

ATIVISMO DO JUDICIÁRIO — VOTO IMPRESSO

JUDICIAL ACTIVISM — PRINTED VOTE

Marcos Enzo Barros Porfírio e Vitor Hugo Silva Raposo

Alunos do Curso de Direito

Resumo: O presente trabalho visa analisar o ativismo judicial junto ao caso do voto impresso, por se tratar de um tema relevante, tendo em vista que ambos causam grande impacto para a sociedade atual. Dito isto, este trabalho tem o intuito de dar uma breve explanação das teorias dos três poderes, da teoria dos freios e contrapesos e uma abordagem do caso concreto sobre o ativismo judicial e o voto impresso, além de analisar o ativismo no contexto eleitoral e demonstrar outros casos em que ocorreram o ativismo judicial. Desse modo, a pesquisa apresentará uma vertente teórica, por meio de uma análise sobre a atuação do Supremo Tribunal Federal, em relação ao próximo modo atuando buscando ser mais ativo, indo de encontro com as funções típicas do Poder Legislativo e Poder Executivo. Para tal mister, na pesquisa serão utilizadas as obras, doutrinas, artigos e julgados da Suprema Corte. Será utilizado o método descritivo por meio de uma pesquisa documental e bibliográfica sobre temas relevantes e pertinentes ao caso.

Palavra-Chave: Voto Impresso, ADI 4543, Ativismo Judicial, Tripartição dos poderes, Eleitoral.

Abstract: The present work seeks to analyze the judicial activism in the case of the printed vote, as it is a relevant topic, considering that both have a great impact on today's society. That said, this work aims to give a brief explanation of the theories of the three powers, the theory of checks and balances and an approach to the concrete case on judicial activism and the printed vote, in addition to analyzing activism in the electoral context and demonstrating other cases where judicial activism occurred. In this way, the research will present a theoretical aspect, through an analysis of the performance of the Federal Supreme Court, in relation to the way it has been acting, seeking to be more active, going against the typical functions of the Legislative

and Executive Powers. For this purpose, the research will use the works, doctrines, articles and judgments of the Supreme Court. The descriptive method will be used through a documentary and bibliographical research on relevant and pertinent themes to the case.

Keywords: Printed Vote, ADI 4543, Judicial Activism, Tripartition of powers, Electoral.

Sumário: Introdução. 1. Tripartição de poderes. 2. Check and balances — freios e contrapesos. 3. Ativismo do judiciário. 3.1. Casos de ativismo do judiciário. 4. Ativismo do judiciário no contexto eleitoral. 4.1. Reforma eleitoral. 4.2. Voto Impresso e a ADI 4543. Considerações finais. Referencial bibliográfico.

Introdução

A teoria da tripartição de poderes de Montesquieu, adotada nos modernos Estados de Direito, foi consolidada em 1748 com a obra *De l'esprit des lois*. Ela tem por finalidade precípua evitar que o poder esteja centrado em um único indivíduo ou entidade.

O modelo tripartite de Montesquieu trouxe a ideia dos poderes Legislativo, Executivo e Judiciário que devem ser independentes e harmônicos entre si, representando a consolidação do Direito Constitucional.

Em alguns momentos, há uma interferência de um poder em outro poder e o exercício de uma função atípica, em decorrência da necessidade de controle e equilíbrio entre eles, mediante previsão constitucional. Porém, é possível que um dos poderes intervenha nas esferas de outro de forma indevida ou contestável.

Nesse contexto, o Poder Judiciário em suas decisões concretistas e diante de algumas matérias foi visto como um poder que interfere na esfera dos outros poderes, configurando assim o denominado Ativismo Judicial em voga e vem ganhando força, em especial nas decisões indevidas no âmbito da função legislativa.

Assim, como o Poder Judiciário é quem dar atribuições no âmbito eleitoral, começou a se discutir o ativismo nessa área, a qual gerou muitos debates em relação as decisões proferidas.

No tema do Voto Impresso, o Supremo Tribunal Federal, ao julgar a ADI 4543, gerou alguns questionamentos. Portanto, o presente trabalho visa apresentar a teoria da tripartição dos poderes e o ativismo judiciário no contexto eleitoral, focando nesse caso concreto para chegar a uma conclusão se, de fato, o Supremo foi ativista.

1. Tripartição de Poderes

A noção da separação dos poderes foi pensada inicialmente por Aristóteles em sua obra “A Política”, posteriormente, abordada por John Locke em “Segundo tratado sobre o governo civil”, sendo consagrada por Montesquieu em “O Espírito das Leis”.

Dessa forma, demonstra que a tripartição de poderes separa as funções típicas onde cada poder deve atuar. Assim, o Poder Legislativo tem a função primordial de legislar, o Poder Executivo tem a função de administrar e o Poder Judiciário possui a função de julgar.

No entanto, os poderes exercem também funções atípicas para manter a harmonia e o equilíbrio entre eles. Alexandre de Moraes (2017) demonstra a importância dessas funções:

A Constituição Federal consagrou em seu art. 2º a tradicional tripartição de Poderes, ao afirmar que são Poderes do Estado, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário. Com base nessa proclamação solene, o próprio legislador constituinte atribuiu diversas funções a todos os Poderes, sem, contudo, caracterizá-la com a exclusividade absoluta. Assim, cada um dos Poderes possui uma função predominante, que o caracteriza como detentor de parcela da soberania estatal, além de outras funções previstas no texto constitucional. São as chamadas funções típicas e atípicas (Moraes, 2017, p. 315).

Segundo Aristóteles, a separação dos três poderes deve conter o poder Deliberativo, Executivo e Judiciário. O poder Deliberativo tem a função de tratar dos negócios do estado devido a ter uma comissão deliberativa onde se decide as maiores questões do estado buscando o bem comum da sociedade. Já o poder Executivo tem a função de satisfazer as atribuições que tratam da administração do estado, bem como seria cumprida através de seus magistrados, sendo eles escolhidos por sua participação no poder público por conseguirem tratar das funções essenciais para o funcionamento do estado. E o Poder Judiciário que trata da jurisdição onde ficaria a cargo os tribunais e juízes para julgar determinadas causas, buscando julgar segundo a verdade. A escolha desses juízes para os tribunais seria feita por eleição ou sorteio e essa definição tem que estar prevista nas constituições, onde a definição de poderes, como suas funções e atribuições, definindo a limitação de cada poder para o bem comum da sociedade

civil. Importante salientar a afirmação de Aristóteles (2001, p. 146) sobre esse contexto do bem comum, em que:

O maior bem é o fim da política, que supera todos os outros. O bem político é a justiça, da qual é inseparável o interesse comum, e muitos concordam em considerar a justiça, como dissemos em nossa Ética, como uma espécie de igualdade. Se há, dizem os filósofos, algo de justo entre os homens é a igualdade de tratamento entre as pessoas iguais. (Aristóteles, 2001, p. 146).

No pensamento de Locke (1993, p. 336) para que uma sociedade civil não tenha os mesmos males do estado de natureza do homem, precisa-se de uma lei positivada, um juiz imparcial e uma força em que exige o cumprimento desta lei. Dessa forma, Locke divide em dois poderes essas atribuições imprescindíveis para a sociedade civil, resultante em poder Legislativo e poder Executivo, no qual um irá elaborar as leis e o outro cumprirá essas leis. O autor também denomina um terceiro Poder chamado de Federativo, sendo um poder que faz parte do executivo ao afirmar que esse é “o poder de guerra e de paz, de ligas e alianças, e todas as transações com todas as pessoas e comunidades estranhas à sociedade”.

Desse modo, o Poder Federativo não configura um poder autônomo e fica determinado a tratar de questões de interesse público e segurança externas. Para o autor (LOCKE, 1994, p. 171 – 172) “este poder deveria ficar concentrado em um único poder, tendo em vista que submeter a força pública a comandos diferentes resultaria em desordem e ruína”.

Nessa perspectiva, por serem designadas as funções de aplicar e executar as leis internas ao poder Executivo, não haveria a necessidade de um poder Judiciário. E, assim, a função de julgar estaria nas atribuições do Poder Legislativo. Corroborando com esse entendimento, Bobbio (1997, p. 233) menciona que, “a função do juiz imparcial é exercida, na sociedade política, eminentemente pelos que fazem as leis, porque um juiz só pode ser imparcial se existem leis genéricas, formuladas de modo constante e uniforme para todos”.

Portanto, na visão de Locke (1993, p. 502) o “Poder Legislativo é um poder supremo e o único com a legitimidade de criar leis para serem cumpridas em relação aos outros poderes, consagrando uma superioridade e assim os demais poderes estariam sob a sua subordinação”. Nesse sentido, Locke pontua que:

Esse poder legislativo não é somente o poder supremo da comunidade, mas sagrado e inalterável nas mãos onde a comunidade uma vez colocou; nem pode nenhum jeito de quem quer que seja, concebido por qualquer maneira ou apoiado por qualquer poder que seja, ter força e a obrigação da lei se não tiver a sanção do legislativo escolhido e nomeado pelo público; porque sem isto a lei não teria o que é absolutamente necessário à natureza de lei: o consentimento da sociedade sobre a qual ninguém consegue fazer leis senão por seu próprio consentimento e pela autoridade recebida.” (LOCKE, 1993, p. 328).

O autor ressalta a importância do Poder Legislativo ao ressaltar que a primeira lei positiva e fundamental de todas as comunidades, consiste em estabelecer o Poder Legislativo.

Desse modo, os poderes não podem estar em mãos distintas, pois o Estado não conseguiria praticar suas ações, visto que ambos exigindo a força da sociedade para seu exercício é quase impraticável, coloca-se a força do Estado em mãos distintas e não subordinadas. Já o Poder Judiciário se encontra como um poder não autônomo e sem haver a distinção entre ele e o Poder Executivo, em que sua função é de cumprir as leis elaboradas pelo Legislativo. O Poder Legislativo se encontra com o poder supremo que os outros poderes estão subordinados a ele.

Assim sendo, para John Locke não há um equilíbrio entre os poderes, mas sim uma subordinação deles em face do Poder Legislativo, tendo como legitimidade o estabelecimento de leis e o reconhecimento público.

Montesquieu, diferente dos autores citados, consagra a teoria acentuando a separação dos poderes em Poder Legislativo, Poder Executivo e Poder Judiciário. Cada um com a sua autonomia e suas respectivas funções e atribuições. Desse modo, o autor ressalta a importância da função de julgar-se conferida a um poder separado:

Tampouco existe liberdade se o poder de julgar não for separado dos Poderes Legislativo e Executivo. Se estivesse unido ao Poder Legislativo, o poder sobre a vida e a liberdade dos cidadãos seria arbitrário, pois o juiz seria legislador. Se estivesse unido ao Poder Executivo, o juiz poderia ter a força de um opressor. (2000, p. 168).

Segundo Montesquieu, o Poder Legislativo teria uma câmara para os nobres e a outra para os representantes do povo, já o poder executivo ficaria nas mãos de um monarca para que as decisões ali tomadas sejam de forma ágil. Ele menciona a necessidade de o Poder Judiciário se configurar um poder nulo e invisível, por não estar conectado a nenhum estado ou profissão. “Dos três poderes, o de julgar é, de alguma forma, nulo. Só sobram dois, como precisam de um poder regulador para moderá-los, a parte do corpo legislativo composta por nobres é muito adequada para produzir esse efeito”. (2000, p. 172).

Portanto, ao consolidar a teoria, o autor aduz que os três poderes consistem na premissa onde o poder executivo tem a função de executar as leis, além de administrar os interesses públicos, já o Poder Legislativo tem a função de elaborar e aprovar as leis, além de fiscalizar a execução das leis pelo Poder Executivo, e o Poder Judiciário com a função de interpretar as leis e julgar os casos de acordo com essas leis.

Para Montesquieu, o Poder Judiciário não deve ser entregue a um senado permanente, mas ser composto por pessoas tiradas do seio do povo em certa época do ano previsto em lei para que se forme o tribunal enquanto houver a necessidade desta utilização deste tribunal.

Montesquieu demonstra que o poder executivo deve estar nas mãos de um monarca e o Poder Legislativo deve estar nas mãos de diversas pessoas, devido à forma de administrá-la e regulá-la, sendo exercido por diversas pessoas. Já o Poder Judiciário deve ser invisível e nulo por não estar ligado a nenhum estado ou profissão.

Para que nenhum poder se torne tirano ao outro, os poderes entre si devem ter o direito e a faculdade de analisar como estão agindo uns com os outros, ou seja, os três poderes devem atuar de forma independente e harmônica.

2. *Check and balances* (freios e contrapesos)

A independência dos EUA foi marcada pela liberdade. Com a Constituição 1787, depois que se tornaram independentes, o país norte-americano buscou uma forma de governar de modo em que os conflitos sociais fossem resolvidos por meio mais eficiente. Devido à influência do iluminismo europeu, os Estados Unidos saíram do regime confederação, adotando o regime de federação, no qual a sociedade teria seus direitos individuais de forma sólida e duradoura, buscando se afastar da centralização do poder em um só órgão. Nesse sentido, a teoria da tripartição de poderes de Montesquieu se adequa ao que era buscado no momento, sendo assim, prevista na constituição americana, conforme menciona Flávio Martins:

Uma das primeiras constituições modernas foi a norte-americana, de 1787, que previu a tripartição de Poderes, embora não tenha sistematizado claramente dessa forma. No seu art. 1º, a Constituição trata de “todos os poderes legislativos” atribuídos a um Congresso bicameral, a ser formado por representantes dos eleitores de cada Estado-membro da União e de representantes dos próprios Estados. Outrossim, no art. 2º, aborda a função executiva, atribuída a um Presidente da República, sem especificação quanto ao modo ou aos limites do seu exercício. Por fim, o art. 3º trata do Poder Judiciário, abordando especificamente a Suprema Corte e remetendo ao Congresso Nacional a atribuição de criar outras cortes. Assim, o constituinte norte-americano fez uma divisão orgânica das funções estatais, mas não construiu as linhas gerais acerca do tema, o que, em razão do modelo jurídico da common law, ficaria a cargo da jurisprudência. De fato, a separação dos Poderes era uma preocupação do constituinte norte-americano, tanto que Madison escreveu em um dos artigos de O Federalista: “a acumulação de todos os poderes, legislativos, executivos e judiciais, nas mesmas mãos, sejam estas de um, de poucos, ou de muitos, hereditárias, nomeadas ou eletivas, pode-se dizer com exatidão que constituiu a própria definição de tirania”. (2022, p. 28).

Neste contexto, o sistema de freios e contrapesos foi concebido e consiste na possibilidade de um poder controlar o outro, ou seja, um poder interferir no outro ou exercer de forma atípica a função de outro poder. Tal controle e interferência devem estar previstos na Carta Magna.

Desse modo, cada poder tem sua liberdade de atuar, isto é, possui uma autonomia que pode ser controlada pelos outros poderes, de modo a evitar algum tipo de abuso. O intuito é que os poderes possam trabalhar de forma harmônica e equilibrada. Nesse mesmo sentido, Flávio Martins pontua que:

Embora os poderes sejam independentes e harmônicos, isso não significa que inexista uma interferência entre eles. Há um sistema de controles recíprocos entre os três Poderes, denominado sistema de freios e contrapesos (checks and balances). A origem de tal sistema é inglesa, por conta do relacionamento entre a Câmara dos Lordes, balanceando os projetos de lei da Câmara dos

Comuns. O próprio Montesquieu, em seu *O Espírito das Leis*, referiu-se ao sistema de freios e contrapesos, afirmando que “isto se dará se elas formarem um corpo com direito de frear as iniciativas do Povo, assim como o Povo terá o direito de frear as delas”. A expressão foi criada no direito norte-americano, máxime com o *judicial review* (a possibilidade de declaração de inconstitucionalidade pelo Poder Judiciário), em razão do caso *Marbury v. Madison*. (2022, p. 105).

Portanto, verifica-se que a teoria de freios e contrapesos impedirá que algum dos poderes se sobreponha ao outro ou que um usurpe das funções de outro, de modo arbitrário. Mas, que em certas circunstâncias, mediante previsão constitucional, os poderes possam exercer funções atípicas e controlar os outros poderes. Sempre para uma melhor administração do Estado.

A título de exemplo, pode ser citado o controle que ocorre pelos órgãos legislativos ou comissões parlamentares sobre os atos do poder executivo para controlar a legalidade, mérito e economicidade, podendo ser na forma administrativa direta ou indireta, como demonstra a constituição federal de 1988 nos seus artigos:

Art. 70. A fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial da União e das entidades da administração direta e indireta, quanto à legalidade, legitimidade, economicidade, aplicação das subvenções e renúncia de receitas, será exercida pelo Congresso Nacional, mediante controle externo, e pelo sistema de controle interno de cada Poder.

Art. 71. O controle externo, a cargo do Congresso Nacional, será exercido com o auxílio do Tribunal de Contas da União (...).

Exemplificando, ocorre diretamente quando a autorização para a obtenção de empréstimos, a realização de operações de crédito externo por estados e municípios e a sustação de contratos administrativos, ou indiretamente, por meio das cortes de contas. Os regimentos internos dos tribunais têm a função de disciplinar o funcionamento de suas entidades, buscando seguir um conjunto de normas dinâmicas demonstrando a forma de agir interna e externamente nessa entidade. Nesse mesmo sentido, o José Cretella Junior (1992, p. 3033 e 3034) exemplifica os regimentos internos da seguinte forma:

O legislador constituinte estabeleceu com minúcias os parâmetros a serem obedecidos pelos tribunais na elaboração de seus respectivos Regimentos Internos, lei material que esse segmento importante do Poder Judiciário pode e deve fazer. Além da rígida observância das normas de processo e das garantias processuais das partes, o regimento Interno deverá dispor sobre a competência e sobre o funcionamento dos respectivos órgãos jurisdicionais e administrativos organizando suas secretarias e serviços auxiliares (...).

Desse modo, O Regimento Interno, os quais são lei material dos tribunais, estabelecerá seu regime jurídico-administrativo, quanto às funções processuais e as funções administrativas. Quanto às normas processuais, os tribunais são obrigados a transpô-la para o regimento respectivo, não podendo nenhuma inovação a respeito.

O Regimento Interno dos tribunais, não obstante, sua denominação de Interno dirige-se também aos de fora, às partes, aos seus respectivos patronos e ao público. O *Due Process of law* terá de ser seguido à risca, em obediência à regra jurídica constitucional. (Cretella, 1992, p. 3033 e 3034).

Por conseguinte, o regimento interno dos tribunais, além de regular as atividades institucionais, também regula as atividades judicantes permitidas pela Constituição Federal, sendo aquele regimento a lei da casa.

3. Ativismo do judiciário

O ativismo judiciário é um termo que começou a ser utilizado após a Segunda Guerra Mundial, com as diversas interpretações das declarações de Direitos Humanos da ONU e das novas Constituições. Após o avanço e influência na interpretação das Constituições, o Estado teve que adequar toda a legislação consoante a norma constituinte, o que resultou nos casos controversos do sistema de Justiça atual.

Os Estados Unidos da América foram os pioneiros nas decisões ativistas quando a Suprema Corte americana passou a interpretar de forma mais ampla a Constituição, ampliando os direitos e garantias fundamentais. Logo, os juízes teriam um papel mais proativo no desenvolvimento do direito e na defesa de direitos fundamentais.

O conceito de ativismo judicial frisa que o Poder Judiciário pode se envolver de maneira mais ativa em decisões legislativa e executiva. Existem duas formas de distintas de ativismo, o difuso e o concreto. O primeiro é pelo Supremo Tribunal Federal (STF), o qual determina a constitucionalidade das normas, já a segunda, é através dos juízes nas decisões de ações judiciais que gira entorno de direitos individuais ou coletivos.

Essa forma de agir do Poder Judiciário, mais proativa, tem várias discussões se é certo ou errado, isto é, os defensores argumentam que o papel mais ativo é de suma importância dos direitos fundamentais e até mesmo da manutenção do Estado de Direito. Por outro lado, críticos estabelecem que o ativismo viola a separação dos poderes e o sistema democrático.

Luís Roberto Barroso afirma que a judicialização e o ativismo judicial são da mesma família, mas com origens diferentes, onde a judicialização decorre de fatores adotados pelo modelo constitucional escolhido, já o ativismo é uma escolha feita com o fito de expandir o sentido da interpretação da Constituição. Ademais, Barroso descreve a manifestação da postura ativista das seguintes maneiras:

(i) a aplicação direta da Constituição a situações não expressamente contempladas em seu texto e independentemente de manifestação do legislador ordinário; (ii) a declaração de inconstitucionalidade de atos normativos emanados do legislador, com base em critérios menos rígidos que os de patente e ostensiva violação da Constituição; (iii) a imposição de condutas ou de abstenções ao Poder Público, notadamente em matéria de políticas públicas. (2009, p. 14).

Barroso ainda descreve o oposto do ativismo, o chamado autocontenção judicial, que nada mais é que a redução da interferência nos deveres dos outros poderes. Por esse viés, o ministro relata como juízes e tribunais podem fugir dessas manifestações nos atos dos demais poderes com a utilização das seguintes técnicas:

(i) evitam aplicar diretamente a Constituição a situações que não estejam no seu âmbito de incidência expressa, aguardando o pronunciamento do legislador ordinário; (ii) utilizam critérios rígidos e conservadores para a

declaração de inconstitucionalidade de leis e atos normativos; e (iii) abstêm-se de interferir na definição das políticas públicas. (2009, p.14 e 15).

O que se percebe é o tema ser muito abrangente, seja em sua postura proativa ou em sua autocontenção. De resto, Barroso explana o lado positivo que seria suprir as demandas da sociedade que o legislativo não cumpriu, sendo o lado negativo é que ao suprir tais demandas acaba por mostrar a dificuldade. Ainda assim, o ministro, em uma entrevista para a TV Migalhas, afirmou que o Supremo é acusado levemente, já que cumprir com o dito na Constituição e, que as decisões que podem ter ocorrido o ativismo, além de poucas, foram positivas e deu como exemplo o caso das uniões homoafetivas.

Sobre o mesmo assunto, o Ex-Ministro Teori Zavascki salienta que como juiz não pode alegar falta de lei para sentenciar, o que, por sua vez, abre uma lacuna de possibilidade de o próprio juiz ser mais ativo em suas decisões. Nesse contexto, Zavascki expõe duas possibilidades para o ativismo judiciário

Insuficiência da atividade legislativa, que pode se dar por várias causas: uma delas, porque o legislador trabalha com o futuro. E também pressupõe consensos mínimos, o que, no legislativo, nem sempre é possível se obter com facilidade. É uma realidade internacional. (JUS, 2001).

Pelo exposto, vale salientar que pode haver ativismo que não desrespeita a tripartição dos poderes a vista dos dois autores supracitados, principalmente, nas explicações do então Ex-Ministro Teori Zavascki.

Em contraponto, o ativismo recebe várias críticas por ultrapassar os parâmetros da Constituição e ferir o princípio da separação dos poderes. Em um debate pela Comissão de Transparência, Governança, Fiscalização e Controle e Defesa do Consumidor — CTFC.

O advogado e jurista, Ives Gandra Martins defendeu o equilíbrio e a harmonia dos poderes.

Todo poder emanaria do povo. Dentro dessa linha tivemos exaustivamente colocadas todas as competências e atribuições dos três Poderes. Por fim, o Poder Judiciário não representa o povo, representa a lei, que não faz, e esta lei é sempre efetuada ou pelo Legislativo, ou excepcionalmente pelo Executivo, cabendo sempre a revisão final por ato do Legislativo. Essa foi a intenção dos

constituintes. Não poderia haver predominância de um Poder sobre o outro. Cada Poder teria que responder rigorosamente pelas suas competências e atribuições exaustivamente colocadas pelos constituintes. O que estamos vendo é uma corrente jurídica que não foi encampada pela Constituinte, que não foi encampada na Constituição, chamada de consequencialismo jurídico, neoconstitucionalismo ou jurisprudência constitucional. (MIGALHAS, 2022).

No mesmo sentido, o advogado e Ex-Ministro do Tribunal de Justiça de São Paulo, Ivan Sartori, afirmou que:

A lei pode admitir, sim, diversas interpretações, mas caso esteja, cada interpretação dessa, conforme a lei. Houve avanço nessa flexibilização e o ativismo comedido ganhou força. Entretanto, o que estamos vendo agora no país, com todo o respeito que nos mereçam os ministros do Supremo, estamos vendo que o Judiciário se transformou no único poder da República que realmente tem voz e que realmente comanda o nosso povo brasileiro... (MIGALHAS, 2022).

Ante o exposto, nota-se que o tema é polêmico e causa divergências entre os juristas. Logo, a discussão se tornou importante no sentido da necessidade de observância da tripartição dos poderes, estabelecendo a impossibilidade de prevalência de um poder ou a usurpação de um poder em relação ao outro.

3.1. Casos de ativismo do judiciário

Como o tema ganhou uma proporção enorme de opiniões, fica evidente que houve vários questionamentos se nas inúmeras decisões do poder judiciário, principalmente, do Supremo Tribunal Federal, realmente ocorreu o ativismo.

À vista disso, houve uma polêmica decisão no caso da possibilidade de cumprimento de pena antes do trânsito em julgado, no sentido de que a população necessitava de uma resposta imediata por se tratar de um direito fundamental.

Contudo, o entendimento do STF no ano de 2009 era que o indivíduo deveria iniciar o seu cumprimento de pena mesmo com a propositura de recurso, sendo que esse entendimento sofreu uma drástica mudança no mesmo ano com o julgamento da HC 84.078, pois após essa decisão

ficou entendido que não tinha a compatibilidade com o nosso ordenamento jurídico de ocorrer a execução da pena provisória, desse modo o indivíduo não iniciaria o seu cumprimento de pena até esgotados todos os seus recursos, porém em 2016 o STF mudou novamente o entendimento com o julgamento da HC 126.292, voltando com a ideia que era constitucional a propositura do cumprimento de pena antes do trânsito julgado, sendo esse o entendimento firmado antes de 2009. Entretanto, no ano de 2019 o entendimento do STF mudou novamente após julgar as Ação Declaratória de Constitucionalidade — ADC 43,44 e 54 retornando ao entendimento onde a execução da pena deveria ocorrer depois do trânsito julgado, ou seja, após esgotadas todas as vias recursais. Já os acusados entre o ano de 2016 e 2019 deverão ser analisados caso a caso, pois cada um tem suas características.

Mesmo com o art. 5º, inciso LVII, da CF/88 prevendo que nenhum indivíduo será culpado antes do trânsito em julgado de sentença penal condenatória, em 2016, o STF ao julgar duas de ADC firmou o entendimento de que é possível iniciar o cumprimento da pena em segunda instância.

Na época, o Ex-Ministro Luiz Fux (JUS, 2021) em seu voto frisou “Estamos tão preocupados com o direito fundamental do acusado que nos esquecemos do direito fundamental da sociedade, com a prerrogativa de ver aplicada sua ordem penal”.

Também foi adepta a ideia a Ex-Presidente do STF Ministra Cármen Lúcia (JUS, 2021) ao relatar que “A comunidade quer uma resposta, e quer obtê-la com uma duração razoável do processo”.

Nota-se que a legislação foi deixada de escanteio, sendo ignorada no caso, que em 2019, o STF, mudou de ideia com o próprio Luiz Fux e a Cármen Lúcia retrocedendo em seus votos.

Outro caso que envolveu igual questão é em relação ao reconhecimento do casamento homoafetivo, no qual a concepção clássica prevê apenas a celebração heterossexual. No entanto, em 2011, aconteceu o julgamento de uma ADI 4277 e da Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental — ADPF 132 alegando que o não reconhecimento dessa união ofendia os princípios da igualdade, liberdade e o da dignidade da pessoa humana.

No feito, o Ex-Ministro Carlos Ayres Britto (JUS, 2021) indagou “O sexo das pessoas, salvo disposição contrária, não se presta para desigualação jurídica”. (JUS, 2021).

Observa-se que, embora o conceito de família que reconhece a união entre homem e mulher esteja previsto no art. 1.723 do Código Civil de 2002 combinado com o art. 226, inciso III da

carta magna, no julgamento isso não pesou na decisão, sendo levado questões de possíveis garantias do convívio social com a justificativa de que o Direito não deve se opor nestas questões.

Em vista disso, vale salientar que ambos os casos são complexos e até certo ponto o ativismo não fica evidente, como no segundo caso, que pode ser entendido como uma interpretação da lei, sendo isso matéria de hermenêutica jurídica.

4. Ativismo do judiciário no contexto eleitoral

O Poder Legislativo tinha a função de cuidar das atribuições eleitorais. No entanto, em 1932, após a independência do Brasil, devido às grandes falhas e fraudes ocorridas, essa função passou a ser do Poder Judiciário. O objetivo de conferir essa função ao Judiciário era inibir essas fraudes e organizar o processo eleitoral, ou seja, havia a necessidade de se criar a Justiça Eleitoral.

Atualmente, a Justiça Eleitoral é estruturada pelo Tribunal Superior Eleitoral (TSE) que em sua composição tem sete ministros titulares no mínimo, provenientes do Supremo Tribunal Federal (STF) e do Supremo Tribunal de Justiça (STJ) e também juristas advindos da advocacia. Assim, a Justiça Eleitoral faz parte do Poder Judiciário, tendo como função típica a atribuição jurisdicional e função atípica a atribuição legislativa quando cria ou edita normas para o seu próprio uso.

Porém, o Poder Judiciário, vem atuando de forma mais ativa não somente invadindo na função do Poder Legislativo, mas também de forma mais específica no Direito Eleitoral, indo de encontro com as garantias constitucionais previstas na Constituição Federal.

Segundo o artigo 22, inciso I, da Constituição Federal de 1988, fica atribuída a função do Poder Legislativo de legislar sobre a matéria eleitoral, mas pela falta de normas adequadas, muitas vezes, o Poder Judiciário ultrapassa a sua atribuição jurisdicional no âmbito da Justiça Eleitoral, baseando-se na negligência e omissão do Poder Legislativo, configurando a prática de ativismo judicial. Nesse sentido:

E o êxito da missão da Justiça Eleitoral se amplia e ganha maiores lastros históricos quanto mais se dispuser a sair da inércia, tendo que entrar em campo, por seus próprios impulsos, se outros faltarem, para evitar o envilecimento da disputa eleitoral, cumprindo assumir posição preventiva e

mais espontânea, não deixando conspurcar a vontade do eleitorado, pelas formas arditas, sofisticadas e também mais ousadas, aumentando, assim, o desafio que lhe assiste enfrentar, com o ânimo combativo e dignificante desempenho. (RIBEIRO, 1990, p. 133).

Portanto, a justificativa de alguns juristas na atuação mais ativista do Poder Judiciário, se dá na busca da promoção de preceitos constitucionais para atingir a soberania popular com foco em fortalecer a república e a democracia, inclusive a matéria eleitoral. Nesse sentido, em função desses objetivos e diante da omissão legislativa em relação à Justiça Eleitoral, os magistrados dos tribunais superiores justificam o seu modo ativo de agir.

No tocante à Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI 4.543), os ministros justificaram a inconstitucionalidade do artigo 5^a da 12.034/2009, fundamentando que esse procedimento violaria o sigilo do voto, com previsão constitucional, sendo um direito do cidadão.

4.1 Reforma Eleitoral

A reforma eleitoral decorre não somente pelo sistema atual de eleição, mas com o objetivo para que esse sistema adotado no Brasil passe a se ajustar e aperfeiçoar, para que o sistema não fique ultrapassado e cause falhas e fraudes. Essas mudanças são realizadas por um conjunto de propostas de emendas constitucionais para reformar parte do texto eleitoral, tentando melhorar esse atual sistema adotado e atender a opinião pública.

Essa transformação do sistema eleitoral é utilizada com o foco principal para o combate da corrupção e para que as campanhas se tornem mais baratas, buscando corrigir problemas do sistema eleitoral, além de promover eleições mais competitivas.

Raquel Dodge da Procuradoria Geral da República (PGR) ajuizou uma ação impugnando se o artigo 59-A da Lei das Eleições (Lei 9.504/1997), era válido, esse artigo foi incluído pela Lei 13.165/2015 que se tratava de uma minirreforma eleitoral. A questão se tratava das urnas que imprimiram, os votos e de forma automática que seria depositado em local previamente lacrado, pois confrontava o artigo 14 (caput), artigo 1^o (inciso II) e artigo 37 (caput), todos da Constituição Federal de 1988. Essas alterações que eram propostas pela minirreforma provocaram uma desconfiança do sistema eleitoral utilizado atualmente, além de violar o direito fundamental da população de ter sigilo ao voto. Nesse sentido, avistemos os artigos constitucionais envolvidos no caso:

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

Art. 14º A soberania popular será exercida pelo sufrágio universal e pelo voto direto e secreto, com valor igual para todos, e, nos termos da lei, mediante;

Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte: (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998).

A PGR, Raquel Dodge, alega na ADI que o voto impresso não demonstra quais dados do eleitor estaria presente na impressão do voto, devido à falta dessa informação cabe salientar que poderia ocorrer uma identificação do eleitor, assim violando o voto secreto, além de que se ocorresse um travamento na impressão ou falha na impressão do voto, necessitaria de uma intervenção humana para a solução daquela questão e isso tornaria um problema grave. Nesse sentido, Raquel Dodge (2018):

Tais situações demandarão intervenção humana para a sua solução, com a iniludível exposição dos votos já registrados e daquele emanado pelo cidadão na cabine de votação. Há ainda que se considerar a situação das pessoas com deficiência visual e as analfabetas, que não terão condições de conferir o voto impresso sem o auxílio de terceiros, o que, mais uma vez, importará quebra do sigilo de voto. (Raquel Dodge, 2018).

Desse modo, em relação ao voto impresso proposto pela Lei 13.165/2015 em seu art. 59-A, o STF concedeu liminar que alegou a inconstitucionalidade da ADI 5889, dessa forma, suspenderam essa minirreforma eleitoral proposta em 2015. O argumento utilizado para essa suspensão foi a suposta violação do sigilo e da liberdade do voto contrariando a Constituição Federal, desse modo, foi julgada procedente a ação direta de inconstitucionalidade, denominada de ADI 5889. Nesse sentido, a proposta que o art. 59-A era:

Art. 59-A. No processo de votação eletrônica, a urna imprimirá o registro de cada voto, que será depositado, de forma automática e sem contato manual do eleitor, em local previamente lacrado.

Parágrafo único. O processo de votação não será concluído até que o eleitor confirme a correspondência entre o teor de seu voto e o registro impresso e exibido pela urna eletrônica.

Outras declarações alegadas foram utilizadas para declarar de inconstitucionalidade deste artigo supracitado da minirreforma, como o princípio da eficiência, e a proibição retrocesso político além do princípio da economicidade, onde essa medida causaria altos custos aos cofres públicos para sua implementação e também não tinha garantia que o esse sistema era seguro para as votações sem trazer riscos de fraudes. A justificativa era que, não houve comprovação de fraude no sistema eletrônico utilizado atualmente, sendo um sistema considerado uma referência internacionalmente, no qual a população confiava e mudar o sistema seria minar a confiança da sociedade.

Desse modo, formou-se uma corrente majoritária em relação aos votos dos ministros que usaram como base o voto do Alexandre de Moraes (2018), onde ele justifica seu voto afirmando que “A aplicação do artigo 59 coloca em risco o sigilo da votação, e ao colocar em risco o sigilo, estamos colocando em risco a outra característica, o voto secreto, universal e livre”.

Assim sendo, quando eleitor conferir a votação impressa e eletrônica para ver se as duas eram semelhantes violaria o sigilo do voto devido a essa regra, e conseqüentemente a liberdade do voto, isso também possibilita que outras pessoas observariam o conteúdo daquele eleitor, dessa forma, essa minirreforma do artigo 59-A teria pouca efetividade quando ocorresse uma divergência entre o voto eletrônico e o impresso, onde a ocorrência dessa fraude decorreria do próprio voto impresso.

Seguindo a mesma linha de pensamento, o relator da ADI, ministro Gilmar Mendes, também é um crítico a essa mudança proposta para ter o voto impresso, alegando que não havia a necessidade dessa mudança, já que o sistema atual usado utilizando a votação eletrônica não teve nenhuma prova que comprove que houve fraude em alguma das eleições concretizadas, justificando a segurança que esse sistema proporciona, a mudança de sistema levaria a grandes custos para sua implementação, além de riscos a fraude e manipulação. Gilmar Mendes também cita que para o TSE, não se tem a confirmação de que as impressões dos votos acrescentariam

decisivamente em relação à integridade da apuração eleitoral, mesmo que seja um processo mecânico, esse processo seria controlado por dispositivos eletrônicos.

O Poder Legislativo já tentou essa modificação três vezes com a Lei 10.408/2002 que foi posteriormente revogada, a Lei 12.034/2009 declarada inconstitucional pelo STF na ADI 4543 e a Lei 13.165/2015 também declarada inconstitucional pelo STF na ADI 5889, essas tentativas devem ser respeitadas no entendimento do legislativo de fazer essas modificações, mas é preciso existirem meios para ocorrer essa mudança, feito gradativamente e não tudo de uma vez, ao realizar essa mudança repetidamente causaria grandes alterações em toda a estrutura utilizada para a realização da votação. Nesse sentido, o ministro Gilmar Mendes (2020):

O comando normativo deve vir acompanhado de normas de organização e procedimento que permitam sua colocação em prática.

Por princípio, todas as mudanças no processo eleitoral são feitas gradualmente. A implantação progressiva evita que falhas pontuais contaminem o processo, assim como previne o gasto de bilhões em tecnologias insatisfatórias. O voto em urnas eletrônicas, por exemplo, iniciou em 1996 e universalizado em 2002. Não é possível conduzir uma mudança tão abrupta no processo eleitoral, colocando em risco a segurança das eleições e gastando recursos de forma irresponsável. (Mendes,2020).

Portanto, percebe-se que essas mudanças devem ser feitas gradativamente para não causar grandes transtornos e que não gere tantos gastos públicos de uma vez, sendo que essas alterações têm que demonstrar que realmente o sistema tenha uma excelente segurança para não ocorrer nenhuma fraude ou manipulação.

Em 2019, foi proposta uma Proposta De Emenda Constitucional (PEC), pela Sra. Bia Kicis e outros, com o intuito de acrescentar ao artigo 14º da Constituição Federal o § 12 que tinha como proposta que:

§ 12 No processo de votação e apuração das eleições, dos plebiscitos e dos referendos, independentemente do meio empregado para o registro do voto, é obrigatória a expedição de cédulas físicas conferíveis pelo eleitor, a serem depositadas, de forma automática e sem contato manual, em urnas indevassáveis, para fins de auditoria.

Como demonstrado, as questões eleitorais no Brasil ficaram a cargo do TSE, e o Poder Legislativo tentou uma mudança em questão do sistema utilizado na votação, buscando a substituição pelo voto impresso desde 2001.

A primeira tentativa de ocasionar essa mudança ocorreu na proposta de mudança na Lei nº 10.408/2001, onde o eleitor visualizava o seu voto sem ter o contato com a versão impressa.

Em 2003, foi revogada a parte da lei que previa o voto impresso pelo instituído pelo TSE e a votação ocorreu no Plenário da Câmara dos Deputados. Na segunda tentativa foi por meio do art. 5º da Lei nº 12.034/2009, onde a auditoria tinha que fazer a contagem do voto em papel para ver se tinha a mesma quantidade de votos na urna eletrônica, e em 19.10.2011, o Plenário deste STF, por unanimidade, deferiu a medida cautelar para suspender a eficácia do art. 5º da Lei n. 12.304/2009 (DJe 2.3.2012). Já na terceira vez foi por meio da Lei nº 13.165/2015, onde a urna imprime o voto de forma automática que seria depositado em local previamente lacrado, em 10.08.2021, no Plenário da Câmara dos Deputados, a proposta foi rejeitada e arquivada.

O fundamento apresentado pelo TSE de que causaria grandes custos e que poderia chegar a 1,8 bilhões, não se justificava, pois só necessitaria da compra de impressoras externas que se fixaria nas urnas eletrônicas, e essas impressoras tinham o custo baixo para a compra e as despesas não chegaria ao valor estimado do TSE. Desse modo, demonstramos que o TSE não quer aceitar a modificação do sistema de votação, apesar de que é inquestionável a violação do sigilo do voto, contudo, esse princípio não poderá afastar outros, principalmente o princípio da publicidade e da transparência, assim, não afetando o exercício da cidadania. Desde as eleições de 2004 a utilização do atual sistema de votação não teve nenhuma contestação ou alguma dúvida sobre sua constitucionalidade, a mudança no sistema do voto seria uma grande evolução tornando-o de forma mais transparente para o eleitor poder conferir se seu voto está correto no candidato de sua escolha. Segundo a Suprema Corte da Alemanha e Índia, o voto do eleitor deve ser realizado pela urna eletrônica e ter a impressão para o eleitor confirmar seu voto, só a utilização da urna eletrônica foi declarada inconstitucional, ao atender o princípio da publicidade e faz com que o eleitor tenha confiança no sistema eleitoral.

Portanto, é demonstrado que as decisões proferidas quando se trata na mudança do sistema utilizado para votar, o magistrado não considerou a violação de princípios e a insatisfação da população com o modelo usado atualmente, sendo constantemente alvo de críticas quando são realizadas as apurações dos votos, faz com que o eleitor não tenha confiança no resultado das eleições. Já o voto impresso traz uma segurança maior quando o eleitor confere a impressão

com o que está na urna eletrônica, além de que a auditoria a verificação dos votos seria feita independentemente de algum software.

4. 2. Voto Impresso e a ADI 4.543

O voto impresso, nada mais é do que uma comprovação do voto emitido pela urna eletrônica. O processo visa dar a eleitor maior confiança do cômputo de sua escolha e também a possibilidade de uma recontagem.

A execução se daria por meio de uma impressora conectada à urna, a qual emitirá uma folha com as escolhas do eleitor e inserir, automaticamente, em outra urna fechada, o que vale apontar que o eleitor não teria acesso a essa folha impressa. Ademais, em 2021, o Congresso Nacional rejeitou a proposta que tinha como premissa a contagem dos votos impressos pelos mesários nas seções eleitorais; o transporte e guarda das urnas com os papéis impressos feito pelas forças de segurança pública e, o voto válido é o impresso, sem necessidade de comparação com o voto eletrônico, entre outros.

Mesmo com esse mecanismo, o voto impresso gerou dúvidas em uma parte da sociedade em relação à segurança e se realmente era viável. Dito isto, resta a suspeita de que o voto do eleitor não seja respeitado, haja visto que o Brasil possui 450 mil seções eleitorais, tornando uma missão quase que impossível de assegurar a segurança de todas as urnas.

Em vista disso, os favoráveis ao projeto tiveram a ideia de inserir ao sistema outros meios de defesa, como a assinatura digital, porém ainda é ineficaz, uma vez que dificultaria o voto para os mais leigos.

Em 2002, o mecanismo da Lei nº 10.408, de 10/1/2002 foi testado em 6% do eleitorado nacional, sendo 23 mil módulos de impressão, foi partilhado em 150 municípios próximos às capitais e nas sessões do Distrito Federal e Sergipe. Como resultado, apenas negativamente, teve filas maiores, aumento em votos nulos e brancos, aumento no voto por cédula e aumento no número de urnas com defeito, principalmente na impressão e, não teve nenhum aumento de segurança ou transparência.

Contudo, para a Justiça Eleitoral, o projeto é uma boa ideia que em execução não apresenta o que promete, tendo as mesmas vulnerabilidades do voto manual no que diz respeito à segurança e armazenamento. O Tribunal Superior Eleitoral — TSE, por sua vez, defende que o voto impresso, por ter manuseio manual, tem mais chance de fraudes do que o eletrônico.

O Ex-Presidente do TSE, Luís Roberto Barroso, apontou que existe uma contradição dos apoiadores do voto impresso, suas palavras:

O voto impresso sairia da mesma urna eletrônica que estaria sob suspeita. Portanto, ao fraudar o eletrônico, fraudar-se também o impresso. É um paradoxo duvidar do voto eletrônico, mas confiar no impresso. (Agência Senado).

Nesse diapasão, o ponto mais criticado é o sigilo do voto, o que possibilitou a Ação Direta De Inconstitucionalidade — ADI 4.543 sobre o art. 5º da Lei n. 12.034, de 29.9.2009, que estabelecia as seguintes normas:

Art. 5º — Fica criado, a partir das eleições de 2014, inclusive, o voto impresso conferido pelo eleitor, garantido o total sigilo do voto e observadas as seguintes regras:

§ 1º — A máquina de votar exibirá para o eleitor, primeiramente, as telas referentes às eleições proporcionais; em seguida, as referentes às eleições majoritárias; finalmente, o voto completo para conferência visual do eleitor e confirmação final do voto.

§ 2º — Após a confirmação final do voto pelo eleitor, a urna eletrônica imprimirá um número único de identificação do voto associado à sua própria assinatura digital.

§ 3º — O voto deverá ser depositado de forma automática, sem contato manual do eleitor, em local previamente lacrado.

§ 4º — Após o fim da votação, a Justiça Eleitoral realizará, em audiência pública, auditoria independente do software mediante o sorteio de 2% (dois por cento) das urnas eletrônicas de cada Zona Eleitoral, respeitado o limite mínimo de 3 (três) máquinas por município, que deverão ter seus votos em papel contados e comparados com os resultados apresentados pelo respectivo boletim de urna.

§ 5º — É permitido o uso de identificação do eleitor por sua biometria ou pela digitação do seu nome, ou número de eleitor, desde que a máquina de identificar não tenha nenhuma conexão com a urna eletrônica. (Lei n. 12.034).

Na ADI supracitada, a Relatora era a Ex-Ministra Cármen Lúcia, que em seu voto destacou que a norma questionada feria o art. 14 da Constituição da República, uma vez que o processo de votação exigia que o voto impresso deverá conter o número de identificação ligado a assinatura digital do eleitor, quebrando o sigilo. O argumento também ressalva que a inviolabilidade do voto, bem como seu segredo, pressupõe a impossibilidade de qualquer maneira de identificação pessoal.

Outro fator apresentado foi o princípio da proibição de retrocesso, pelo motivo de que tal desconfiança no atual sistema de votação é contrário do sistema democrático imposto pela constituição, sendo tal princípio fundamentado no art. 60, inciso II do § 4º da Constituição.

Com esses pontos, a então Relatora julgou procedente a ação para declarar a inconstitucionalidade do art. 5º da Lei n. 12.034/2009. Nesta ocasião, os demais Ministros acompanharam a tese da Relatora não mudando de opinião, apenas o então Ministro Luiz Fux adicionou em seu argumento o art. 60, §4º, inciso I, da Constituição, que não havia sido mencionada, haja visto que a ideia era que feria o voto direto, secreto, universal e periódico, porém com essa perspectiva atingi do mesmo modo a forma federativa de Estado.

Ademais, é certo que existem opiniões favoráveis ao Voto Impresso que são contra a inconstitucionalidade da lei 12.034/2009. Em 2021, a PEC 135/19 estava em discussão, sendo a então deputada Bia Kicis a autora da proposta, afirmou:

“O povo não confia nas urnas eletrônicas sem o registro físico do voto e sem a contagem pública do voto. Alguns agora chamam de golpe, de falcatura, mas, na verdade, o Congresso sempre foi favorável a isso (Agência Câmara de Notícias)”.

Em apoio, o então deputado Coronel Tadeu relatou:

O voto pode ser até dado ao próprio eleitor para que ele guarde de lembrança. Não há problema nenhum se ele quiser divulgar, ao ser ele que está divulgando. O voto é secreto, até onde entendo, pois o tribunal não pode divulgar o voto, mas, se o eleitor quiser falar em quem votou, ele é livre (Agência Câmara de Notícias).

O Ex-Presidente Jair Bolsonaro, em algumas ocasiões antes da eleição de 2022, frisou os possíveis riscos que a falta do voto impresso poderia causar, são elas:

Se nós não tivermos o voto impresso em 2022, uma maneira de auditar o voto, nós teremos problema pior que os Estados Unidos (Agência Senado).

Se [o Congresso] promulgar, teremos eleições, sim, com voto auditável. Caso contrário, teremos dúvida nas eleições. Podemos ter um problema seríssimo. Pode um lado ou outro não aceitar e criar uma convulsão no Brasil (Agência Senado).

A respeito da ADI 4.453, o engenheiro Amilcal Brunazo Filho relata que o previsto na lei é apenas a publicação dos votos apurados, a qual não revela o eleitor, sua fala:

O que deve ser secreto é o autor do voto e não o conteúdo do voto. O conteúdo do voto (sem identificação do autor) é necessariamente público para que a apuração dos votos também seja pública (Princípio da Publicidade), e não contrário como, absurdamente, eles alegaram (JUS, 2011).

No mesmo diapasão, o jurista Daniel Sarmento explana sua opinião sobre Poder Judiciário, afirmou:

O neoconstitucionalismo brasileiro tem pecado por excesso, depositando no Judiciário expectativas que ele nem sempre terá como atender de forma satisfatória. Um dos efeitos colaterais deste fenômeno é a disseminação de um discurso, que reputo muito perigoso, de que voto e política não são tão importantes, pois relevante mesmo é a interpretação dos princípios constitucionais realizada pelo STF. Daí a dizer que o povo não sabe votar é um pulo, e a ditadura da toga pode não ser muito melhor do que a ditadura de farda (JUS, 2011).

Nesse contexto, é notável que existem controversas sobre o tema em questão. No entanto, vale ressaltar que a inconstitucionalidade do art. 5º da Lei n. 12.034/09 foi pontuada com

argumentos sólidos e coerentes com o Direito, porém os defensores do voto impresso não foram eficazes nesse quesito.

Considerações finais

Este trabalho possibilitou entender como funciona a interação dos três poderes no tocante à harmonia e à independência. Com isso pode-se perceber que existe divergência sobre essa harmonia, uma vez que têm casos de possíveis interferências de um poder para com o outro, o que levou a necessidade de pesquisar o assunto do Ativismo Judiciário em vista do caso do voto impresso.

Para se atingir uma compreensão dessa realidade, definiram-se três objetivos específicos com fito de chegar em uma posição a respeito da ADI 4.543. O primeiro, de entender como funciona a Tripartição dos Poderes, bem com o conceito de Ativismo Judiciário com uma abordagem teórica. Já o segundo, de compreender o voto impresso e realizar uma análise sobre a inconstitucionalidade, isto é, se o sigilo do voto viola os princípios constitucionais. O último objetivo, é verificar se houve o ativismo por parte do Supremo Tribunal Federal nesse caso.

Contudo, verificou-se que, muitas vezes, o ativismo judicial tem buscado sanar as omissões do Poder Legislativo e do Poder Executivo, e faz com que questões importantes sejam solucionadas quando ocorre essas ausências, sobretudo, quando envolve o interesse público. Essas ações geram muitas críticas na forma e no jeito de gerir as decisões, pois esse modo de conduzir não condiz com a tripartição de poderes que consagra a separação de funções que devem ocorrer em um Estado Democrático, como elucida o modelo apresentado por Montesquieu.

Nessa perspectiva, tendo em vista todos os elementos apresentados, principalmente no que consta na ADI 4.543, ficou evidente que o sistema do voto impresso tem a necessidade de um número de identificação associado à assinatura digital da urna. Dito isto, a pesquisa mostrou que o art. 5º da Lei n. 12.034/09 viola o voto secreto amparado no art. 14 c/c art. 60, inciso II do § 4º ambos da Constituição Federal de 1988. Portanto, nesse caso, não há o que se falar em ativismo por parte do Supremo Tribunal Federal, haja visto que o voto deve ser secreto, impossibilitando qualquer forma de associar o voto ao eleitor.

Em suma, algumas decisões da Suprema Corte foram apontadas como ativista, ou seja, a atuação da Suprema Corte estava interferindo nas funções dos outros poderes. Nesse sentido, para ser primada a tripartição dos poderes e a harmonia entre eles, um poder não pode usurpar

a função do outro poder, apenas se permite o controle e o exercício das funções atípicas previstas na Constituição Federal. No entanto, mesmo que a decisão do voto impresso tenha sido questionada por ser ativista, observou-se no presente trabalho que no caso em tela não ocorreu ativismo.

Referências

ALBUQUERQUE, Armando. A TEORIA LOCKEANA DA SEPARAÇÃO DE PODERES. Publica Direito. Disponível em: <[http://www. publica direito. com. br/artigos](http://www.publica.direito.com.br/artigos)>, 2013. Acesso em: 20.MAR.2023.

ARISTÓTELES. Ética a Nicômacos. 3. ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2001. 146 p.

BARBOSA, Oriana Piske de A.; SARACHO, Antonio Benites. Considerações sobre a teoria dos freios e contrapesos (checks and balances system). Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios, 2018. Acesso em: 20.MAR.2023.

BOBBIO, Norberto. Locke e o direito natural. 2. ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1997. 233 p.

BRASIL. [Constituição (1988)]. Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Presidência da República, 1988. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 01.MAI. 2023.

_____. Câmara dos Deputados. PEC 135/2019 Proposta de Emenda à Constituição. Brasília, DF: Supremo Tribunal Federal, 2019. Disponível em:<<https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2220292>>. Acesso em: 01.JUN. 2023.

_____. Justiça Eleitoral. ANÁLISE SOBRE A IMPRESSÃO DO VOTO. Brasília, DF: Disponível em:<<https://www.tse.jus.br/internet/temporarios/urna-seguranca/impressao-do-voto.html>>. Acesso em: 01.JUN. 2023.

_____. Supremo Tribunal Federal. Impressão de registro põe em risco sigilo e liberdade de voto. Brasília, DF: Supremo Tribunal Federal, 2020. Disponível em:<<https://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=451785&ori=1>>. Acesso em: 01.JUN. 2023.

_____. Supremo Tribunal Federal. Liminar suspende regra da minirreforma eleitoral que prevê voto impresso. Brasília, DF: Supremo Tribunal Federal, 2018. Disponível em:<<https://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=380571&ori=1>>. Acesso em: 01.JUN. 2023.

_____. Supremo Tribunal Federal. Procuradora-geral da República contesta no STF norma que prevê impressão do voto. Brasília, DF: Supremo Tribunal Federal, 2018. Disponível em: <<https://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=368731>>. Acesso em: 01.JUN. 2023.

BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática, 2009. 14 - 15 p.

CAPEZ, Fernando. Prisão em segunda instância: entendimentos do STF. 2023. Revista Conjur. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2023-jan-06/prisao-segunda-instancia-entendimentos-stf>>. Acesso em: 12.JUL.2023.

CRETELLA JUNIOR, José. Comentários à Constituição 1988, 1ª ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1992. 3033 – 3034 p.

DE QUADROS PEREIRA, Brenda; MIGLIAVACCA, Carolina Moraes. O ativismo judicial na Justiça Eleitoral: análise de casos e mecanismos de legitimação democrática. Justiça & Sociedade, v. 3, n. 1. Trabalho de Conclusão de Curso (Bacharelado em Direito) - Centro Universitário Metodista – IPA do Rio Branco, Porto Alegre, 2018.

FERREIRA, Aldemar Anderson Gondim. ATIVISMO JUDICIAL, 2021. Disponível em:<<https://jus.com.br/artigos/90137/ativismo-judicial>>. Acesso em: 01.MAI. 2023.

FREITAS, Vladimir Passos de. ATIVISMO JUDICIAL:AFINAL, DO QUE SE TRATA? ,2021. Disponível em:<<https://www.conjur.com.br/2021-dez-12/segunda-leitura-ativismo-judicial-afinal-trata>>. Acesso em: 01.MAI. 2023.

LOCKE, John. Segundo tratado sobre o governo civil e outros escritos. Petrópolis: Vozes, 1994. 171 - 172 p.

_____. The second Treatise of Government, in: John Locke: Political Writings. Edited and with an Introduction by David Wootton. London: Penguin Books, 1993. 328 - 336 - 502 p.

_____. Dois tratados sobre o governo. Tradução de Júlio Fischer e Introdução de Peter Laslett. São Paulo: Martins Fontes, 1998 (Clássicos).

_____. Cartas sobre tolerância. Tradução de Jeane B. Duarte Rangel e Fernando Dias Andrade). São Paulo, Ícone 2004.

MARTINS, Flávio. Curso de direito constitucional. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2022. 28 - 105 p.

MIGALHAS. CASOS DE ATIVISMO JUDICIAL NO STF FORAM RAROS E POSITIVOS, DIZ BARROSO, 2023. Disponível em: <<https://www.migalhas.com.br/quentes/372620/casos-de-ativismo-judicial-no-stf-foram-raros-e-positivos-diz-barroso>>. Acesso em: 01.MAI. 2023.

_____. SENADORES E JURISTA CRITICAM “ATIVISMO” DO STF EM DEBATE DE COMISSÃO, 2023. Disponível em:<<https://www.migalhas.com.br/quentes/369246/senadores-e-juristas-criticam-ativismo-do-stf-em-debate-de-comissao>>. Acesso em: 01.MAI. 2023.

MONTEIRO, Maurício Gentil. O STF E O VOTO IMPRESSO, 2011. Disponível em:<<https://jus.com.br/artigos/20526/o-stf-e-o-voto-impresso>>. Acesso em: 15.JUN.2023.

MONTESQUIEU, Charles-Louis de Secondat. O ESPÍRITO DAS LEIS. 3. ed. São Paulo: Tradução de Pedro Vieira Mota. SARAIVA, 1994.

_____. O ESPÍRITO DAS LEIS. 2. ed. São Paulo: Tradução de Martins Fontes, 2000. 168 - 172 p.

MORAES, Alexandre de. Direito constitucional. 33. ed. rev. e atual. São Paulo: Atlas, 2017. 315 p.

RIBEIRO, Fávila. Pressupostos constitucionais do direito eleitoral: no caminho da sociedade participativa. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1990. 133 p.

ROCHA, Carlos Alexandre Amorim. O modelo de controle externo exercido pelos tribunais de contas e as proposições legislativas sobre o tema. Brasília: Senado Federal, Consultoria Legislativa. 2002. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/156>>. Acesso em: 01 de maio de 2023.

SIQUEIRA, Carol. Voto impresso divide opiniões no Plenário da Câmara dos Deputados Fonte: Agência Câmara de Notícias. Brasília, DF: Agência Câmara de Notícias, Geórgia Moraes Editor, 2021. Disponível em:<<https://www.camara.leg.br/noticias/789133-voto-impresso-divide-opinioes-no-plenario-da-camara-dos-deputados/>>. Acesso em: 01 de maio de 2023.

WESTIN, Ricardo. Entenda a polêmica em torno da PEC do voto impresso Fonte: Agência Senado. 2021. Disponível em:<<https://www12.senado.leg.br/noticias/infomaterias/2021/06/entenda-a-polemica-em-torno-da-pec-do-voto-impresso>>. Acesso em: 01.JUN. 2023.