias**. Op. Cit., p. 30.

<sup>459</sup> *Ibidem.*, p. 30.



em alguma medida e com outras palavras por Levitsky e Ziblatt ao afirmarem que “as democracias funcionam melhor – e sobrevivem mais tempo - onde as constituições são reforçadas por normas democráticas não escritas”, que, no final das contas, nada mais são do que os costumes de determinada sociedade. Se na Alemanha e na Itália não se verificou sinais de apoio majoritário ao autoritarismo, isso não significa automaticamente que não existia o apoio à líderes com perfil antidemocrático, mas que talvez a sociedade não havia identificado como autoritarismo aquilo que estava apoiando, uma vez que, segundo analisado na ascensão de Hitler e como é de costume por todos os movimentos políticos autoritários, esses candidatos sempre se reivindicam como verdadeiros defensores da democracia contra um establishment apodrecido.

As perspectivas mais liberais tendem a situar em posição de antagonismo sociedade e Estado, paradigma assimilado por Levitsky e Ziblatt, que apostam exclusivamente na atuação da “sociedade”, por meio das lideranças políticas, para proteger a democracia, em oposição ao “Estado”, representado pela proibição de candidatos a concorrer a eleições, o que seria incompatível com a sua concepção de democracia. Na realidade, segundo foi demonstrado, sociedade e Estado estão interligados como faces da mesma moeda, unidos pelas regras mínimas e básicas da convivência, que, em última instância, são a garantia dos direitos fundamentais. Por isso, a dimensão formal e deliberativa da democracia, vinculada à ênfase do procedimento decisório, está condicionada pela dimensão material, que consiste no âmago do Estado de Direito, que são as matérias intangíveis de mitigação pelo processo político democrático. A proposta de Levitsky e Ziblatt ignora o conteúdo material da democracia, na medida em que admite que um dos os pilares do regime democrático, notadamente os direitos fundamentais que refletem na proteção jurídica da tolerância, sejam diluídos na atividade política, isto é, que o Estado de Direito seja desconstruído pelo processo político por meio da ação dos atores eleitorais.

Embora defendam sólidas estratégias de contenção do avanço de políticos antidemocráticos no campo da disputa política, a sua posição jamais deixará de expor à vulnerabilidade da dimensão material do regime democrático, pois, caso as lideranças políticas do campo democrático falhem na sua articulação, o que deve sempre ser admitido como risco concreto, continuaria sendo próprio do sistema democrático que um ditador fosse eleito regularmente pelas vias eleitorais para destruir a democracia. Esse aparente paradoxo de uma perspectiva liberal de democracia foi analisado no tópico 1.3 por Karl

Popper, ao tratar do paradoxo da tolerância, segundo o qual não há espaço no ambiente institucional democrático para tolerar a intolerância, que, em última instância, procura arruinar a própria democracia. Nesse contexto, a decretação de inelegibilidade se afigura como ferramenta jurídica apta a instrumentalizar a intolerância democrática com o acesso pela via eleitoral a mandato eletivo de candidato cuja vida pregressa desperte um sinal de alerta motivado por um passado de sinalizações de intolerância.

Essa proposta de compreensão da problemática pode ser enriquecida recorrendo-se a uma metáfora vislumbrada com base no canto XII de Homero, em sua épica Odisseia, quando narra acerca da passagem de Odisseu (mais popularmente conhecido pela tradução ao latim como Ulisses) pela ilha da Capri no caminho de volta para Ítaca, onde precisa resistir ao canto sedutor das sereias, que o levariam à morte junto com sua tripulação. Antes de enfrentar o desafio, a feiticeira Circe aconselha Odisseu:

(...) ‘Tudo cumpriu-se assim, mas ouve o que direi agora, e um deus há de lembrar-te: encontrarás primeiro Sereias. Quem quer que se aproxime delas se fascina. O ingênuo que de perto escute o timbre de suas vozes, nunca mais terá por perto a esposa e os filhos novos, que se alegrariam com seu retorno à residência, pois Sereias o encantam com a limpidez do canto. Sentam-se no prado: empilham-se ao redor os ossos de homens apodrecidos com a pele encarquilhada. Não chegues perto! Amolga a cera ducimel e fixa nas orelhas de teus sócios. Não as ouça ninguém mais além de ti (se o queres): te amarrem à carlinga do navio veloz mãos e pés apertados nos calabres, reto, para que o canto das Sereias te deleite. E se rogares e ordenares que os marujos te soltem, devem retesar as cordas mais (...)’<sup>460</sup>.

Odisseu, então, reúne seus homens para compartilhar a previsão de Circe e os orienta a cumprir exatamente o que lhe foi recomendado. O herói avisa que ouvirá sozinho o tom das vozes das sereias enquanto estiver amarrado na carlinga do barco e que, se ele implorar para ser desatado, devem apertá-lo ainda mais. Depois de amalgamar a cera que impediria o resto da tripulação de escutar o canto e estar preso no mastro, finalmente Odisseu escuta as sereias:

(...) ‘Aproxima, Odisseu plurifamoso, glória

---

<sup>460</sup> Homero. **Odisseia**. São Paulo: Editora 34, 2014, p. 359.

argiva. Escuta nossa voz, a voz das duas!  
Em negra nau, ninguém bordeja aqui  
sem auscultar o timbre-mel de nossa boca  
sem gáudio, viajar ampliando sua sabença,  
pois conhecemos tudo o que os aqueus e os troicos  
sofreram na ampla Ílion – numes dedicaram-no.  
Quando se dê na terra amplinutriz, sabemos’.<sup>461</sup>

Nesse momento, Odisseu manda seus homens o soltarem, que, por sua vez, remavam cada vez mais, ao tempo que reapertavam os nós que o prendiam, até que ao se distanciarem o bastante removem a cera de seus ouvidos e libertam seu líder para seguirem rumo ao seu destino. Essa passagem eternizada na literatura evidencia, acima de tudo, a virtude do autocontrole de Odisseu, em contraste com a personalidade de Aquiles, na *Íliada* de Homero, que era tomado por um tom infantil na busca por glória e fama de seu nome. Na crítica literária de Harold Bloom, Odisseu é classificado como “o primeiro pragmatista, alguém que não se deixa impressionar por diferenças que não fazem diferença”<sup>462</sup>. A luta permanente pela sobrevivência de Odisseu durante a década de sua viagem de volta, após outra década afastado de casa na batalha de Troia, qualifica-o como um grande sobrevivente, perito em escapar da mortalidade, ao contrário do trágico Aquiles. Para Odisseu, o “desejo de proeminência arrefece, e a vontade de viver mais um dia ganha sua própria aura de heroísmo”<sup>463</sup>, o que permite traçar um paralelo com a sobrevivência democrática.

O Odisseu precisou se amarrar no mastro de sua embarcação e comandar que seus homens apertassem ainda mais os nós se ele pedisse para ser libertado enquanto estivesse sob o efeito sedutor do canto das sereias. O pragmatismo pela sobrevivência era o verdadeiro aspecto heróico do personagem na narrativa. Da mesma forma, a democracia precisa de mecanismos de autocontrole para impedir que, mesmo pela vontade de sua “tripulação”, o povo seja seduzido a uma escolha que fatalmente conduzirá à destruição da democracia. Para que a democracia possa viver não apenas mais um dia, mas para que se perpetue, as ineligibilidades são as cordas e o mastro capazes de inibir que o comandante leve ao naufrágio da embarcação democrática, na condição de instrumentos contramajoritários de controle à ascensão da intolerância potencializada pela cega exasperação das paixões e ânimos típicos do processo eleitoral.

---

<sup>461</sup> *Ibidem.*, p. 367.

<sup>462</sup> *Ibidem.*, p. 795.

<sup>463</sup> *Ibidem.*, p. 796.

### 3.3 Abuso de poder

Além dos temas analisados que envolvem as tensões e relações da garantia da tolerância no processo eleitoral em matéria de partidos políticos, propaganda eleitoral e inelegibilidades, cabe investigar, por último, o plexo de ações eleitorais destinadas a coibir abusos cometidos pelos candidatos durante as eleições que podem culminar com o indeferimento de seu registro ou, se eleito, com a cassação de seu mandato. Trata-se de infrações à legislação eleitoral apuradas em procedimentos próprios que, caso confirmadas antes da eleição, resultam no indeferimento do registro de candidatura, ou seja, sua inabilitação jurídica para disputar as eleições, ou, caso o julgamento ocorra após a eventual eleição do candidato, na cassação de seu mandato eletivo com o consequente afastamento do cargo, sem prejuízo de, em qualquer hipótese, a imputação à inelegibilidade.

Diferentemente dos processos de impugnação de registro de candidatura com base na arguição de inelegibilidade, que também podem implicar, em caso de procedência, o indeferimento do registro ou cassação do mandato, se confirmada a inelegibilidade do candidato após sua eleição, as ações eleitorais cujo objeto são o abuso de poder apuram condutas praticadas durante o processo eleitoral em curso, ao passo que a ação de impugnação de registro fundada em inelegibilidade consiste na comprovação de que o pretense candidato incide em uma das hipóteses concretizadas do art. 1, I, da LC n. 64/90. A impugnação de registro de candidatura se destina apenas a declarar uma inelegibilidade anterior, ao passo que a condenação por abuso resulta na condenação à inelegibilidade. Apesar de ambos procedimentos apresentarem consequências jurídicas semelhantes quanto à nulidade dos votos atribuídos ao candidato considerado inelegível ou condenado por abuso de poder, as hipóteses de cabimento são distintas, o que justifica sua análise separadamente.

A inelegibilidade, sob a ótica formulada nesta pesquisa, visa a proibir que candidatos cuja vida progressa apresentem indicativos de intolerância, segundo os critérios estabelecidos pela LC n. 64/90, de modo a ameaçar a moralidade do mandato eletivo sejam declarados inaptos juridicamente a participar das eleições. Em relação às ações eleitorais

por abuso de poder, não caberá à Justiça Eleitoral avaliar fatos anteriores ao pleito como causa do impedimento para que determinado candidato dispute a eleição, pois será investigado se eventuais infrações praticadas pelos candidatos durante as eleições em curso possuem gravidade suficiente para comprometer sua hígidez e lisura, ou seja, matérias estranhas ao processo de registro de candidatura, que se restringe a aferir as condições de elegibilidade e a eventual incidência de causas de inelegibilidade dos cidadãos.

O abuso de poder no processo eleitoral foi objeto de preocupação do Poder Constituinte, que determinou, no art. 14, §9º, a criação por lei complementar de casos de inelegibilidade que resguardem 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”, bem como, no §10, criou uma ação constitucional com a finalidade de impugnar o mandato eletivo quando ficar provado o abuso de poder econômico, corrupção ou fraude. Atendendo ao comando constitucional, o legislador infraconstitucional estabeleceu, na Lei das Inelegibilidades, duas hipóteses de inelegibilidade destinadas à proteção do pleito contra a influência do poder econômico e abuso de poder político, nas alíneas “d” e “h”, do inciso, I, do art. 1º, da LC n. 64/90, imputando a inelegibilidade pelo prazo de 8 anos, respectivamente, aqueles “que tenham contra sua pessoa representação julgada procedente pela Justiça Eleitoral, em decisão transitada em julgado ou proferida por órgão colegiado, em processo de apuração de abuso do poder econômico ou político” e “os detentores de cargo na administração pública direta, indireta ou fundacional, que beneficiarem a si ou a terceiros, pelo abuso do poder econômico ou político, que forem condenados em decisão transitada em julgado ou proferida por órgão judicial colegiado”.

No campo das inelegibilidades, portanto, existem duas situações de abuso de poder nas eleições avaliadas pelo legislador como graves o suficiente para despertarem a incapacidade eleitoral passiva, em todos os casos como consequência de abuso de poder político ou econômico, que, nesta última modalidade, também é uma hipótese de cabimento da ação constitucional de impugnação de mandato eletivo. Ainda na Lei Complementar n. 64/90, o art. 22 enumera as infrações passíveis de apuração por meio de ação de investigação judicial eleitoral, dentre as quais se inserem “uso indevido, desvio ou abuso do poder econômico ou do poder de autoridade, ou utilização indevida de veículos

ou meios de comunicação social, em benefício de candidato ou de partido político”, acompanhada do respectivo rito de tramitação nos incisos seguintes.

Em termos puramente normativos, verifica-se que a legislação constitucional e infraconstitucional se referem às modalidades de abuso de poder praticadas principalmente com o viés econômico, político ou pela utilização indevida dos veículos de comunicação. Na doutrina, contudo, sua definição é mais abrangente. Abuso de poder é um conceito decorrente da noção de abuso de direito, originariamente estudada na esfera do Direito Privado, que, na redação do art. 187 do Código Civil, foi assim positivado: “Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes”. Para José Jairo Gomes, a ideia de abuso de direito nesse sentido significa que “o exercício de um direito deve ser normal, regular, e não extremado (*summum jus, summa injuria*, sentenciavam os romanos), pondo-se em harmonia com os valores e interesses sociais prevaletentes”<sup>464</sup>. Por sua vez, Raquel Machado ressalta que, para o Direito Eleitoral, importam os conceitos de poder jurídico e poder econômico, sendo que “o poder jurídico legítimo é prerrogativa detida por algumas pessoas para exercerem determinada função (...)”<sup>465</sup>, o que sugere um alcance mais amplo do que o abuso de poder estritamente sob o aspecto político.

O abuso de poder depende, assim, de uma definição das noções de abuso e de poder, no que dirá respeito aos seus reflexos no processo eleitoral. Segundo José Jairo Gomes, o abuso se manifestará, em sua acepção larga, sempre que o poder, independentemente de sua origem ou natureza, for empregado para a prática de “ações irrazoáveis, anormais, inusitadas ou mesmo injustificáveis diante das circunstâncias que se apresentarem e, sobretudo, antes os princípios e valores agasalhados no ordenamento jurídico”<sup>466</sup>. Já a ideia de poder, por sua vez, significa o “domínio e o controle de situações, recursos ou meios que possibilitem a concretização ou transformação de algo”<sup>467</sup>. Em sua perspectiva jurídica, o poder, conforme Raquel Machado, “nada mais é do que o reconhecimento de uma situação de prevalência juridicamente limitada, ou seja, de um

---

<sup>464</sup> GOMES, José Jairo. **Direito Eleitoral**, Op. Cit. p. 220.

<sup>465</sup> MACHADO, Raquel. **Direito eleitoral**, Op. Cit., p. 230.

<sup>466</sup> GOMES, José Jairo. **Direito Eleitoral**, Op. cit., p. 220.

<sup>467</sup> *Ibidem*, p. 220.

direito, cujos contornos são dados por outras normas do Ordenamento<sup>468</sup>. Do pensamento doutrinário exposto, percebe-se que a ideia de poder está indissociada da noção de limite e controle, de modo que o exercício legítimo do poder pressupõe que ele nunca será absoluto. Não importa a origem ou natureza do poder passível de ser abusado para despertar as consequências jurídicas da prática do abuso de poder, pois é suficiente a existência de uma prerrogativa legal vinculada à determinada função que permita o exercício desfigurado do poder dela decorrente. No que diz respeito ao processo eleitoral, o abuso de poder significa a prática de comportamentos em desacordo com os limites legais que circunscrevem o exercício de prerrogativa legal advinda de determinada função de maneira a comprometer a normalidade ou legitimidade das eleições, a vontade do eleitor ou a igualdade da disputa.

Partindo dessa premissa, subdivide-se o gênero abuso de poder eleitoral nas espécies simples e qualificado. Segundo Raquel Machado, o abuso de poder simples se concretiza independentemente de comprometer a lisura da disputa e dispensa a comprovação da gravidade da conduta, objetivando de maneira imediata a cassação do registro ou desconstituição do mandato e apenas indiretamente pode resultar em inelegibilidade. Por outro lado, o abuso de poder qualificado exige prova da gravidade da conduta, conforme art. 22, XVI, da LC n. 64/90, e almeja a aplicação direta da inelegibilidade, sem prejuízo da cassação do registro do candidato ou cassação de seu mandato<sup>469</sup>. Daí por que se aponta que o abuso de poder qualificado é apurado por meio da Ação de Investigação Judicial Eleitoral, com base no art. 22, da LC n. 64/90, ao passo que o abuso de poder simples se manifesta de várias formas no processo eleitoral e se afigura como causa de pedir na Ação de Impugnação de Mandato Eletivo (art. 14, §10, CF/88), da ação por captação ilícita de recursos (art. 30-A, da Lei n. 9.504/97), da ação por captação ilícita de sufrágio (art. 41-A, da Lei n. 9.504/97) e da ação pela prática de conduta vedada (art. 73, da Lei n. 9.504/97).

Há uma prevalência das noções de abuso de poder econômico, político e dos meios de comunicação em diversas faces como objeto de investigação em ações próprias no processo eleitoral. Dentro da zona de proteção dessas três dimensões do abuso de poder que ostentam maior protagonismo na legislação eleitoral não se extrai, em princípio,

---

<sup>468</sup> MACHADO, Raquel. **Direito Eleitoral**. Op. cit., p. 230.

<sup>469</sup> *Ibidem*, p. 231-232.

relação direta com a proteção jurídica da tolerância. Em resumo, o abuso de poder econômico está atrelado ao emprego ilícito dos recursos destinados ao financiamento das campanhas, enquanto o abuso de poder político consiste na utilização das prerrogativas da função pública para obter vantagem no certame eleitoral. Por sua vez, o abuso consistente no uso indevido dos meios de comunicação se configura quando os veículos de informação desbordam os limites legais em favor ou em prejuízo de determinada candidatura. Em uma primeira análise, portanto, não haveria correlação do abuso de poder político, econômico ou dos meios de comunicação com a tutela da tolerância, seja na condição de hipótese autônoma de cabimento na Ação de Impugnação do Mandato Eletivo (art. 14, §10, CF/88) ou na Ação de Investigação Judicial Eleitoral (art. 22, da LC n. 64/90), seja como desdobramento de outros ilícitos eleitorais passíveis de investigação (compra de votos, arrecadação e gasto ilícito de campanha ou a prática de condutas vedadas).

A grande reflexão agora repousa em saber se há ou não uma interpretação da legislação eleitoral que permita cogitar de alguma ação eleitoral destinada a apurar manifestações de intolerância no processo eleitoral sob a roupagem do abuso de poder, além das modalidades de abuso costumeiramente apontadas pela doutrina. Examinou-se no arcabouço normativo como a tolerância influencia o regime jurídico dos partidos políticos, limita o conteúdo da propaganda eleitoral e pode configurar causa de inelegibilidade que proíba determinado candidato de disputar as eleições. Resta saber se a exteriorização de pensamentos e comportamentos discriminatórios e a incitação à intolerância durante o processo eleitoral por algum candidato podem também caracterizar abuso de poder com o consequente sancionamento que lhe é próprio pela jurisdição eleitoral.

Em princípio, não há como deixar de constatar que tanto a legislação constitucional quanto a infraconstitucional somente que se referem ao termo abuso de poder em seu aspecto político ou econômico, no plano constitucional, e na face do uso indevido dos meios de comunicação, em sede infraconstitucional. Contudo, verificou-se que, com base na amplitude do conceito de abuso de direito do qual decorre o abuso de poder, sua caracterização acontece mesmo que inexistentes elementos de poder político ou de poder econômico. Na realidade, as expressões “político” e “econômico” são apenas rótulos empregados pela legislação, que foram reproduzidos pela doutrina, para associar determinadas infrações ao processo eleitoral a cada uma dessas dimensões, sem que isso signifique que inexistam outras modalidades de abuso de poder. Da mesma forma,



continuariam subsistindo mecanismos de repressão ao abuso de poder político e econômico nas eleições, ainda que o ordenamento jurídico não utilizasse expressamente essa qualificação, haja vista o conjunto de normas que vedam determinadas condutas nesse espectro. Mais importante do que a denominação normativa das categorias de abuso é perquirir se existem ou não normas que tutelem um bem jurídico cuja inobservância seja passível de ser enquadrada como abuso de poder, sem que isso implique uma solução hermenêutica que proponha uma inovação legislativa sob as vestes do ativismo judicial.

Frederico Franco Alvim<sup>470</sup> percebeu, acertadamente, o polimorfismo do abuso de poder, em virtude de sua natureza flúida, a se manifestar sob infinitas e imprevisíveis fórmulas. Logo, na medida em que a legislação nacional exteriorizou positivamente apenas a vedação ao abuso de poder apenas nas modalidades política, econômica e de comunicação social, deve ser buscado o reconhecimento de espécies atípicas ou anômalas, que, em sua ótica<sup>471</sup>, abrangeriam ainda o abuso de poder religioso, abuso de poder coercitivo e abuso de poder no cenário virtual. Contudo, embora se compactue com a premissa suscitada pelo autor, não se adere aos argumentos desenvolvidos para atingir suas conclusões. Isso porque Frederico Alvim defende que redação normativa aparentemente delimitativa se deve à má técnica legislativa, que deve ser superada pelo recurso ao “cabedal principiológico”<sup>472</sup> que protegeria a integridade do processo eleitoral, por meio de “uma análise fincada em um prisma hermenêutico mais elaborado do que a mera subsunção das hipóteses abusivas ao insuficiente critério literal”<sup>473</sup>.

A solução proposta pelo autor soa como recurso argumentativo próprio do pensamento ativista, que recorre à transcendência moralista dos princípios para extrair normas não contempladas nos dispositivos legais, como justificativa de correção ou superação de uma interpretação puramente literal. Conforme se pretende demonstrar a seguir, não se propõe aperfeiçoar o arcabouço normativo eleitoral segundo voluntarismos bem intencionados do hermeneuta sobrepostos ao texto normativo. Acredita-se que novas modalidades de abuso de poder podem ser configuradas sem a invocação a princípios, mas com base no plexo de dispositivos legais em vigor, que permitem a subsunção da conduta abusiva às sanções que lhes são peculiares, além das categorias explicitamente taxadas na

---

<sup>470</sup> ALVIM, Frederico Franco. **Abuso de poder nas competições eleitorais**. Curitiba: Juruá, 2019, p. 179.

<sup>471</sup> *Ibidem*, p. 183.

<sup>472</sup> *Ibidem*, p. 271.

<sup>473</sup> *Ibidem*, p. 271.

legislação eleitoral. Em outras palavras, trata-se de atingir o mesmo ponto de chegada, contudo, através de percursos intelectuais distintos.

Olivar Coneglian sustenta que, apesar de a Lei Complementar n. 64/90 mencionar apenas algumas modalidades de abuso, “a AIJE serve, na verdade, para apurar qualquer caso de desvio ou abuso, seguindo a real intenção do §9º do art. 14 da Constituição”<sup>474</sup>. Essa assertiva advém do ano de 2009, antes mesmo da vigência da LC n. 135/2010, época em que o autor já defendia que a Ação de Investigação Judicial Eleitoral apurasse inelegibilidade por improbidade administrativa ou falta de moralidade para o exercício do cargo, embora carecesse de sua regulamentação infraconstitucional até o advento da LC n. 135/2010 e, como se sabe, o TSE havia editado Enunciado Sumular que preceituava não ser o art. 14, §9º, da Constituição Federal, autoaplicável. Independentemente da discussão quanto à possibilidade de decretação de inelegibilidade pelos fundamentos defendidos pelo autor, atualmente superada com a promulgação da Lei da Ficha Limpa, é relevante observar que, na sua ótica, a AIJE tutela todos os casos de abuso de poder, não apenas aqueles previstos na LC n. 64/90, em razão do comando constitucional estabelecido no art. 14, §9º, que impõe a proteção da probidade administrativa e a moralidade para o exercício do cargo considerada a vida pregressa dos candidatos, assim como a normalidade e a legitimidade do pleito.

José Jairo Gomes igualmente argumenta que, considerada a gravidade deletéria que o abuso de poder representa na perversão do processo eleitoral, capaz de impedir a manifestação genuína da vontade do eleitor nas urnas, “ele deve ser reprimido em suas múltiplas facetas e formas de manifestação, independentemente de sua origem ser econômica, política, ideológica, social, cultural ou dos meios de comunicação de massa”<sup>475</sup>. Ao lado das clássicas origens econômica, política e dos meios de comunicação do abuso de poder, o doutrinador adiciona as dimensões ideológica, social e cultural como faces passíveis da expressão do abuso de poder na esfera eleitoral. Admitindo-se, assim, que toda e qualquer modalidade de abuso que contamine a autenticidade da representação política está sujeita à investigação pela Justiça Eleitoral, sob roupagem jurídica de abuso de poder, compreende-se que a disseminação da intolerância no processo eleitoral que venha a ser enquadrada como abuso de poder configuraria, para fins conceituais, modalidade de

---

<sup>474</sup> CONEGLIAN, Olivar Augusto Roberti. **Inelegibilidade: inelegibilidade e proporcionalidade, inelegibilidade e abuso de poder**. Curitiba: Juruá, 2009, p. 166.

<sup>475</sup> GOMES, José Jairo. **Direito Eleitoral**. Op. cit., p. 221.

abuso de poder ideológico, valendo-se da sugestão de José Jairo Gomes, ainda que o autor não estabeleça a relação do abuso com a defesa da tolerância ora proposta.

Como dito, é de menor importância o rótulo que será empregado para determinar o fenômeno jurídico, pois o que é realmente fundamental é delimitar seu conteúdo e suas respectivas consequências jurídicas. Entretanto, para efeito meramente didático e classificatório, uma vez que a expressão da intolerância está associada à disseminação, por motivos ideológicos deformados, de comportamentos discriminatórios que negam a plena cidadania a determinados grupos sociais, adotar-se-á o aspecto ideológico como preponderante na conceituação desta modalidade de abuso. É bom lembrar que o Tribunal Superior Eleitoral já ultrapassou as estritas barreiras do abuso de poder nas dimensões exclusivamente econômica e política para sancionar o que denominou de abuso de poder religioso. Distanciando-se dos aspectos concretos do caso submetido a julgamento pelo TSE, na sessão de 10 de março de 2016, o Relator, Ministro Henrique Neves, nos autos do Recurso Ordinário n. 2653-08.2010.6.22.0000, traçou uma premissa teórica acerca dos contornos jurídicos do conceito, segundo a qual, mesmo que a Constituição da República e a legislação eleitoral não contemplem expressamente a figura do abuso de poder religioso, “a liberdade religiosa (...) não encerra um direito absoluto – não há direito absoluto”<sup>476</sup>.

O direito fundamental à liberdade de culto (art. 5º, VI, CF/88) e a imposição constitucional ao Estado brasileiro à laicidade (art. 19, I, CF/88) devem ser interpretados de maneira harmônica com outros princípios de igual envergadura constitucional, especificamente a garantia à normalidade e legitimidade das eleições contra a influência do abuso de poder econômico ou o abuso de exercício de função, cargo ou emprego na administração direta ou indireta. Assim, na medida em que o art. 24, VIII, da Lei n. 9.504/97, veda o financiamento das campanhas por entidades religiosas e o art. 37, §4º, no mesmo diploma legal, impede a realização de propaganda eleitoral nos bens de uso comum, incluídos templos e igrejas, a proteção à livre manifestação de crença não abrange situações em que o culto religioso se desvirtua em ato ostensivo de propaganda, com a presença o pedido de votos em favor de candidatos. Em conclusão, para o Ministro Relator, ainda que inexistente na legislação a figura “do abuso de poder religioso, (...) a liberdade religiosa e a separação entre Estado e igreja não autorizam a admissão de atos que atentem contra a normalidade e legitimidade das disputas eleitorais e que quebrem a

---

<sup>476</sup> TSE. RO n. 2653-08.2010.6.22.0000. Rel. Min. Henrique Neves. DJE 05/04/2017, p. 22.

igualdade de oportunidade entre os candidatos”<sup>477</sup>. Em outras palavras, segundo ainda o Ministro Henrique Neves, esse precedente significa que “o abuso de poder religioso não está previsto, mas ele pode ser caracterizado”<sup>478</sup>.

Em voto vista, o Ministro Gilmar Mendes ponderou que, embora relevante, a discussão quanto ao cabimento do abuso de poder religioso como causa de pedir na Ação de Investigação Judicial Eleitoral, sobretudo porque o termo “abuso de autoridade”, empregado pelo caput do art. 22, da LC n. 64/90, é mais amplo do que o “abuso de poder político”, o caso concreto dispensa seu enfrentamento, pois os fatos em julgamento configuravam, na realidade, hipótese de abuso de poder econômico e uso indevido dos meios de comunicação. Mesmo assim, o Ministro Gilmar Mendes acompanhou o voto do Relator, ratificando a premissa de que “não estão acobertadas pelo manto da liberdade religiosa condutas que, a pretexto de professar e fé em culto religioso realizado em local público, descabem para ilícitos eleitorais, como a realização de propaganda eleitoral e pedido explícito de votos para determinados candidatos”<sup>479</sup>. Da mesma forma que está tutelada pela Constituição a liberdade religiosa, também está a igualdade de chances dos candidatos contra o abuso, por força do art. 14, §9º, o que justifica a atuação da jurisdição eleitoral quando o livre exercício de culto se deturpa em violação às regras constitucionais do processo eleitoral.

No caso concreto apreciado pelo Tribunal Superior Eleitoral, a unanimidade dos Ministros entendeu por não configurado o abuso de poder religioso por tratar de eleições realizadas em 2010, quando o critério em vigor utilizado para caracterização do abuso era a potencialidade para influenciar no pleito, posteriormente substituído pela simples gravidade das circunstâncias, com o advento da Lei da Ficha Limpa (LC n. 135/2010). O que é mais relevante no julgamento é o reconhecimento da tese de possibilidade da prática de abuso de poder em sua dimensão religiosa, ainda que não contemplado expressamente pela legislação. Essa amplitude larga do abuso de poder, que admite sua expressão em outras acepções além da econômica e política, converge com a formulação desenvolvida na direção de um possível abuso de poder ideológico, com base nos mesmos argumentos ventilados no precedente do TSE.

---

<sup>477</sup> *Ibidem*, p. 28.

<sup>478</sup> *Ibidem*, p. 67.

<sup>479</sup> *Ibidem*, p. 62.

Em relação ao abuso de poder religioso, entendeu-se ser possível sua caracterização hipotética em virtude do descumprimento das normas eleitorais que interdita a realização de propaganda eleitoral em templos e igrejas, bem como o financiamento de candidaturas por entidades religiosas. Essas irregularidades, por si só, não resultam na configuração do abuso de poder. Na realidade, existem ações específicas para investigar cada infração. A arrecadação e gasto ilícito de recursos nas campanhas decorrente do financiamento por fonte vedada comporta apuração por meio de Ação de Investigação Judicial Eleitoral, fundada no art. 30-A da Lei n. 9.504/97, e a propaganda eleitoral irregular pode ser objeto de representação própria na forma do art. 96, também da Lei n. 9.504/97. Ocorre que, além das vias específicas para analisar individualmente cada irregularidade, as infrações podem se qualificar em abuso de poder a depender da extensão e da gravidade da conduta ilícita. No precedente citado do Tribunal Superior Eleitoral ficou assentado que, por mais que se admita a manifestação do abuso de poder sob a forma religiosa, no caso concreto não se aperfeiçoou o abuso, uma vez que a realização de um único evento religioso no interior do Estado de Rondônia, com a presença de aproximadamente 10 mil pessoas, não seria suficiente para influenciar a eleição que acontecera em toda a circunscrição estadual, que era o critério em vigor nas eleições de 2010 antes da promulgação da Lei da Ficha Limpa.

Assim, podem ser caracterizadas infrações à legislação eleitoral que, de forma qualificada, convertam-se em modalidade de abuso de poder sempre que, na forma do art. 14, §9º, da Constituição Federal, houver prejuízo à normalidade e à legitimidade da disputa eleitoral, bem como quebra da igualdade de chances entre os candidatos. Cumpre saber se e em que termos as ofensas às normas eleitorais que protegem a tolerância seriam passíveis de configurarem abuso de poder, em uma acepção ideológica.

Em primeiro lugar, ficou demonstrado que, pelos fundamentos da teoria do abuso de direito, sob a perspectiva do abuso de poder, no âmbito do processo eleitoral, admite-se sua manifestação em outras formas diversas da dimensão econômica e política. A adjetivação escolhida para tipificar determinada face do abuso de poder no Direito Eleitoral é indiferente, pois, conforme se evidenciou no referido precedente do TSE, conclui-se que, apesar de não contemplado com essa nomenclatura pela legislação constitucional e infraconstitucional, o abuso de poder religioso pode ser caracterizado pelo

descumprimento das normas que disciplinam os limites da participação de entidades religiosas nas eleições.

Há uma tendência na jurisprudência do Tribunal Superior Eleitoral ao elastecimento dos sujeitos passíveis de praticarem abuso de poder. No paradigma relacionado ao abuso de poder religioso, em que se questionou a possibilidade de líderes religiosos praticarem abuso de poder político ou de autoridade, rememorou-se o voto do Ministro Luiz Fux, no Recurso Especial Eleitoral n. 287-84.2012.6.16.0196, que apreciou a imputação de abuso de poder de cacique indígena na perspectiva de uma autoridade cultural. Naquela oportunidade, o Relator, Ministro Henrique Neves, afastou a possibilidade, ainda que abstrata, do abuso de poder político ser confundido com o poder exercido por liderança indígena, porquanto, para o processo eleitoral, a influência de poder político relevante é aquela que deriva do exercício de cargos público capaz de desvirtuar a relação entre o Estado e seus cidadãos. Segundo seu entendimento e com base na jurisprudência do TSE até então, somente a prática abusiva decorrente da condição funcional de um agente público para beneficiar candidaturas poderia configurar o abuso de poder político.

Em seu voto vista, o Ministro Fux ressaltou que a causa de pedir da AIJE em julgamento versava sobre a prática de abuso de autoridade por cacique em função do direcionamento de votos da população indígena da reserva Ivaí em benefício de determinados candidatos, para, então, divergir parcialmente do relator e assentar que “o cacique qualifica-se, sim, juridicamente como autoridade, circunstância que possibilita sua inclusão no polo passivo de uma ação de investigação judicial eleitoral”<sup>480</sup>. Advertiu o Ministro Fux que, embora a jurisprudência da Corte restrinja o abuso de poder político ao agente público que, por meio de sua condição funcional e em manifesto desvio de finalidade, compromete a igualdade da disputa e a legitimidade do pleito em favor de candidatura, é possível o enquadramento do cacique, sempre que se verificar afronta aos bens jurídicos protegidos pela Lei das Inelegibilidades, isto é, a liberdade do voto, a normalidade e a legitimidade das eleições, de modo que o entendimento em sentido contrário implicaria indesejada lacuna normativa que subtrairia do âmbito de tutela situações potencialmente atentatórias ao pleito.

Na conclusão de seu voto, o Ministro Fux acompanhou o voto do Ministro Relator, Henrique Neves, porque considerou que o simples direcionamento de voto da população

---

<sup>480</sup> TSE. RESp n. 287-84.2012.6.16.0196. Rel. Min. Henrique Neves. DJE 07/03/2016, p. 47.

indígena pelo cacique, analisado sob a ótica do multiculturalismo e no reconhecimento à diferença da tribo, não se constitui juridicamente abuso de poder político ou de autoridade. Significa que, no caso concreto, não se materializou o abuso, mas, ao reconhecer a possibilidade do abuso se concretizar com reflexos no processo eleitoral com base na autoridade cultural do cacique, o Tribunal Superior Eleitoral sinalizou um passo na superação da existência da noção de abuso de poder restrito ao aspecto puramente político ou econômico, avançando ainda mais nessa compreensão com o debate sobre o abuso de poder sob a formato religioso.

Quanto à qualificação subjetiva do responsável pelo abuso, portanto, o TSE já indicou que o fato de não se exercer função pública, em sentido estrito, na condição de agente do Estado, não é suficiente para impedir a sua configuração, haja vista a possibilidade do abuso de autoridade ser praticado por cacique, cuja função não possui nenhum vínculo com o poder público. O que definiu a possibilidade de sua sujeição à prática de abuso de poder foi a autoridade decorrente de poder de fato relacionado à liderança exercida na comunidade indígena, ou seja, a capacidade de atuar desvirtuando a legitimidade do poder que as normas culturais lhe asseguram em afronta à liberdade do voto, à normalidade e à legitimidade das eleições.

Esse fundamento na verificação subjetiva do abuso permite concluir que a simples condição de candidato, independentemente do exercício concomitante com algum cargo ou função pública, também é igualmente passível de despertar o cometimento de abuso de poder. Com base nos argumentos ventilados pelo Tribunal Superior Eleitoral para considerar o cacique sujeito à prática de abuso de poder de autoridade, muito mais razões existem quanto à condição jurídica de candidato. Embora não possam ser enquadrados no conceito estrito de agente público, como representante direto ou indireto do Estado por meio do exercício de uma função pública, os candidatos estão submetidos a um regime de prerrogativas e restrições que os garantem poderes e deveres que influenciam diretamente nas atividades estatais.

Antes de tudo, para adquirir o status jurídico de candidato os cidadãos dependem de filiação a partido político e dele é seu representante no processo eleitoral, ao passo que, conforme exposto no tópico 3.2.1, as agremiações partidárias são protagonistas da disputa. Mesmo sendo entidades com a personalidade jurídica de direito privado, desempenham verdadeira função pública na dinâmica do processo político, que se estrutura em torno das

siglas, na medida em que, com base em sua representatividade, são definidos critérios de acesso ao fundo especial de financiamento de campanha (art. 16-D, da Lei n. 9.504/97) e do fundo partidário (art. 41-A, II, da Lei n. 9.096/99) e o tempo que farão jus na propaganda eleitoral gratuita no rádio e na televisão (art. 47, §2º, I, da Lei n. 9.504/97), além da distribuição de assentos no Poder Legislativo pelo sistema proporcional (art. 84 do Código Eleitoral). Ressalte-se que a propaganda “gratuita” no rádio e na televisão, na realidade, garante às emissoras a compensação fiscal pela cessão do espaço, na forma do art. 99, da Lei n. 9.504/97, ou seja, a propaganda é gratuita apenas para os candidatos, não para os cidadãos, que custeiam o aluguel do horário destinado à propaganda por meio da renúncia de recursos do orçamento da União.

O art. 20, da Lei n. 9.504/97, imputa ao candidato a responsabilidade pela administração financeira de sua campanha, considerando os recursos repassados pelo partido, inclusive aqueles do fundo partidário, motivo pelo qual lhe assiste a obrigação de prestar contas dos recursos de campanha perante a Justiça Eleitoral (art. 28, §1º e §2º, da Lei n. 9.504/97), sob pena de, uma vez não prestadas, ficar o candidato impedido de obter certidão de quitação eleitoral até o final da legislatura, persistindo esses efeitos até a efetiva prestação de contas, e o partido sem o direito ao recebimento de sua cota do fundo partidário, fundo especial de financiamento de campanha, além da suspensão do registro ou anotação do órgão partidário (art. 80, I e II, da Resolução TSE n. 23.607/2019). Sob o ponto de vista econômico e financeiro, parece inegável, assim, que o próprio regime jurídico de uma candidatura atrai poderes de recebimento e administração recursos públicos para o financiamento de suas campanhas e para o custeio de todos os serviços e estrutura necessários ao convencimento da população de sua plataforma eleitoral, cuja prestação de contas deve demonstrar o atendimento às finalidades públicas legalmente estabelecidas, não aos caprichos do candidato.

Também é inerente à condição jurídica de candidato seu poder de intervir no domínio público de maneira particular. No que diz respeito à ordem urbanística, os candidatos gozam da prerrogativa de realizar propaganda eleitoral por meio da afixação de bandeiras ao longo de vias públicas (art. 37, §2º, I, da Lei n. 9.504/97) e por intermédio de adesivo plástico em automóveis, caminhões, bicicletas, motocicletas e janelas residenciais (art. 37, §2º, II, da Lei n. 9.504/97), bem como se admite ainda a colocação de mesas para distribuição de material de campanha em vias públicas (art. 37, §4º, I, da Lei n. 9.504/97).



É dispensado aos candidatos a obrigação de obter licença municipal (art. 38, da Lei n. 9.504/97) para a veiculação de propaganda eleitoral pela distribuição de folhetos, adesivos, volantes e outros impressos produzidos sob sua responsabilidade, tampouco se faz necessária licença da polícia (art. 39, da Lei n. 9.504/97). Podem os candidatos realizar comícios e utilizar para tanto aparelhagem de sonorização fixa ou trios elétricos no horário das 8h às 24h, com exceção do comício de encerramento, que poderá ser prorrogado por mais 2 horas (art. 39, §4º e §10, da Lei n. 9.504/97), bem como empregar carros de som e minitrios como meio de propaganda eleitoral em carreatas, caminhadas, passeadas ou durante reuniões e comícios, desde que não ultrapasse o limite de oitenta decibéis de nível de pressão (art. 39, §11, da Lei n. 9.504/97).

Não fosse o bastante, uma das maiores expressões do poder das candidaturas é o acesso ao horário gratuito de rádio e televisão durante as campanhas eleitorais, dado seu alto impacto e capacidade de alcance a uma grande parcela do eleitorado. Nos 35 dias anteriores à eleição, as emissoras de rádio e televisão formam uma cadeia que bombardeará o eleitor diariamente ou com a propaganda em bloco ou com inserções das candidaturas ao Poder Executivo e Poder Legislativo. Nas principais emissoras públicas de rádio e televisão é suspensa sua programação normal para a transmissão das peças publicitárias produzidas pelos candidatos, nos dias e horários especificados na legislação, incluído o horário nobre, submetendo a população a assistir o seu conteúdo naquele momento, especialmente aquela que não possui condição financeira para adquirir pacotes privados de canais de televisão. Claro que sempre haverá a opção de desligar o rádio ou a televisão, mas, historicamente, não obstante o peso atual das redes sociais na formação da opinião dos eleitores, a disputa pela formação de alianças com os partidos que assegurem a maior fatia possível do acesso ao horário eleitoral gratuito tem sido a tônica do comportamento político dos atores eleitorais.

Analisando toda a estrutura e prerrogativas garantidas às candidaturas, que decorrem do regime jurídico delineado para que os candidatos sejam capazes de competir quanto ao convencimento do eleitorado à adesão de seu projeto político, abrangendo milionárias quantias de financiamento público para suas campanhas, especial intervenção na ordem urbanística e privilegiado acesso aos meios de comunicação, é evidente que existe uma autoridade inerente à própria candidatura em si. Se for traçada uma comparação entre uma candidatura robusta com o exercício de uma função pública de pouca gerência

na vida social, facilmente se perceberá como um candidato pode utilizar todo o aparato eleitoral para exercer uma influência no eleitorado de maneira muito mais decisiva do que determinados agentes públicos.

Imagine-se, por exemplo, que um candidato a prefeito com um vultuoso financiamento público e amplo acesso ao rádio e à televisão é capaz de potencialmente exercer muito mais autoridade do que um agente administrativo do Poder Executivo responsável por realizar fotocópias de documentos. Se fosse levada a efeito a interpretação em vias de ser superada pelo Tribunal Superior Eleitoral quanto à possibilidade de apenas os agentes públicos, em sentido estrito, praticarem abuso de poder de autoridade, o agente administrativo poderia ser autor do abuso, a depender da gravidade das circunstâncias, se no horário de expediente se valesse de sua condição funcional para reproduzir material gráfico em benefício de uma candidatura, enquanto que toda a estrutura de poder que goza um candidato não seria passível de ser investigada sob a ótica do abuso de poder. Essa ilustração comprova como seria um contrassenso uma interpretação restritiva do abuso de poder que exclua a estrutura de poder inerente às candidaturas da qual dispõem os aspirantes a mandato eletivo, ao mesmo tempo em que se admite que autoridades que gozam de menos instrumentos de poder possam ser autores do abuso. Se o TSE já sinalizou que a liderança exercida por um cacique de uma reserva indígena do interior do Paraná pode estar sujeita à prática de abuso de poder político ou de autoridade, sob o aspecto cultural, é certo que determinadas candidaturas são muito mais capazes de, em se valendo de suas prerrogativas legais e em manifesto desvio de finalidade, comprometerem a igualdade da disputa e a legitimidade do pleito.

Há que se considerar, ainda, que, no processo eleitoral, assim como acontece com os partidos políticos, os candidatos desempenham uma função da maior relevância pública e com base nos princípios do Direito Público sua atuação é medida. Não é por outro motivo que se justifica, sobretudo, o financiamento público de suas campanhas, custeadas com o sacrificado dinheiro de uma população majoritariamente pobre, prerrogativa que diariamente sofre a crítica de representar uma invertida prioridade do orçamento público em face de demandas que seriam mais emergenciais para a sociedade. Tudo relacionado ao funcionamento do processo eleitoral e, por conseguinte, do regime democrático, é, assim, matéria de interesse público. Ao se registrar uma candidatura na Justiça Eleitoral, não é mais a pessoa física, por meio de seu Cadastro de Pessoa Física (CPF), que atua na esfera

do processo eleitoral. Cada candidatura adquirirá uma personalidade jurídica própria com uma inscrição no Cadastro Nacional de Pessoa Jurídica (CNPJ), na forma do art. 22-A, da Lei n. 9.504/97, que será titular de uma conta bancária específica para movimentar os recursos financeiros da campanha (art. 22, da Lei n. 9.504/97), que deverá constar ainda em todo material impresso de campanha confeccionado pelo candidato (art. 38, §1º, da Lei n. 9.504/97).

Mesmo que não se enquadre em uma definição dogmática da doutrina administrativista de agente público, é inevitável reconhecer que o regime jurídico que decorre de uma candidatura acarreta para o candidato dos mecanismos de controle e prerrogativas próprias, submetidas aos parâmetros de interpretação do Direito Público, uma vez que, materialmente, exercer a “função” de candidato representa uma condição jurídica de interesse imediato do Estado, pois é a partir dela que serão preenchidos os mais importantes cargos da República. Por esses motivos, não se verifica óbice ao reconhecimento de que o exercício ilegítimo das estruturas de poder vinculadas às prerrogativas institucionais de um candidato possam configurar abuso de poder, seja pelo aspecto material e teleológico da função pública a que se presta o exercício de uma candidatura, seja pelo usufruto do aparato estatal, notadamente por meio do financiamento público imediato, com a transferência de recursos da União para serem despendidos na campanha, e mediato, por intermédio da compensação tributária concedida às emissoras de rádio e televisão responsáveis pela cessão de sua grade para a propaganda eleitoral.

Quanto à dimensão material do abuso, sugeriu-se uma ampla abrangência de seus aspectos, além daqueles já consagrados sob o viés econômico e político. Como dito, o Tribunal Superior Eleitoral sinalizou a possibilidade do abuso de poder se expressar sob a forma religiosa, ainda que com o viés de abuso de poder econômico. Isso porque é possível realmente que o cometimento do abuso desvirtue dimensões diferentes do poder legítimo, de maneira independente ou mesmo entrelaçada. A mais tradicional forma de dupla manifestação do abuso de poder é em sua modalidade político-econômica, que se caracteriza quando, segundo a jurisprudência do TSE<sup>481</sup>, agente público, mediante desvio de sua condição funcional, emprega recursos patrimoniais, privados ou do Erário, de forma a comprometer a legitimidade das eleições e a paridade entre candidatos, tornando

---

<sup>481</sup> TSE. Recurso Especial Eleitoral n. 73646. Nova Viçosa/BA. Rel. Min. Herman Benjamin. DJE 31/05/2016.

admissível sua apuração como objeto da Ação de Impugnação de Mandato Eletivo, ainda que o art. 14, §10, da Constituição Federal, mencione apenas o abuso de poder econômico, uma vez que, além da conotação econômica presente do abuso de poder político, a hipótese de cabimento que consiste em corrupção deve ser entendida em sentido coloquial, constituindo-se em gênero do abuso de poder político.

De toda sorte, importa verificar que as múltiplas facetas da realidade comportam o desdobramento do abuso com elementos isolados, mas também simultâneos. Da mesma forma que se consagrou no pensamento jurídico o abuso de poder político entrelaçado com o abuso de poder econômico e o abuso de poder religioso com dimensão econômica, deve ser admitida a existência do abuso de poder político, ou de autoridade, com viés ideológico enquanto categoria jurídica possível de macular a legitimidade e normalidade do pleito e a liberdade do voto. Conforme se demonstrou, o agente responsável pela prática dessa modalidade de abuso seria o candidato, por meio da autoridade que emerge das estruturas de poder que a legislação garante aos aspirantes a mandato eletivo, em desvio da finalidade pública que lhes justifica todas as prerrogativas inerentes à disputa eleitoral. A dimensão ideológica do abuso de poder político se verifica no propósito perseguido pela prática do abuso, que, nesse caso, consiste na disseminação da intolerância, em sua forma mais ampla possível, analisada nos capítulos anteriores.

Na condição de abuso, essa proposta conceitual não deve ser confundida ou equiparada a toda e qualquer infração à legislação eleitoral que resguarde a tolerância. Assim como a mesma conduta que enseja o abuso de poder político e econômico pode ser reprimida outra via judicial própria na jurisdição eleitoral, existem comportamentos que propagam a intolerância e que podem não se revestir da gravidade necessária para converter a irregularidade em abuso. Rememorando o precedente do Tribunal Superior Eleitoral acerca do abuso de poder religioso, apontou-se que um dos fundamentos para concluir pela sua possibilidade teórica é a vedação da divulgação de propaganda eleitoral em bens de uso comum, como são os templos e igrejas, nos termos do art. 37, §4º, da Lei n. 9.504/94. Essa infração, por si só, autoriza o ajuizamento de representação destinada a apurar veiculação de propaganda irregular cuja consequência é a determinação de restauração do bem e o pagamento de multa no valor de 2 a 8 mil reais (art. 37, §1º, da Lei n. 9.504/94), sem que o reconhecimento da propaganda vedada implique de maneira automática abuso de poder.

No que diz respeito à tolerância, foi examinada sua proteção jurídica em relação à atuação dos partidos políticos, às inelegibilidades e à propaganda eleitoral. Na perspectiva do abuso de poder, sua configuração depende de sua prática no bojo de processo eleitoral iminente ou em curso, motivo pelo qual sua manifestação envolverá principalmente a disciplina da propaganda eleitoral. Não há abuso de poder em matéria de inelegibilidade, que consiste na declaração da incapacidade eleitoral passiva com base nas hipóteses previamente discriminadas na Lei Complementar n. 64/90, assim como, no que se refere às agremiações partidárias, eventual abuso de poder é apreciado sob a égide das situações que podem levar ao cancelamento de seu registro perante o Tribunal Superior Eleitoral, na forma do art. 28, da Lei n. 9.096/99. Logo, os atos diretamente praticados pelos candidatos que atentem contra a tolerância e refletem de maneira imediata no processo eleitoral passíveis de configurar abuso de poder se materializam no campo da propaganda eleitoral.

Foi demonstrado que as principais ferramentas do combate à intolerância na propaganda estão previstas no art. 243, II e IX, do Código Eleitoral, que vedam, respectivamente, a veiculação de propaganda contaminada por preconceito de qualquer origem e que represente injúria, inclusive sob a dimensão racial, sendo que, nesta última hipótese, desperta-se igualmente a possibilidade de ajuizar pedido de direito de resposta, com base no art. 58, da Lei n. 9.504/97, que também pode ser concedido se houver a divulgação de fato sabidamente inverídico, capaz de abranger o reparo da deformação de informações com carga discriminatória. Cada uma dessas afrontas à lisura do processo eleitoral autoriza o ajuizamento de uma ação específica, tanto para apurar a veiculação de propaganda com o conteúdo vedado, a fim de determinar a sua suspensão, quanto para pleitear a concessão de direito de resposta no espaço proporcional ao que foi desferida a ofensa, sem prejuízo de se verificar o entrelaçamento das infrações, conforme se evidenciou no precedente do Tribunal Regional Eleitoral do Ceará sobre as eleições para a Prefeitura de Fortaleza em 2004, que concluiu pela existência simultânea de propaganda preconceituosa (art. 243, II, do Código Eleitoral) e de afirmação sabidamente inverídica (art. 58, da Lei n. 9.504/97) durante o horário gratuito no rádio.

Portanto, assim como acontece com as outras categorias de abuso que se expressam em irregularidades específicas quando não há a gravidade qualificadora, essas infrações à propaganda eleitoral relacionadas à tutela da tolerância são as formas específicas que podem evoluir para a caracterização do abuso de poder político com viés ideológico (ou

simplesmente abuso de poder ideológico, considerando-se implícita a ideia de poder político decorrente da autoridade própria da estrutura de poder de uma candidatura). Essa intuição está sinalizada em alguma medida na Resolução do Tribunal Superior Eleitoral que trata da propaganda eleitoral para as eleições de 2020, ao complementar o que seria uma mera reprodução do *caput* do art. 243, do Código Eleitoral, no art. 22, *caput*, da Resolução TSE n. 23.610/2019, que dispõe que “Não será tolerada propaganda, respondendo o infrator pelo emprego de processo de propaganda vedada e, se for o caso, pelo abuso de poder (Código Eleitoral, arts. 222, 237 e 243, incisos I a IX; Lei nº 5.700/1971; e Lei Complementar nº 64/1990, art. 22)”. Diferentemente do *caput* do art. 243, *caput*, do Código Eleitoral, que se restringiu a determinar que “não será tolerada propaganda” nas hipóteses discriminadas nos incisos seguintes, o art. 22, *caput*, da Resolução TSE n. 23.610/2019, explicitou a possibilidade de o infrator ser responsabilizado por abuso de poder, além do procedimento específico por propaganda vedada, com remissão aos artigos 222 e 237 do Código Eleitoral.

Por sua vez, o art. 222 estabelece ser “anulável a votação, quando viciada de falsidade, fraude, coação, uso de meios de que trata o Art. 237, ou emprego de processo de propaganda ou captação de sufrágios vedado por lei”, ao passo que o art. 237 determina que “interferência do poder econômico e o desvio ou abuso do poder de autoridade, em desfavor da liberdade do voto, serão coibidos e punidos”. Embora o art. 222, do Código Eleitoral, sempre tenha mencionado a anulabilidade da votação em caso de “emprego de processo de propaganda”, sua conversão em abuso de poder costuma estar atrelada a uma derivação do abuso de poder econômico, que pode ser ilustrativamente compreendido pelo patrocínio desproporcional e extravagante de diversas modalidades de propaganda eleitoral vedadas pela legislação, como o derramamento de folhetos na cidade por um helicóptero ou a contratação de artistas famosos para apresentação em showmícios, ou como desdobramento do abuso de poder político, consistente na utilização indevida do aparato estatal para instrumentalizar a divulgação de propaganda eleitoral.

Isso não exclui, à toda evidência, que o abuso de poder decorrente da veiculação de propaganda irregular dependa exclusivamente do viés econômico ou político, na acepção estritamente estatal. Em termos normativos, o art. 22, da Resolução TSE n. 23.610/2019, tratou todas as hipóteses de seus incisos como passíveis de caracterizarem abuso de poder, inclusive a veiculação na propaganda de “preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e

quaisquer outras formas de discriminação” (art. 22, I), com base no art. 3º, IV, da Constituição da República. Não obstante, explicou-se em que medida o candidato é um agente público, no sentido de protagonista do processo democrático dotado de estruturas de poder estatais para desempenhar sua missão pública, tornando-o sujeito a abusar de suas prerrogativas institucionais com desvio de finalidade, ou seja, apto a cometer abuso de poder político ou de autoridade nessa acepção. Então, caso se prefira argumentar pela necessidade da presença do viés político, a propaganda eleitoral que dissemine a intolerância, em afronta ao art. 22, I, da Resolução n. 23.610/2019 (art. 243, I, do Código Eleitoral), pode se qualificar em abuso de poder político na perspectiva anteriormente sustentada, enquanto decorrente do poder da autoridade da candidatura, com ênfase no aspecto ideológico, por isso também denominado abuso de poder político, ou de autoridade, na dimensão ideológica.

Sem prejuízo da referência explícita à possibilidade de configuração abuso de poder em virtude das hipóteses descritas pelo art. 22, da Resolução TSE n. 23.610/2019, que abrange, além da vedação de propaganda com carga preconceituosa (art. 22, I), a injúria, inclusive sob a perspectiva racial (art. 22, X, que reproduz o art. 243, IX, do Código Eleitoral), nada obsta que o abuso se materialize por meio da violação a outros dispositivos da legislação eleitoral relativos à propaganda. Conforme exposto, a injúria eleitoral tanto constitui modalidade de propaganda vedada (art. 243, IX, do Código Eleitoral), quanto hipótese de cabimento para concessão de direito de resposta (art. 58, da Lei n. 9.504/07). Independentemente da coincidência da situação fática que resulta em diferentes consequências jurídicas no sancionamento de infrações à regularidade da propaganda eleitoral, o art. 58 da Lei n. 9.504/97 também inclui a divulgação de fato sabidamente inverídico como caso de deferimento de direito de resposta, cujo campo de incidência, como dito, é capaz de contemplar a propagação de ideias discriminatórias que não encontram nenhum amparo realidade, tornando-se matéria igualmente passível de se transfigurar em abuso de poder.

Em suma, conclui-se que as violações ao regramento que disciplina a propaganda eleitoral contra a apologia à intolerância, especificamente o art. 243, I e IX, do Código Eleitoral, e o art. 58, da Lei das Eleições, estão sujeitos potencialmente a se qualificarem como abuso de poder, com base nas premissas anteriormente delineadas. Da mesma forma que as infrações ao processo eleitoral relacionadas ao financiamento das campanhas ou aos

limites impostos à atuação da administração pública enfrentam um processo de avaliação de critérios quanto à sua gravidade para se converterem em abuso de poder, a inobservância aos limites legais da propaganda no que diz respeito à tutela da tolerância não deve ser automaticamente interpretada como abuso de poder, por mais relevante que seja a necessidade de um rigoroso regime jurídico na repressão da intolerância no processo eleitoral.

A legislação eleitoral não comporta uma exegese que equipare todas as violações à tutela da tolerância em matéria de propaganda à prática de abuso de poder, na medida em que existem vias processuais adequadas e cabíveis para apurar e sancionar cada irregularidade especificamente. Caso se admitisse uma identidade entre as infrações e o cometimento de abuso de poder, ao invés de reforçar a grade de proteção da tolerância, esse raciocínio poderia culminar com seu enfraquecimento, pois apenas nas situações em que se verifique a gravidade necessária à qualificação do abuso haveria a intervenção da Justiça Eleitoral, vulnerando-se a proteção de diversas outras circunstâncias que podem se caracterizar em menor magnitude. É evidente que toda manifestação de intolerância na propaganda eleitoral merece ser sancionada e é inevitavelmente repugnante e ofensiva ao regime democrático, contudo, devem ser manejados os instrumentos jurídicos e processuais adequados para que a jurisdição eleitoral exerça sua competência na fiscalização do pleito e imponha as sanções cabíveis aos diferentes graus de ilícito.

Por isso, é absolutamente compatível e harmônico com a sistemática processual estabelecida na legislação eleitoral que coexista a possibilidade do manejo de ações específicas que culminem com a suspensão da propaganda considerada preconceituosa ou injuriosa sob o ponto de vista racial (at. 243, I e IX, do Código Eleitoral) e a concessão do direito de resposta contra afirmação injuriosa ou sabidamente inverídica (art. 58, da Lei n. 9.504/97), ao mesmo tempo em que se essas mesmas afrontas ao processo eleitoral sejam praticadas com uma gravidade tamanha que assuma os contornos do abuso de poder, como antecipou o art. 22, *caput*, da Resolução TSE n. 23.610/2019, submetam-se, portanto, a todo o regime jurídico de tratamento e consequências quanto ao seu cometimento.

É possível especular diferentes intensidades que podem influenciar no maior ou menor nível de gravidade da pregação à intolerância na propaganda eleitoral para adquirir sua feição abusiva. A gravidade do ato abusivo como requisito para sua caracterização, conforme determina o art. 22, XVI, da LC n. 64/90, é aferida diante dos aspectos concretos



do caso submetido à apreciação da Justiça Eleitoral. Não há na jurisprudência um precedente que possa indicar parâmetros específicos, uma vez que a categoria analítica ora proposta quanto ao abuso de poder político, ou de autoridade, com viés ideológico, não é uma tese que já foi enfrentada pelos Tribunais Eleitorais. Ainda assim, é possível extrair uma diretriz dos critérios que costumam ser avaliados na aferição da gravidade nas demais categorias de abuso de poder.

A exigência da comprovação da gravidade do ato abusivo imposta pelo art. 22, XVI, da LC n. 64/90, é consequência da Lei da Ficha Limpa (LC n. 135/2010), que substituiu o anterior requisito utilizado pela jurisprudência baseado na potencialidade para influenciar no resultado das eleições, com a finalidade de facilitar sua caracterização por meio da desconsideração do efeito prático do abuso e dando prevalência ao repúdio abstrato da conduta. A redação atual do dispositivo estabeleceu incontrovertidamente que “não será considerada a potencialidade de o fato alterar o resultado da eleição, mas apenas a gravidade das circunstâncias que o caracterizam”. Ocorre que, em alguma medida, a Justiça Eleitoral continua se pautando em uma avaliação de aspectos concretos de ordem pragmática na formação do juízo acerca da constatação do abuso, haja vista as pesadas consequências advindas do reconhecimento de sua prática, notadamente a imputação de inelegibilidade por 8 anos e cassação do registro do candidato ou diploma daquele que for eleito (art. 22, XIV, da LC n. 64/90).

A jurisprudência do Tribunal Superior Eleitoral afirma existirem critérios qualitativos e quantitativos na aferição do abuso de poder<sup>482</sup>. Quanto ao aspecto qualitativo, sua percepção está relacionada à natureza do ilícito, ao passo que o aspecto quantitativo “orienta-se pela repercussão do ilícito no contexto da dimensão numérica do colégio eleitoral, circunstância a ser observada a partir de elementos como reiteração da conduta, sua proximidade com o pleito e os meios que propaga”<sup>483</sup>. Com base nessa diretriz, é plenamente possível se pautar nos mesmos critérios para determinar quando a afronta à tolerância na propaganda eleitoral se transmuda em abuso de poder político, ou de autoridade, com viés ideológico.

---

<sup>482</sup> TSE. Agravo de Instrumento n. 28353. Paraty/RJ. Rel. Min. Luís Roberto Barroso. DJE 31/05/2019.

<sup>483</sup> TSE. Agravo Regimental em Recurso Especial Eleitoral n. 15135. Pedro Avelino/RN. Rel. Min. Herman Benjamin. DJE 29/08/2016.

Em primeiro lugar, há que se examinar seu aspecto qualitativo, conforme a própria natureza subjetiva do nível de reprovabilidade ofensiva à dignidade humana da mensagem discriminatória veiculada. Por mais que toda manifestação de intolerância seja abjeta e odiosa, existem diferentes graus de insulto capazes de ressentir a consciência coletiva de um determinado grupo discriminado, de acordo com sua trajetória e mazelas históricas e atuais, de maneira mais ou menos ostensiva. O exercício imaginativo para exemplificar possíveis gradações de declarações preconceituosas no contexto do processo eleitoral chega ao limite do impronunciável, mas está à disposição para qualquer um que assista o debate político contemporâneo. Pode se materializar desde uma propaganda eleitoral que intente negar a existência da escravidão da população negra no passado brasileiro a fim de, subliminarmente, descredibilizar um candidato com base em sua cor, até mesmo com um pedido expresso para que o eleitorado não vote em candidatos negros ou com base em qualquer outra forma de discriminação. Sob o ponto de vista quantitativo, deve ser avaliada a extensão do impacto do ato abusivo, considerada a quantidade de eleitores possivelmente atingida, a reincidência da conduta e meio de sua propagação. Significa exercer uma ponderação que distinga, por exemplo, a realização de um único discurso de um candidato que apregoe a intolerância em um comício em um pequeno município do interior diante de uma reduzida plateia e a veiculação reiterada de mensagem discriminatória no horário eleitoral gratuito do rádio e televisão durante elevada audiência, financiada pelo contribuinte devido à compensação tributária concedida às emissoras, ou mesmo por meio de sua propagação na internet em redes sociais com a utilização da ferramenta de impulsionamento (art. 57-C, da Lei n. 9.504/97).

Essas circunstâncias qualitativas e quantitativas oferecem a dimensão da gravidade a ser avaliada pela Justiça Eleitoral na constatação do cometimento de abuso de poder ideológico, fundamentado na tese ora proposta da incompatibilidade do regime democrático com a disseminação da intolerância no processo eleitoral por meio da veiculação abusiva de propaganda eleitoral que ofenda a tutela da tolerância, maculando a normalidade e legitimidade das eleições, além de viciar a formação da vontade do eleitorado por meio do exercício de convencimento baseado em motivações desprezíveis e desprezadas pela ordem constitucional. Assim, preenche-se uma lacuna do pensamento jurídico para contemplar um necessário instrumento de combate a esse grave sintoma representativo de ameaça à democracia. Uma releitura do ordenamento jurídico que

disciplina o processo eleitoral permite concluir pela possibilidade da apuração de abuso de poder político, ou de autoridade, com viés ideológico, segundo o rito do art. 22, caput, da LC n. 64/90, cuja procedência da ação contra o candidato acusado de incitação à intolerância implicará seu afastamento da disputa ou mesmo a cassação de seu diploma, além da condenação à inelegibilidade.

No plano internacional, ganhou destaque as eleições para o Parlamento de Israel em abril de 2019, em virtude da decisão da Suprema Corte de Israel que determinou o impedimento da candidatura de Michael Ben-Ari, líder do partido Otzma Yehudit (Poder Judeu), uma facção ultranacionalista de extrema-direita, para disputar as eleições, por causa de declarações racistas contra árabes, com base no art. 7-A, “a”, 2, da Lei Básica do Knesset (Parlamento em hebraico), equiparada à norma constitucional, uma vez que não há Constituição escrita em Israel. A redação do dispositivo, que trata da proibição de participação em lista de candidatos, haja vista a adoção do sistema eleitoral de lista fechada naquele país, estabelece que:

- a. Uma lista de candidatos não pode participar das eleições para o Knesset e uma pessoa não pode ser um candidato para a eleição do Knesset, se os objetivos ou ações da lista ou as ações da pessoa, expressamente ou implicitamente, incluir uma das seguintes situações:
  1. negação da existência do Estado de Israel como um Estado judeu e democrático;
  2. incitação ao racismo;
  3. apoio à luta armada, de um Estado hostil ou uma organização terrorista, contra o Estado de Israel<sup>484</sup>.

Impressiona as hipóteses previstas na Lei Básica do Knesset, que equiparou a incitação ao racismo ao mesmo patamar de ameaça à democracia, que o apoio à luta armada de organizações terroristas contra o Estado de Israel e a negação de sua existência como Estado judeu e democrático, o que evidencia o tamanho da importância em preservar a tolerância no processo eleitoral naquele país. Israel, um país inquestionavelmente mais conservador que o Brasil em seus costumes, já dispõe de um mecanismo jurídico objetivamente destinado a proibir que ocupem cargos eletivos aqueles que professem a discriminação no contexto eleitoral, independentemente de prévia condenação judicial. O Brasil precisa da mesma coragem para se valer de seu arcabouço jurídico a fim de

---

<sup>484</sup> ISRAEL’S CONSTITUTION OF 1958 WITH AMENDMENTS THROUGH 2013. Disponível em: <[https://www.constituteproject.org/constitution/Israel\\_2013.pdf?lang=en](https://www.constituteproject.org/constitution/Israel_2013.pdf?lang=en)>. Acesso em: 7 janeiro de 2010. (Tradução nossa).

confrontar seus esqueletos do passado que assombram o presente de intolerância como medida de defesa e salvaguarda da democracia.

## CONCLUSÃO

Depois de percorridas as premissas suscitadas nos capítulos desenvolvidos no curso desta investigação para enfrentar o problema central colocado, é preciso agora confrontar os resultados atingidos diante das hipóteses ventiladas no início desta pesquisa. Está evidenciado que o regime democrático não é um modelo institucional intocável e absoluto. Ao contrário, sua natural conflitualidade desperta uma fragilidade que exige permanente luta e crença nos seus fundamentos para assegurar sua manutenção e sobrevivência, cuja ameaça vem se desenvolvendo principalmente pela via eleitoral.

O povo é o protagonista do poder político na democracia, que, sob as mais diferentes variações, desperta arranjos institucionais que confluam em torno da multiplicidade de interesses, sentimentos, ambições, desejos e conflitos desse ator ficcional, cuja sobrevivência exige a tolerância com as diferenças como elemento fundamental, em uma perspectiva concreta e empírica da natureza humana. A filosofia de Espinosa demonstrou como seu conceito sobre os afetos humanos, baseado na tendência de preservar sua essência, encontra amparo nas premissas da neurobiologia, na medida em que explica os esforços conscientes e deliberados da autoconservação. Daí se funda o estado civil espinosiano que extrai da condição humana os fundamentos naturais do estado, ao invés de recorrer aos ensinamentos abstratos de uma natureza humana idealizada.

O esforço para autopreservação como primeiro fundamento da virtude não carrega uma conotação individualista, pois é apoiada por fatores biológicos que vinculam a necessidade de manter a si à necessidade de ajudar os outros a se manterem. O princípio ético fundamental da autopreservação depende da preocupação de preservar o outro. Por isso, a coletivização dos afetos individuais com os sociais é a tarefa da política, cujas instituições devem funcionar como termômetro para equilibrar o modo de ser dos indivíduos com a sociedade, buscando uma conformação da ordem da natureza com a ordem estatal.

A fundação institucional da liberdade e da convivência com base em uma dimensão radicalmente imanente, por meio de uma ética que se orienta pela lógica do que é útil ou prejudicial à preservação individual, que só se satisfaz em coletividade, é premissa para

formação do Estado democrático, que decorre da potência da multidão, que, em Espinosa, equipara-se ao conceito de povo, ao contrário da distinção proposta pelas teorias contratualista com a passagem do estado de natureza para o estado civil. Assim, o Estado é a configuração ou modo da natureza, não sua negação. Essa concepção é fundamental para vislumbrar uma ordem civil capaz de coexistir com a “multidão”, isto é, com a multiplicidade de afetos inerentes à natureza humana, que não negue as contradições e conflitos existentes no convívio em sociedade, para buscar mecanismos de convivência pacífica com base e por meio de suas diferenças, em vez de escondê-la por meio de ficções que não se materializam na realidade. O primeiro passo para compreender a tolerância como fundamento do regime democrático é reconhecer a conflitualidade própria da coletivização dos afetos como substância da potência da multidão para atingir o fim último da República, que, para Espinosa, é a liberdade em sua perspectiva de preservar na maior medida a existência que se esforça para se libertar do que lhe oprime o poder de agir e expandir seu bem estar.

No plano das discussões sobre formulações de teorias democráticas, segundo a ênfase no procedimento ou conteúdo do processo deliberativo, verificou-se a necessidade de coexistência de ambas as faces como medida de preservação da democracia. Não há antagonismo necessário no sistema político fundado na criação da ordem social pelos cidadãos e que assegure sua liberdade política no sentido de autodeterminação, que Kelsen denominou como princípio da tolerância. Ferrajoli condiciona a democracia política, que cuida das condições formais do exercício do poder, à validade substancial do Estado de Direito, que representa a dimensão social da democracia, na proteção não apenas dos interesses da maioria, mas o interesse de todos. Habermas também reconheceu uma zona de proteção à política deliberativa do processo democrático que impede que a consideração dos fins coletivos destrua a forma jurídica, de modo a diluir o direito em política.

Essa aparente dualidade reflete no grau de interferência judicial a ser admitido no processo político. Na realidade brasileira e países de capitalismo periférico, a desjuridificação da política favorece a perpetuação dos privilégios e desigualdades. Nesse cenário, a ordem jurídica se reveste não apenas do caráter regulatório das disputas sociais, mas também está imbuída de uma perspectiva finalística, transformadora, e dirigente, conforme explicaram Canotilho e Bercovici.

A Constituição Federal de 1988 adotou um extenso rol de direitos e garantias fundamentais, que embasam o peso do substancialismo na democracia brasileira, fortalecendo o Poder Judiciário na fiscalização e controle do processo político. Sem embargo, comprovou-se que, em ambas as acepções, jamais se refuta a existência de um núcleo básico de direitos fundamentais a ser garantido pelo Estado Democrático de Direito, unindo procedimentalistas e substancialistas na defesa da Constituição, da democracia e da efetivação dos direitos. Portanto, deve ser superado o falso antagonismo entre as correntes, ao mesmo tempo em que se evite incorrer em suas distorções patológicas que rompem o equilíbrio entre direito e política, pois importa, acima de tudo, a preservação da zona de interseção do ângulo formal e material da democracia, que é exatamente a garantia a proteção jurídica das minorias como expressão da tolerância.

A crítica de Karl Popper à filosofia de Platão oferece caminhos contra o pensamento totalitário que asfixia a expressão da individualidade na vida social. Para Popper, existem três exigências para uma teoria humanitária de justiça: o princípio igualitário, na perspectiva de abolir os privilégios naturais; o princípio geral do individualismo; e o princípio de que incumbe ao Estado proteger a liberdade dos cidadãos. Em Platão, cada uma dessas propostas se materializa de maneira oposta: o princípio do privilégio natural; o princípio geral do coletivismo; e o princípio segundo o qual é missão do indivíduo garantir a estabilidade do Estado. Bobbio evidenciou que o homem ocupa uma centralidade na democracia moderna em distinção à democracia dos antigos, como em Platão, que priorizava o caráter orgânico e subsidiou a formação do conceito político de povo, de modo que a soberania, na modernidade, é exercida por uma concepção individualista da sociedade.

Esse individualismo não suprime a dimensão social do homem nem considera o indivíduo apenas isoladamente no contexto social, pois distingue-se o individualismo de tradição liberal-libertária e o individualismo democrático, que agrupa o homem com outros indivíduos semelhantes e assim percebido por eles para formar uma associação de pessoas livres sem um viés orgânico. O primeiro conceito persegue a liberdade do indivíduo em relação à sociedade, ao passo que o segundo os reconcilia com base na livre vontade. Assim, descortina-se uma esfera de individualidade do cidadão intransponível à finalidade estatal, que não admite instrumentalização, expressa no núcleo da liberdade que se

materializa como o direito de se autodeterminar sexualmente, religiosamente, filosoficamente, desde que o exercício dessa liberdade não ameaça outras liberdades.

Contra uma teoria da soberania que se ocupa em responder quem deve governar, Popper percebeu que essa preocupação carece da definição de controles do poder político, porquanto delimita o âmbito de suas reflexões para discutir quem seria dotado de mais discernimento e aptidão para exercer o poder. Esse deslocamento indevido do problema cria paradoxos para a democracia, que permitiriam o povo, no uso de sua liberdade, eleger um tirano. Assim, o exercício da liberdade sem nenhuma restrição resulta em uma limitação ainda maior do seu exercício, que recoloca o problema sob o ângulo do paradoxo da tolerância, que, em uma perspectiva jurídica, demonstra a contradição na necessidade de larga amplitude de proteção à liberdade de pensamento e autodeterminação em um contexto que essa garantia é utilizada para a defesa de ideias que advogam o fim dessa mesma liberdade indispensável para a democracia.

Portanto, não se pode tolerar a intolerância, pois o resultado da tolerância ilimitada é a eliminação dos tolerantes e, por conseguinte, da própria tolerância. Por isso, em nome da tolerância, deve ser proclamado o direito de não tolerar a intolerância e que sejam afastadas da legalidade democrática todas as expressões possíveis de sua manifestação. Não há meio termo no que diz respeito à convivência com a incitação à intolerância no ambiente democrático. Toda e qualquer forma de comportamento intolerante é incompatível com a ordem democrática, não estando protegido nem mesmo pela própria obrigação jurídica de tolerar as diferenças, em razão da necessidade de superação do paradoxo: caso se tolere juridicamente a defesa de ideias que apregoem a destruição da tolerância, é evidente que o êxito da intolerância importará na inexistência da tolerância.

A tolerância consiste, assim, na atribuição de igual valor a todas as pessoas, ao passo que a intolerância significa o desvalor associado a alguém em decorrência de sua particular identidade. No regime democrático, a tolerância, como desdobramento do princípio da igualdade formal, implica idêntica valoração a todas as identidades, sem qualquer distinção, em que igualdade e diferença se implicam mutuamente, pois todos devem ser tratados de maneira isonômica, a despeito de suas diferenças. No sentido material, todos devem ser considerados iguais, tanto quanto possível for, levando em conta suas posições social e economicamente desiguais.



O respeito às diferenças, no plano da igualdade formal, opera para que a ordem jurídica não que coloque as diversidades étnicas, religiosas, culturais ou linguísticas, em situação de disparidade, preservando uma tolerância positiva à pluralidade das identidades humanas. As desigualdades se inserem no conteúdo da igualdade substancial, cuja consequência é a intolerância com as distintas realidades materiais como causa de privilégios ou discriminações sociais que lhes deformam a identidade. Essa é a vertente pela qual deve assentada a tolerância como fundamento da democracia decorrente da igualdade jurídica, tutelando o direito à tolerância das diferenças intrínsecas à diversidade humana e o direito à intolerância a desigualdades sociais e econômicas que subtraem condições materiais mínimas capazes de assegurar à pessoa a condição humana.

A Constituição Federal de 1988 representa o principal estatuto jurídico de tutela das minorias, que se definem tanto em termos quantitativos como qualitativos, pois se constituem como um grupo social numericamente inferior aos demais segmentos sociais e/ou, ainda que em maioria de membros, estão em situação de desvantagem social e marginalizados da participação nas políticas estatais. Tais desvantagens podem derivar de discriminações de ordem nacional, étnica, religiosa, cultural, linguística, sexual, que divergem daquela prevalecente na comunidade.

A luta pela afirmação de identidades coletivas impõe uma adequação da teoria do direito, fundada em termos individualistas, na afirmação do Estado Democrático de Direito. Para superar a aparente contradição da política de consideração das diferenças culturais e a política de universalização dos direitos subjetivos, ambas decorrentes do princípio do tratamento igual, Habermas explicitou como a autonomia privada não se divide da pública, o que resulta na necessidade de uma política de reconhecimento que também proteja a integridade do indivíduo nos contextos sociais que formam sua identidade. A proteção às minorias em sociedades multiculturais implica tanto o direito de cada cidadão crescer segundo seu padrão cultural de origem, quanto autoriza que seus filhos prossigam nele, ou afastem-se com indiferença ou por uma renúncia crítica, que lhes assegure formar sua identidade livremente com a ruptura da tradição, por meio de uma ordem jurídica que assegure que cada cultura regenere sua força.

Da disputa política entre maioria e minoria, nasce a institucionalização da oposição enquanto fenômeno político, cujo resultado é o temperamento do princípio da maioria, a fim de proteger o direito das minorias e assegurar a possibilidade de alternância do poder, que

não se restringe à simples expectativa de rotatividade no âmbito parlamentar, mas, sobretudo, a alternância deve envolver as forças políticas extraparlamentares. Monica Caggiano constatou que, no campo da oposição, a tolerância no exercício do poder é um valor intocável para a preservação da democracia, assim como Manoel Gonçalves Ferreira Filho apontou a tolerância, ao lado dos elementos consensus e fairplay, como categorias indispensáveis à subsistência do regime.

Depois de analisar os reflexos da intolerância, a partir dos principais acontecimentos da equivocada condenação por espionagem do oficial judeu francês, Alfred Dreyfus, na França em 1894, enquanto precursor do antissemitismo que posteriormente se expandiu na Europa no século XX, revelou-se como a aposta na atuação formal das instituições para concretizar o conceito jacobino de uma nação baseada nos direitos humanos era completamente ingênua para salvar a república. A ruína da democracia francesa aconteceu com o aberto consentimento do povo, que, no final das contas, mobilizou-se não pela defesa da república, da justiça e da liberdade, mas contra seus antigos inimigos desde a Revolução: a aristocracia e o clero.

Há um encadeamento de fatores no contexto do caso Dreyfus na França que permite extrair aspectos na queda da República de Weimar, na Alemanha, e a consequente ascensão do Nacional Socialismo. Acima de tudo, houve uma contrarrevolução para minar as conquistas de recém conquistada democracia parlamentar e a plataforma de emancipação do trabalho, que sagrou-se vitoriosa, entre outros motivos, devido à estrutura da Constituição de 1919. Sem prejuízo da responsabilidade do Poder Legislativo, que não se preocupava em defender sua autoridade diante do Executivo, foi o Judiciário que ocupou o epicentro da contrarrevolução.

O Direito, notadamente por meio do Poder Judiciário, foi apropriado como estrutura do Estado para o movimento contrarrevolucionário alcançar o poder, o que foi demonstra pela conivência e parcialidade de diversos julgados, que fortaleciam politicamente as bandeiras do Nacional Socialismo, em detrimento dos partidários da democracia. A página escura da República Germânica representada pela justiça política custou a democracia daquele país, na medida em que o poder dos juízes crescia às custas do Parlamento.

A tolerância institucional com as forças antidemocráticas implodiu o contrato social no qual se fundava Weimar. A democracia alemã se suicidou e foi assinada ao mesmo

tempo durante o processo político que levou à indicação de Hitler como chanceler. Apesar de inicialmente se apresentar como defensor da democracia e de suas instituições, Hitler não demorou para apresentar sua verdadeira face política com seus objetivos para destruí-la, cumprindo todas suas promessas. Seus nefastos propósitos deixaram de ser escondidos em comícios, na propaganda oficial do partido e mesmo perante os tribunais, mas que, ainda assim, continuava a ser empoderado pelos seus aliados na crença de que não haveria um sério risco ao país.

Mesmo com todos os sinais de alerta e depois de revelada toda a farsa que resultou no genocídio de 6 milhões de judeus, recentemente, o Tribunal Constitucional Federal alemão permitiu em janeiro de 2017 o registro do Partido Nacional Democrático da Alemanha, a despeito de sua manifesta proximidade ideológica com o Nacional Socialismo. A infeliz decisão concluiu perigosamente que, apesar de incompatível abstratamente com a ordem constitucional, somente seria possível proibir o registro do partido político se forem constatadas ações graves e concretas patrocinadas pelas siglas, na contramão do que ensinam os movimentos político e jurídico que resultam na ascensão de Hitler ao poder, que, paulatinamente, foi conquistando o poder.

Por isso, conclui-se que o Judiciário deve adotar uma postura de intransigência jurídica com toda e qualquer ameaça, concreta ou potencial, aos fundamentos democráticos, sob pena de as forças antidemocráticas se fortalecerem a ponto de serem capazes de paralisar e destruir a estruturas do Estado, que deveriam haver impedido sua progressão tempestivamente.

Por sua vez, a investigação da intolerância no cenário brasileiro remeteu como ponto de partida seu passado colonial, com base nas reflexões produzidas no âmbito do seminário Marx na Universidade de São Paulo. A metodologia adotada pelos seus pesquisadores, preocupados em ajustar as concepções marxistas à realidade local no oferecimento de uma proposta de compreensão de Brasil, voltava seus olhares para o que reputava ser o momento decisivo para a formação das instituições do país: o passado colonial.

Do sentido da colonização brasileira como empresa comercial destinada a explorar os recursos naturais em proveito do comércio europeu no contexto da transição do feudalismo para o capitalismo industrial como instrumento da acumulação primitiva de capital, forjou-se a organização da vida social, cuja principal marca é a escravidão.

Diferentemente do modelo de escravidão conhecido no mundo antigo, o seu renascimento se explica como pura empreitada comercial, que privou a população negra de incorporar qualquer elemento construtivo na sociedade, pois dela apenas se exigiu sua força bruta e nenhuma humanidade.

Assim, aprofundou-se a distinção de raças no terreno nacional, criando um abismo entre as classes situadas nos extremos da escala social, dentre o qual se comprimia o que sobrou entre a minoria de senhores no topo da hierarquia e a multidão de escravos em sua base, isto é, a massa de deslocados sem ocupação certa em virtude do monopólio do trabalho pela escravidão. Esse modelo moldou uma sociedade violenta e consolidou uma desigualdade estrutural, conforme comprovaram diversas estatísticas apresentadas.

Esse segmento inorgânico de homens livres que se ajustavam em funções não absorvidas pela escravidão era ditado por lógica institucional do recurso à violência na resolução dos conflitos, como padrão de comportamento, em face de divergências e circunstâncias banais e não relacionais a valores altamente prezados que o justificasse. Uma cultura empobrecida e um sistema social que demandava relações de recíproca suplementação aumentou as oportunidades de conflito e radicalização de suas soluções. A violência se transmudou, assim, em conduta legítima, dada a inexistência de canais institucionais para o estabelecimento das compensações.

Assim como na escravidão, o princípio da dominação, que nasceu da relação de assistência econômica prestada pelo fazendeiro ao sitiante em troca de sua adesão política, aniquilou o predicado humano e a possibilidade de consciência das condições imediatas da existência social. Os assustadores índices da violência no Brasil comprovam uma violência endêmica, que, definitivamente, desmistificam qualquer narrativa romantizada da pacífica e amistosa inclusão cultural de todas as classes, etnias e raças. Na realidade, no Brasil, as diferenças transmudam-se em atributos de desqualificação.

Essa fenomenologia da violência e da intolerância repercute necessariamente na conformação do universo jurídico, na medida que, segundo advertia Oliveira Viana, não há como sobreviverem princípios liberais em uma sociedade parental, clânica e autoritária, uma vez compreendido o problema do direito no campo da culturologia aplicada. Diferentemente do método espanhol, que carregava traços comunitários, a colonização portuguesa, por meio do sistema de sesmarias individualistas ou particularistas, estimulava a dispersão da massa colonizadora, o que impediu a formação de laços de solidariedade,

cooperação e colaboração em favor do bem público. Logo, ratifica-se que não se resolve o problema da democracia normativamente, mas por meio do fortalecimento concreto de instrumentos jurídicos capazes de aprimorar uma política democrática em face da intolerância e da violência historicamente arraigadas na formação brasileira, que, desde as manifestações de junho de 2013, recrudesceram-se.

O emblemático episódio na memória institucional brasileira que consistiu no julgamento do Habeas Corpus n. 84.242 pelo Supremo Tribunal Federal, impetrado por Siegfried Ellwanger, acusado de incitação à discriminação contra judeus, expôs perspectiva do aparato judicial brasileiro quanto à tratamento jurídico a ser despendido à intolerância. Por maioria, foi negada ordem e firmada a superação do conceito de raça só a ótica puramente biológica, uma vez que as pesquisas do genoma humano comprovaram que a única raça existente é a humana, motivo pelo qual o racismo se expressa juridicamente como fenômeno social e político.

Ao contrário do que decidiu o Tribunal Constitucional Federal alemão em 2017 quando da permissão do registro de partido com viés nazista, o STF coibiu a incitação ao racismo de forma veemente a fim de evitar que a disseminação de tais ideias venha a se constituir risco para a convivência pacífica no país. A importância na definição do racismo em sua maior amplitude, especialmente para efeito da cláusula constitucional da imprescritibilidade, justifica-se na necessidade de manter viva na memória do povo a permanente lembrança do passado sobre o presente, como medida a impedir que se reinaugurem ideologias inconciliáveis com os princípios democráticos.

Os votos divergentes confirmam que não é consensual no pensamento jurídico a extensão a ser dada ao combate à intolerância pela disseminação de ideias discriminatórias. Os fundamentos invocados pela divergência para conceder a ordem em favor do paciente aduziram a incidência da liberdade de expressão e, mais uma vez, o perigoso argumento de que não haveria um risco concreto e imediato de ruptura da ordem constitucional. Uma vez que foi demonstrado que a escalada da intolerância depende em grande medida do papel regulador do Poder Judiciário, a divergência no julgado deve manter em alerta a consciência jurídica contra a ameaça que ronda a proteção jurídica da tolerância, visto que seu processo de desintegração evolui por meio de um invisível agravamento para um cenário que costuma ser irreversível e fatal para a ordem democrática quando os Poderes constituídos não agem a tempo.

Episódios recentes do desgaste da democracia liberal comprovados por movimentos políticos de confrontação do establishment político demonstraram que as ameaças ao regime democrático tem se desenvolvido de maneira sutil e quase imperceptível. Não mais por meio de golpes militares ou com a tomada violenta do poder, mas através de líderes eleitos. Há uma aparência de normalidade no funcionamento das instituições democráticas, que são colapsadas pelos governos eleitos pela perigosa via eleitoral.

Diante da ausência de um sinal claro do cruzamento da fronteira democrática, torna-se mais difícil estabelecer o momento de disparar os dispositivos de alarme da sociedade contra o paradoxo da democracia, que permite o sequestro do processo eletivo pelos seus futuros assassinos, que se utilizam de suas instituições para destruí-la. Nesse cinzento cenário de fragilização da democracia, um dos indicativos de sua potencial ameaça é a tolerância com a incitação à violência sob todas as formas, que deve ser combatida no âmbito do processo eleitoral brasileiro por intermédio de instrumentos jurídicos capazes de sancionar candidatos e partidos que flertem com a intolerância.

Daí por que a Justiça Eleitoral figura como protagonista na elevada missão de defender a democracia nesse campo. Desde a sua origem em 1932, essa justiça especializada demonstrou sua aptidão para romper com a ordem vigente do poder dos coronéis e a completa desmoralização das eleições. Na medida em que verificou na experiência histórica alemã a participação determinante do Judiciário para a ascensão do Nacional Socialismo, a jurisdição eleitoral representa um espaço institucional decisivo para conter a propagação da intolerância contra a democracia.

No regime jurídico dos partidos políticos, verificou-se que o respeito à tolerância como limite à fundação das legendas impõe-lhes a obrigação jurídica de resguardar o regime democrático, o pluripartidarismo, os direitos da pessoa humana e a defesa dos direitos fundamentais. Não obstante o texto constitucional lhes assegure relativa autonomia, conclui-se ser possível o controle judicial verticalizado pela Justiça Eleitoral de seu estatuto e dos atos partidários que denotem ameaça, ainda que potencial, ao regime democrático, sob pena de indeferimento do registro ou posterior cancelamento. pois não há democracia sem partidos democráticos,

Por sua vez, a propaganda eleitoral, enquanto principal ferramenta à disposição dos candidatos para a conquista do voto, é tutelada principalmente por representações eleitorais destinadas à suspensão da propaganda questionada e por meio dos pedidos de direito de

resposta. Por traduzirem uma limitação da liberdade de expressão, que se reveste de particular relevância no curso do embate político, merece cautela a intervenção judicial destinada a restringir o debate eleitoral, que, por outro lado, deve guardar obediência aos postulados civilizatórios incompatíveis com a propagação da intolerância.

Como desdobramento do art. 3º, IV, da Constituição Federal, é vedada a propaganda eleitoral que veicule preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação, na acepção mais larga de racismo em sua vertente social, conforme decidiu o Supremo Tribunal Federal no julgamento de Siegfried Ellwanger. Além da suspensão da propaganda irregular, assegura-se o direito de resposta ao candidato que for vítima de afirmação sabidamente inverídica, caluniosa, difamatória e injuriosa, que pode assumir conotação discriminatória, o que permite o combate a *fake news* que infestam o debate eleitoral com distorções e desqualificações grosseiras, embora se verifique uma atuação ainda tímida da Justiça Eleitoral.

Na selvageria do ambiente virtual costuma ser mais evidente ofensas com viés discriminatório do que no espaço institucional da propaganda sob responsabilidade dos atores políticos, que dispõem de sofisticadas estratégias e técnicas de marketing político para agir principalmente na esfera do inconsciente dos eleitores. A expressão da intolerância pode acontecer de maneira subliminar na propaganda eleitoral, obrigando a Justiça Eleitoral a estar atenta a toda a carga histórica e sociológica que impera nas relações de opressão que afligem a dignidade de determinados grupos sociais para manter a discussão ideológica entre os candidatos distante da apologia a preconceitos de toda natureza.

No sensível tema das inelegibilidades, a Lei da Ficha Limpa (Lei Complementar n. 135/2010) modificou a Lei Complementar n. 64/90, conferindo efetividade ao art. 14, parágrafo 9, da Constituição Federal de 1988, por meio da formulação de parâmetros objetivos de aferição da vida pregressa de potenciais candidatos que representem ameaça à probidade administrativa e à moralidade para o exercício do mandato, cujo compromisso com a tolerância se vislumbra inserido. Assim, apontou-se seu campo de proteção no art. 1º, I, “e”, 7, da Lei Complementar n. 64/90, que reputa inelegível quem for condenado, por decisão transitada em julgado ou por órgão judicial colegiado, desde a condenação até o transcurso do prazo de 8 anos após o cumprimento da pena, pelo crime de racismo.

Com base no entendimento do STF no julgamento de Siegfried Ellwanger, a expressão do racismo não deve se resumir à discriminação contra negros, mas deve ser

compreendido em sua perspectiva social como diretriz interpretativa para garantir a máxima extensão de defesa da tolerância no processo eleitoral. Assim, afigura-se suficiente para a decretação da inelegibilidade a condenação em qualquer dos tipos penais previstos na Lei n. 7.716/88, que igualmente macula a moralidade para exercício do mandato eletivo considerada a vida pregressa do candidato.

Verificou-se que, apesar de existirem crimes eleitorais correlacionados com a tutela da tolerância que poderiam vir a atrair a inelegibilidade prevista no art. 1º, I, “e”, 4, da Lei Complementar n. 64/90, a pequena pena estipulada pelo seu cometimento os torna delitos de menor potencial ofensivo, que os excetua da referida hipótese legal, por força do art. 1º, parágrafo 4º. Logo, constatou-se uma precária e deficiente criminalização dos delitos eleitorais relacionados à repressão da intolerância em matéria de inelegibilidade. Ainda que que outras hipóteses de inelegibilidade possam indiretamente se relacionarem a punições decorrentes de comportamentos discriminatórios, o art. 1º, I, “e”, 4, da LC n. 64/90 é o único dispositivo que protege de maneira imediata a tolerância contra candidatos cuja vida pregressa indique potencial ameaça que os impeçam de participar do processo eleitoral.

Diferentemente de marcos teóricos que apostam no discernimento dos atores políticos para adotar estratégias que impeçam a ascensão de forças antidemocráticas, optou-se por oferecer um incremento da atuação estatal, por meio da jurisdição eleitoral, como medida diminuir as vias de acesso ao poder pelos partidos políticos e candidatos que despertem sinais de alerta diante de sinalizações de intolerância. Essa perspectiva fundamentou uma releitura da amplitude do abuso de poder nas eleições para ajustá-lo à realidade que foi descrita na tentativa de conter as novas formas de deterioração da democracia pela via eleitoral, com o cuidado para não recorrer ao ativismo judicial de cunho autoritário na ingerência do embate eleitoral.

A legislação constitucional e infraconstitucional explicitou hipóteses de abuso de poder político, econômico e dos meios de comunicação. Contudo, o conceito de abuso de poder, interpretado conjuntamente com o plexo de normas que veda a incitação à intolerância no processo eleitoral, permitiu concluir pela possibilidade de sua expressão na modalidade ideológica. Embora não se equipare à condição de agente público em sentido estrito, as estruturas de poder asseguradas pelo Estado ao candidato para desempenhar uma função revestida de interesse público, que é a disputa de um mandato eletivo, sujeitam-no à



possibilidade de abusar de suas prerrogativas institucionais para, através delas, disseminar a intolerância no debate político.

Portanto, propôs-se uma nova dimensão do abuso de poder político, enquanto decorrente do poder da autoridade da candidatura, com ênfase no aspecto ideológico, que se denominou abuso de poder político, ou de autoridade, na dimensão ideológica, que não deve ser confundido ou equiparado a toda e qualquer infração às normas eleitorais que tutelem a tolerância. Observando todos os requisitos indispensáveis à consumação do abuso de poder para determinar a cassação do registro do candidato ou seu diploma, se eleito, o abuso de poder ideológico somente se caracterizará com aferição do critério quantitativo e qualitativo da gravidade das circunstâncias que o permeiam. Diante do novo horizonte conceitual oferecido na repressão da intolerância manifestada na disputa eleitoral, acredita-se suprir uma lacuna na grade de proteção da tolerância que se justifica na necessidade de dotar o Poder Judiciário de ferramentas jurídicas necessárias para enfrentar a nova roupagem das ameaças ao regime democrático.

## BIBLIOGRAFIA

ACHEN, Christopher H; BARTELS, Larry M. **Democracy for realists: why elections do not produce responsive government.** New Jersey: Princeton University Press, 2016.

ALBRIGHT, Madeleine. **Fascism: a warning.** New York: Harper Collins Publishers, 2018.

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais.** 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2012.

ALMEIDA NETO, Manoel Carlos de. **Direito eleitoral regulador.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

ALVIM, Frederico Franco. **Abuso de poder nas competições eleitorais.** Curitiba: Juruá, 2019.

ARENDT, Hannah. **As origens do totalitarismo.** Tradução Roberto Raposo São Paulo: Companhia das Letras, 2012.

ARENDT, Hannah. **Eichmann em Jerusalém: um relato sobre a banalidade do mal.** São Paulo: Companhia das Letras, 1999.

AURÉLIO, Diogo Pires. **O mais natural dos regimes: Espinosa e a Democracia.** Lisboa: Círculo de Leitores e Temas e Debates, 2014

ASSIS, Machado de. **Quincas Borba.** 3. ed. São Paulo: Moderna, 2016.

BAPTISTA, Fernando Pavan; FERRAZ, Anna Candida da Cunha. O Direito das Minorias na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. In: FERRAZ, Anna Candida da Cunha; BAPTISTA, Fernando Pavan; FREITAS, Riva Sobrado (Orgs.). **Direito das minorias na América Latina e no Caribe: perspectiva convencional e jurídico-constitucional.** Osasco: Edifício, 2016.

BELLO, E.; BERCOVICI, G.; LIMA, M. M. B. O Fim das Ilusões Constitucionais de 1988?. **Revista Direito e Práxis**, Rio de Janeiro, v. 10, n.3, 2019, pp. 1769-1811.

BERCOVICI, Gilberto. **Constituição Econômica e Desenvolvimento: uma leitura a partir da Constituição de 1988.** Malheiros: São Paulo, 2005.

BOBBIO, Norberto. **Teoria geral da política: a filosofia política e as lições dos clássicos.** Tradução de Daniela Beccaccia Versiani. Rio de Janeiro: Campus, 2000.

BUNDESVERFASSUNGSGERICHT. **Judgment of the Second Senate of 17 January 2017 – 2 BvB 1/13 –**, paras. (1-1010). Disponível em: <[https://www.bundesverfassungsgericht.de/SharedDocs/Entscheidungen/EN/2017/01/bs20170117\\_2bvb000113en.html](https://www.bundesverfassungsgericht.de/SharedDocs/Entscheidungen/EN/2017/01/bs20170117_2bvb000113en.html)> Acesso em 10 jul 2019.

CAGGIANO, Monica Herman Salem. **Direito parlamentar e direito eleitoral**. Barueri: Manole, 2004.

CAGGIANO, Monica Herman Salem. **Oposição na política**: propostas para uma rearquitetura da democracia. São Paulo: Angelotti, 1995.

CAGGIANO, Monica Herman Salem. **Ficha Limpa**: impactos nos tribunais: tensões e confrontos. CAGGIANO, Monica Herman (org.). São Paulo. Revista dos Tribunais, 2014.

CAMPOS, Francisco. **O estado nacional**: sua estrutura, seu conteúdo ideológico. Brasília: Senado Federal, Conselho Editorial, 2001.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Constituição dirigente e vinculação do legislador**: contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas. Coimbra: Coimbra, 1994.

CASTAN, S. E. **Holocausto**: Judeu ou alemão. Porto Alegre: Revisão Editora Ltda, 1987.

CASTELLS, Manuel. **Ruptura**: a crise da democracia liberal. Tradução de Joana Angélica d'Avila Melo. Rio de Janeiro: Zahar, 2018.

CHAUÍ, Marilena. **Política em Espinoza**. São Paulo: Companhia das Letras, 2003.

CONEGLIAN, Olivar Augusto Roberti. **Inelegibilidade**: inelegibilidade e proporcionalidade, inelegibilidade e abuso de poder. Curitiba: Juruá, 2009.

DAHL, Robert. *How democratic is the american constitution?* 2. ed. Yale: Yale University Press, 2003.

DAHL, Robert A. **Poliarquia**: participação e oposição. Tradução de Celso Mauro Paciornik. São Paulo: Universidade de São Paulo, 2005.

DAMÁSIO, Antônio. **Em busca de Espinosa**: prazer e dor na ciência dos sentimentos. São Paulo: Companhia das Letras, 2004.

DENNINGER, Erhard. “**Security, diversity, solidarity**” instead of “**freedom, equality, fraternity**”. *Constellations*, v. 7, n. 4. Oxford: Blackwell Publishers Ltd., 2000, p. 507-521.

DWORKIN, Ronald. **Is democracy possible here?**: principles for a new political debate. Princeton: Princeton University Press, 2008.

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

ESPINOSA, Baruch de. **Breve Tratado de Deus, do homem e seu bem-estar**. Belo Horizonte: São Paulo: Autêntica, 2012.

ESPINOSA, Baruch de. **Tratado Político**. Tradução Diogo Pires Aurélio. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009.

ESPINOSA, Baruch de. **Tratado Teológico-Político**. Tradução de Diogo Pires Aurélio. 3. ed. Lisboa: Imprensa Nacional-Casa da Moeda, 2004.

FAORO, Raymundo. **Os donos do poder**: formação do patronato político brasileiro. 4. ed. São Paulo: Globo, 2008, p. 708.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão**: teoria do garantismo penal. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

FERRAZ, Ana Candida da Cunha; BAPTISTA, Fernando Pavan; FREITAS, Riva Sobrado (Orgs.). **Direito das minorias na América Latina e no Caribe**: perspectiva convencional e jurídico-constitucional. Osasco: Edifício, 2016.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **A democracia possível**. São Paulo: Saraiva, 1972.

FISCHER, Kuno; LAND, J.; VAUGHAN, Charles Edwyn; BRUNSCHVIG, Léon. **Estudos sobre Spinoza**. Rio de Janeiro: Contraponto, 2014.

FRAENKEL, Ernst. **The dual state**: a contribution of the theory of dictatorship. New York: Oxford University Press, 2017.

FRANCO, Maria Sylvia de Carvalho. **Homens livres na ordem escravocrata**. São Paulo: UNESP, 1997.

GOETHE, Johann Wolfgang von. **Fausto**. Tradução de Agostinho D'Ornellas. São Paulo: Martin Claret, 2016.

GOMES, José Jairo. **Direito Eleitoral**. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2012.

GUIMARAENS, Francisco de. **Direito, ética e política em Spinoza**: uma cartografia da imanência. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

HABERMAS, Jürgen. **A inclusão do outro**: estudos de teoria política. Traduzido por Denilson Luís Werle. São Paulo: UNESP, 2018.

HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia**: entre facticidade e validade. Volume I e II. 2. ed. Rio de Janeiro: 2012.

HAURIOU, Maurice; GICQUEL, Jean; GÉLARD, Patrice. **Droit Constitutionnel et Institutions Politiques**. Paris: Montchrestien, 1975.

HOBBS, Thomas. **Leviatã**: ou material, forma e poder de um estado eclesiástico e civil. 2. ed. São Paulo: Martin Claret, 2008.

\_\_\_\_\_. **Os elementos da lei natural e política**. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010.

HOLLAND, Tom. **Fogo persa**. Rio de Janeiro: Record, 2008.

Homero. **Odisseia**. São Paulo: Editora 34, 2014.

HUNTINGTON, Samuel P. **A terceira onda**: a democratização do século XX. Tradução de Sergio Gois de Paula. Ática: São Paulo, 1994.

ISRAEL'S CONSTITUTION OF 1958 WITH AMENDMENTS THROUGH 2013. Disponível em: <[https://www.constituteproject.org/constitution/Israel\\_2013.pdf?lang=en](https://www.constituteproject.org/constitution/Israel_2013.pdf?lang=en)>. Acesso em: 7 janeiro de 2010.

KANT, Immanuel. Fundamentos da Metafísica dos Costumes, in: **Os pensadores – Kant (II)**. Tradução de Paulo Quintela. São Paulo: Abril Cultural, 1980, p. 103-162.

KELSEN, Hans. **A democracia**. Tradução de Vera Barkow, Jefferson Luiz Camargo, Marcelo Brandão Cipolla e Ivone Castilho Benedetti. São Paulo: Martin Fontes, 2000.

LAFER, C. **Hannah Arendt**: pensamento, persuasão e poder. 3. ed. Rio de Janeiro/São Paulo: Paz e Terra, 2018.

LAFER, C. Parecer. **O caso Ellwanger: Anti-semitismo como crime da prática do racismo**. (Estudos em homenagem a Anna Maria Villela). Revista de Informação Legislativa, v. 162, p. 53-89, 2004.

LEITÃO, Valton de Miranda. **O inimigo necessário**: a paranoia em Carl Schmitt. São Paulo: Intermeios, 2015.

LEMBO, Cláudio. **A pessoa**: seus direitos. Barueri: São Paulo, 2007.

LEMBO, Cláudio. **Cronologia básica do Direito Eleitoral Brasileiro**. In: LEMBO, Cláudio; CAGGIANO, Monica Herman Salem (Org.). O Voto nas Américas. Barueri: Minha Editora, São Paulo: Cepes, 2008, pp. 73-106.

LEMBO, Cláudio. **Visões do cotidiano**. Barueri: Manole, 2012.

LEVITSKY, Steven; ZIBLATT, Daniel. **Como morrem as democracias**. Rio de Janeiro: Zahar, 2018.

LIMA, Martonio Mont'Alverne Barreto. **O Tribunal Federal Constitucional alemão e a infeliz decisão sobre o NPD**. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2017-jan-18/martonio-lima-infeliz-decisao-tribunal-constitucional-alemao>> Acesso em 10 jul 2019.

LIMA, Martonio Mont'Alverne Barreto; LEITÃO, Rômulo Guilherme; CHAVES, Daniel Rocha. **Risco de sempre**: Poder Judiciário na democracia. In: LIMA, Martonio Mont'Alverne Barreto; CARMO, Valter Moura do; COUTINHO, Júlia Maia Meneses de. (Orgs.). Progresso e Regresso político: a democracia em risco. Rio da Janeiro: Lumen Juris, 2017, pp. 327-338.

LINCOLN, Abraham. *Lincoln's Gettysburg address at the National Cemetery at Gettysburg, Pennsylvania*. Disponível em Library of Congress:

<<https://cdn.loc.gov/service/rbc/lprbscsm/scsm0365/scsm0365.pdf>. Acesso em 10/01/2020>.

LOCKE, John. **Segundo tratado sobre o governo**: ensaio relativo à verdadeira origem, extensão e objetivo do governo civil. São Paulo: Martin Claret, 2006.

MACHADO, Raquel. **Direito Eleitoral**. São Paulo: Atlas, 2016.

MAQUIAVEL, Nicolau. **Discursos sobre a primeira década de Tito Lívio**. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

MARLMEINSTEIN, George. Críticas à Teoria das Gerações (ou mesmo dimensões) dos direitos fundamentais. n. 3, ano 2. **Revista Opinião Jurídica**. 2004.1.

MARX, Karl. **Manuscritos econômico-filosóficos**. São Paulo: Boitempo, 2010.

MAUS, Ingeborg. O Judiciário como superego da sociedade: o papel da atividade jurisprudencial na “sociedade órfã”. Trad. Martonio Lima e Paulo Albuquerque. **Revista Novos Estudos CEBRAP**, nº 58, nov. de 2000.

MEZZAROBBA, Orides. **Introdução ao direito partidário brasileiro**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

MONTESQUIEU, Charles de Secondat. **Do espírito das leis**. Tradução de Roberto Leal Ferreira. São Paulo: Martin Claret, 2010.

NEUMANN, Franz. **Behemoth**: the structure and practice of national socialism 1933-1944. Chicago: Oxford Publish Press in association with the United States holocaust memorial museum, 2009.

NEUMANN, Franz. **The decay of german democracy**. The political quarterly, volume 4, N. 4, 1933. p. 525-543.

NOVAIS, Fernando A. **Caio Prado Júnior Historiador**. Novos Estudos Cebrap, São Paulo, v. 2, 2, p. 66-70, jul. 83.

\_\_\_\_\_. **Portugal e Brasil na Crise do Antigo Sistema Colonial (1777-1808)**. 2. ed. São Paulo: Editora HUCITEC, 1983.

POPPER, Karl Raimund. **A sociedade aberta e seus inimigos**. Tradução de Milton Amado. Belo Horizonte: Itatiaia. São Paulo: Universidade de São Paulo, 1987.

PRADO JÚNIOR, Caio. **Formação do Brasil contemporâneo**: colônia. São Paulo: Companhia das Letras, 2011.

RAMOS, Elival da Silva. **Ativismo Judicial**: parâmetros dogmáticos. São Paulo: Saraiva, 2010.

RANCIÈRE, Jacques. **O ódio à democracia**. São Paulo: Boitempo, 2014.

RAWLS, John. **Uma teoria da justiça**. Tradução de Jussara Simões. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2008.

RICUPERO, Bernardo. **Caio Prado Jr. e a nacionalização do marxismo**. ed. 34. São Paulo: Departamento de Ciência Política da Universidade de São Paulo, 2000.

RIZEK, Fernanda Montenegro de Menezes; JUNIOR, Rubens Naman Rizek. **Marketing Político X Legislação Eleitoral**. In: CAGGIANO, Monica Herman Salem; MESSA, Ana Flávia; ALMEIDA, Fernanda Dias Menezes de. (Orgs.). *Direito Eleitoral em debate: estudos em homenagem a Cláudio Lembo*. São Paulo: Saraiva: 2013, pp. 141-166.

RODRIGUES, Lidianne Soares. *A produção social do marxismo em São Paulo (1958-1978): mestres, discípulos e 'Um seminário'*. Tese de Doutorado. São Paulo: FFLCH-USP. 2011.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. **Do contrato social ou princípios do direito político**. São Paulo: Martin Claret, 2007.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 7. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

SCHWARCZ, Lilian Moritz. **Sobre o autoritarismo brasileiro**. São Paulo: Companhia das Letras, 2019.

SCHWARZ, Roberto. **Ao vencedor as batatas**. Forma literária e processo social nos inícios do romance brasileiro. 4. ed. São Paulo: Livraria Duas Cidades, 1992, p. 15

SCHWARZ, Roberto. **Seqüências brasileiras: ensaios**. São Paulo: Companhia das Letras, 1999.

SHAKESPEARE, William. **O mercador de Veneza**. 2. ed. São Paulo: Martin Claret, 2013.

SCHMITT, C. **O conceito do político**. Tradução de Álvaro L. M. Valls. Petrópolis: Vozes, 1992.

SCHMITT, Carl. **The dictatorship of the Reich president according to Art 48 of the Reich constitution**. *Constellations*, volume 18, N. 3, 2011. Blackwell Publishers Ltda, 2011, p. 299-323.

SPINOZA, Benedictus de. **Ética**. Tradução de Tomaz Tadeu. 3. ed. Belo Horizonte: Autêntica, 2013.

STRECK, Lenio. **Verdade e Consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

TSE. **Cancelamento de Partido n. 411/RJ**. Rel. Min. Francisco Sá Filho. Boletim eleitoral, Volume 233, Tomo 1, Página 365.

VELLOSO, AGRA. **Elementos de direito eleitoral**. São Paulo: Saraiva, 2009.

VIANA, Oliveira. **Instituições políticas brasileiras**. Brasília: Conselho Editorial do Senado Federal, 1999.

XEREZ, A.G.S. **Fidelidade partidária e tempo mínimo de filiação como condição de elegibilidade.** In: CAGGIANO, Monica Herman Salem. (Org.). Reforma política: um mito inacabado. Barueri: Manole, 2017, p. 112-137.

XEREZ, A. G. S; KOMATA, Nicanor Barry. **O comportamento eleitoral e as perspectivas da democracia representativa.** In: LEMBO, Claudio; PINTO, Felipe Chiarello de Sousa. (Orgs.). Direito constitucional político-eleitoral: estudos em homenagem à Profa. Dra. Monica Herman Salem Caggiano. Belo Horizonte: Arraes, 2017, pp. 96-108.

XEREZ, A. G. S. **Tribunais de contas e inelegibilidade:** limites da jurisdição eleitoral. 1. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015