



ESTUDOS ELEITORAIS

Volume 6 Número 2 maio/ago. 2011



ESTUDOS ELEITORAIS



Volume 6, Número 2
maio/ago. 2011

© 2011 Tribunal Superior Eleitoral

Escola Judiciária Eleitoral
SGON, Quadra 5, Lote 795, Bl. B – Ed. Anexo III do TSE
70610-650 – Brasília/DF
Telefone: (61) 3316-4641
Fax: (61) 3316-4642

Coordenação: André Ramos Tavares – Diretor da EJE
Editoração: Coordenadoria de Editoração e Publicações (Cedip/SGI)
Projeto gráfico: Clinton Anderson
Capa: Luciano Carneiro
Diagramação: Sebastiana Barto
Revisão: Anna Cristina de Araújo Rodrigues
Normalização técnica: Geraldo Campetti Sobrinho

As ideias e opiniões expostas nos artigos são de responsabilidade exclusiva dos autores e podem não refletir a opinião do Tribunal Superior Eleitoral.

ISSN: 1414-5146

Estudos eleitorais / Tribunal Superior Eleitoral. – v. 1. n. 1
(1997) – . – Brasília : TSE, 1997- v. ; 24 cm.

Quadrimestral.

Revista interrompida no período de: maio 1998 a dez.
2005, e de set. 2006 a dez. 2007.

1. Direito eleitoral – Periódico. I. Brasil. Tribunal Superior
Eleitoral.

CDD 341.2805

Tribunal Superior Eleitoral

Presidente

Ministro Ricardo Lewandowski

Vice-Presidente

Ministra Cármen Lúcia

Ministros

Ministro Marco Aurélio

Ministra Nancy Andrighi

Ministro Gilson Dipp

Ministro Marcelo Ribeiro

Ministro Arnaldo Versiani

Procurador-Geral Eleitoral

Roberto Monteiro Gurgel Santos

Coordenação da Revista Estudos Eleitorais

André Ramos Tavares

Conselho Científico

Ministro Ricardo Lewandowski
Ministra Nancy Andrighi
Ministro Aldir Guimarães Passarinho Junior
Ministro Hamilton Carvalhido
Ministro Marcelo Ribeiro
Álvaro Ricardo de Souza Cruz
André Ramos Tavares
Antonio Carlos Marcato
Clèmerson Merlin Clève
Francisco de Queiroz Bezerra Cavalcanti
José Jairo Gomes
Luís Virgílio Afonso da Silva
Marcelo de Oliveira Fausto Figueiredo Santos
Marco Antônio Marques da Silva
Paulo Bonavides
Paulo Gustavo Gonet Branco
Paulo Hamilton Siqueira Junior
Walber de Moura Agra
Walter de Almeida Guilherme

Composição da EJE

Diretor

André Ramos Tavares

Vice-diretor

Walber de Moura Agra

Assessora-chefe

Juliana Deléo Rodrigues Diniz

Servidores

Ana Karina de Souza Castro
Camila Milhomem Fernandes
Geraldo Campetti Sobrinho
Quéren Marques de Freitas da Silva
Rodrigo Moreira da Silva
Roselha Gondim dos Santos Pardo

Colaboradores

Anna Cristina de Araújo Rodrigues
Keylla Cristina de Oliveira Ferreira
Lana da Glória Coêlho Stens

APRESENTAÇÃO

A Escola Judiciária Eleitoral do Tribunal Superior Eleitoral (EJE-TSE) apresenta ao prezado leitor o segundo número da Revista Estudos Eleitorais de 2011.

Este fascículo é composto de seis artigos, cujo teor denota o esforço da Escola em dar cumprimento a sua missão de estimular a produção intelectual de textos científicos sobre a matéria eleitoral e disciplinas correlatas, e promover o estudo, o debate e o amadurecimento das discussões alusivas a questões democráticas, partidárias e eleitorais.

No primeiro deles, André Ramos Tavares, diretor da EJE-TSE, afirma que o processo eleitoral desempenha papel central na democracia, enfatizando que a realização adequada desse processo depende de mecanismos de controle. O artigo intitula-se *Justiça e administração eleitorais na Federação brasileira: entre a Justiça estadual e a federal*.

Na sequência, Walber de Moura Agra, vice-diretor da EJE-TSE, escreve sobre *A taxionomia das inelegibilidades*, argumentando que, embora o STF e o TSE entendam que as inelegibilidades não têm a taxionomia de sanção, as inelegibilidades cominadas apenas podem ser aplicadas a fatos jurídicos ocorridos após a entrada em vigor da Lei da Ficha Limpa.

Josevando Souza Andrade, Corregedor Regional Eleitoral do Estado da Bahia, trata da Lei Complementar nº 135/2010, afirmando que sua eficácia durante as eleições do ano de 2010 é fenômeno questionável, quando

examinada à luz dos Princípios da Anterioridade Eleitoral, da Irretroatividade da Lei Penal e da Estabilidade do Direito, no texto *Lei da Ficha Limpa: análise de sua eficácia à luz dos princípios constitucionais*.

No artigo *A garantia fundamental da anterioridade eleitoral: algumas reflexões em torno da interpretação do art. 16 da Constituição*, André Rufino do Vale, procurador federal cedido ao STF para o cargo de assessor de ministro, sugere algumas bases teóricas de possíveis técnicas de interpretação e modos de argumentação jurídica em torno do mencionado artigo.

No artigo *A representação política e relações patrimoniais*, o autor reflete sobre a relação que existe entre poder econômico e eleições.

No último artigo, o autor discute a antinomia gerada pelo § 4º do Código de Processo Penal entre os procedimentos penais eleitorais e o procedimento penal comum de recebimento da denúncia e absolvição sumária.

Ao atuar no desenvolvimento das abordagens históricas, do marco teórico e das avaliações práticas sobre cidadania, democracia e eleições, a Escola Judiciária do TSE reafirma seu empenho na valorização dos estudos eleitorais, incentivando a elaboração de novas contribuições nessa importante área do saber humano.

SUMÁRIO

Justiça e administração eleitorais na federação brasileira: entre a justiça estadual e a federal

ANDRÉ RAMOS TAVARES9

A taxionomia das inelegibilidades

WALBER DE MOURA AGRA.....29

Lei da Ficha Limpa: análise de sua eficácia à luz dos princípios constitucionais

JOSEVANDO SOUZA ANDRADE53

A garantia fundamental da anterioridade eleitoral: algumas reflexões em torno da interpretação do art. 16 da Constituição

ANDRÉ RUFINO DO VALE73

A representação política e relações patrimoniais

OCTAVIO AUGUSTO DA SILVA ORZARI.....111

Recebimento da denúncia e absolvição sumária no processo penal eleitoral brasileiro: solução da antinomia aparente gerada pelo § 4º do art. 394 do Código de Processo Penal

ROBERT STEVEN VIEIRA TAVES133

JUSTIÇA E ADMINISTRAÇÃO ELEITORAIS NA FEDERAÇÃO BRASILEIRA: ENTRE A JUSTIÇA ESTADUAL E A FEDERAL¹

ANDRÉ RAMOS TAVARES²

Resumo

Afirma que o processo eleitoral desempenha papel central na democracia, enfatizando que a realização adequada desse processo depende de mecanismos de controle. Adota o critério classificatório que diferencia o controle político ou de verificação dos poderes, o controle jurisdicional e o controle misto ou eclético, pois nessa classificação se apoiam as distinções existentes entre os diversos países, a maioria dos quais se diferenciando do modelo brasileiro de controle das eleições. Ressalta que o arranjo da Justiça Eleitoral é de magnitude constitucional e está enraizado no modelo federativo brasileiro, contribuindo para sua manutenção e seu fortalecimento, bem como da cidadania plena, horizonte de busca incessante pelo Estado. Conclui que não se pode aceitar uma mudança para acomodar interesses indiferentes à realização da Justiça e à promoção do bem-estar social. A mudança de sistema que se pode demandar e admitir é aquela com suporte na própria democracia constitucional, que esteja em sintonia com a evolução dos institutos da democracia.

Palavras-chave: Processo eleitoral. Controle. Juiz eleitoral. Justiça federal. Justiça estadual. Justiça Eleitoral. Brasil.

¹ Compõe parte da pesquisa desenvolvida no âmbito da pós-graduação da Universidade Presbiteriana Mackenzie.

² Professor da PUC-SP e do Mackenzie-SP. Livre-docente em Direito pela USP. Diretor da Escola Judiciária Eleitoral do Tribunal Superior Eleitoral.

Abstract

It states that the electoral process plays a central role in democracy, emphasizing that the appropriate realization of this process depends of control mechanisms. It adopts the classification criteria that differentiates the political control or verification of powers from the judicial review and from the eclectic control, because distinctions between several countries are based on this classification, most of which differ from the Brazilian model of elections control. It emphasizes that the conformation of the Electoral Justice has constitutional magnitude and is rooted in the Brazilian federative model, contributing to its maintenance and its strengthening, as well as full citizenship, horizon of incessant pursuit by the State. It concludes that one can not accept a change to settle interests that are indifferent to the achievement of justice and the promotion of social welfare. The change of system that one may require and admit is that with support on constitutional democracy itself, which is in line with the development of democratic institutes.

Keywords: Electoral process. Control. Electoral judge. Federal Justice. Justice of the States. Electoral Justice. Brazil.

1 O controle do processo eleitoral

Como todos nós já sabemos, o processo eleitoral desempenha *papel central na democracia*. E a realização adequada desse processo depende de mecanismos de controle, justamente para que a busca da verdade eleitoral não se transforme em uma fantasia a convencer apenas os mais ingênuos e a reforçar o ceticismo dos mais extremados.

Há grande variedade de modelos possíveis de controle do processo eleitoral. Adotarei, considerando a temática que pretendo desenvolver aqui, o conhecido critério classificatório “quanto ao órgão de controle”, que diferencia i) o controle político ou de verificação dos poderes, ii) o controle jurisdicional e iii) o controle misto ou eclético. Tal classificação é basilar, pois

nela se apoiam as distinções existentes entre os diversos países, a maioria dos quais se diferenciando, por essa opção, do modelo brasileiro de controle das eleições.

O controle político do processo eleitoral ocorre quando a fiscalização remanesce a cargo do Legislativo. Assim, cabe ao parlamento a verificação da regularidade do *iter* eleitoral. O ponto forte do sistema é a afirmação da (e a confiança na) máxima maturidade política de um país, deixando aos próprios atores políticos o controle da lisura no processo eleitoral do qual participam ou no qual têm interesse, como demonstração de confiança e perfeição no sistema político e em seus integrantes³.

Em contrapartida, em um controle de tipo político como acima descrito, é fácil concluir pela multiplicidade de efeitos colaterais, dentre os quais destaco o provável *reforço de interesses políticos em detrimento dos institucionais*, mesmo em ambientes mais avançados e conscientes das necessidades políticas. Isso ocorre porque facultar esse controle ao Poder Legislativo é atribuir aos políticos o controle de si próprios ou de seus correligionários, o que poderá atuar em detrimento da verdade e vontade eleitorais e políticas do povo e dos candidatos interessados; é altamente provável a formação de uma casta político-partidária, de “caciques” políticos, dentre os parlamentares e políticos mais articulados, a cujos interesses a maioria dos parlamentares e a própria sociedade podem restar subordinados.

Já o controle jurisdicional do processo eleitoral será o modelo que destina ao Poder Judiciário todas as competências necessárias para prover e controlar a completa lisura do processo eleitoral. Por ser um processo complexo, é inevitável, nessas hipóteses, a atribuição de funções meramente administrativas àqueles que atuam, *a priori*, exclusivamente na atividade jurisdicional. Sua adoção permite um real controle *externo* às eleições, isto é, seu executor

³ O inverso, contudo, não parece ser automático. Assim, a não adoção deste modelo, contudo, não significará, necessariamente, desconfiança na classe política ou na sua habilidade para adequadamente manejar o sistema de controle.

e julgador não será qualquer implicado ou diretamente interessado no processo eleitoral. A chamada independência do Poder Judiciário socorre, aqui, o exercício isento dessa atribuição eleitoral, especialmente pela imparcialidade de suas decisões, amparadas e fundamentadas nas garantias atribuídas a seus integrantes.

Por fim, o controle misto ou eclético será aquele que procura fundir peculiaridades dos dois sistemas de controle, isto é, a verificação pelos poderes políticos e o controle jurisdicional. Também é um modelo denominado de *semiparlamentar* ou sistema do “tribunal especial”. É exercido pelo Legislativo, que regula o processo eleitoral, exercendo seu controle *a priori*; entretanto, há um tribunal especial, composto por membros de outros poderes, inclusive e principalmente provenientes do Poder Judiciário, que exerce a função revisional dessas decisões.

Desde a criação da Justiça Eleitoral no Brasil, na década de 1930, o país adota o sistema de controle exclusivamente jurisdicional do processo eleitoral, embora, como lembrado por Telles (2009, p. 107), durante a Primeira República, a administração e o controle do processo eleitoral tenham estado nas mãos do Executivo e do Legislativo.

A preocupação com a lisura e a incessante busca da verdade eleitoral, em respeito ao postulado democrático da soberania do povo, fez que, além de adotar o sistema jurisdicional, o Brasil criasse, ainda, uma Justiça especializada, que exerce todas as funções inerentes ao processo eleitoral e relativas ao controle desse processo.

Como observado por Zilio (2010, p. 36), a Justiça Eleitoral “possui características próprias que a distinguem dos demais ramos do Poder Judiciário”. Dentre tantas peculiaridades que envolvem essa Justiça especializada, vale mencionar a variedade de suas atribuições e competências, que podem ser agrupadas, como correntemente se faz, em administrativas, normativas, jurisdicionais e consultivas. Esse desmembramento é extremamente didático para fins de bem visualizar as consequências, para o Judiciário, da

ação do modelo jurisdicional de controle das eleições. Vou tratar aqui, basicamente, das atribuições administrativas.

Dentre as atividades administrativas da Justiça Eleitoral, poderíamos destacar, a título ilustrativo, a administração do cadastro de eleitores, os atos de alistamento e de transferência eleitoral, a revisão do conjunto do eleitorado, a designação de locais de votação, a criação das seções eleitorais, a criação das zonas eleitorais, a nomeação, convocação, organização e auxílio de mesários, a apuração e o julgamento dos procedimentos individuais de cancelamento dos eleitores.

Apenas para melhor compreender essa ampla variedade de competências – e aproveitando para realçar a concorrência das funções administrativas e jurisdicionais, além de identificar a concentração de todas essas funções na figura de seu protagonista, isto é, o juiz de direito – é que faço remissão direta ao Código Eleitoral, em seu artigo 35⁴, que elenca, em

⁴ Art. 35. Compete aos juízes:

- I – cumprir e fazer cumprir as decisões e determinações do Tribunal Superior e do Regional;
- II – processar e julgar os crimes eleitorais e os comuns que lhe forem conexos, ressalvada a competência originária do Tribunal Superior e dos Tribunais Regionais;
- III – decidir habeas corpus e mandado de segurança, em matéria eleitoral, desde que essa competência não esteja atribuída privativamente a instância superior.
- IV – fazer as diligências que julgar necessárias à ordem e presteza do serviço eleitoral;
- V – tomar conhecimento das reclamações que lhe forem feitas verbalmente ou por escrito, reduzindo-as a termo, e determinando as providências que cada caso exigir;
- VI – indicar, para aprovação do Tribunal Regional, a serventia de justiça que deve ter o anexo da escrivania eleitoral;
- VIII – dirigir os processos eleitorais e determinar a inscrição e a exclusão de eleitores;
- IX – expedir títulos eleitorais e conceder transferência de eleitor;
- X – dividir a zona em seções eleitorais;
- XI – mandar organizar, em ordem alfabética, relação dos eleitores de cada seção, para remessa a mesa receptora, juntamente com a pasta das folhas individuais de votação;
- XII – ordenar o registro e cassação do registro dos candidatos aos cargos eletivos municipais e comunicá-los ao Tribunal Regional;
- XIII – designar, até 60 (sessenta) dias antes das eleições os locais das seções;
- XIV – nomear, 60 (sessenta) dias antes da eleição, em audiência pública anunciada com pelo menos 5 (cinco) dias de antecedência, os membros das mesas receptoras;
- XV – instruir os membros das mesas receptoras sobre as suas funções;
- XVI – providenciar para a solução das ocorrências para a solução das ocorrências que se verificarem nas mesas receptoras;
- XVII – tomar todas as providências ao seu alcance para evitar os atos viciosos das eleições;

rol não taxativo, o conjunto de competências do juiz eleitoral, contabilizando um total de 19 incisos, dos quais apenas dois (os incisos II e III) se referem à competência, digamos, “puramente” ou tradicionalmente jurisdicional.

2 O juiz eleitoral

Dada a significativa importância que o juiz eleitoral vem desempenhando ao longo da História brasileira, em toda a administração e organização dos processos eleitorais e considerando recentes discussões e propostas de mudança eleitoral, o tema que pretendo discutir é a possibilidade de seu exercício ficar a cargo de juízes federais (por consequência, do Ministério Público) por meio de uma transferência (jurídica) dessas atribuições⁵.

Trata-se de discussão que surgiu recentemente, a partir de comissão, no Senado Federal, que analisa a criação de um novo Código Eleitoral. Essa ideia levou, imediatamente, a uma discussão acerca da viabilidade *fática* dessa proposta, no sentido de considerar a realidade atual dos juízes federais (e da Justiça federal). Certamente, essa é uma preocupação legítima e, mais do que isso, necessária. Mas pouco se falou na permissão constitucional para tal mudança, a merecer, igualmente, especial atenção. É sobre essa específica delimitação temática que pretendo promover uma reflexão inicial, mais atenta às possibilidades e limites constitucionais da mudança eleitoral cogitada.

XVIII – fornecer aos que não votaram por motivo justificado e aos não alistados, por dispensados do alistamento, um certificado que os isente das sanções legais;

XIX – comunicar, até às 12 horas do dia seguinte, a realização da eleição, ao Tribunal Regional e aos delegados de partidos credenciados, o número de eleitores que votarem em cada uma das seções da zona sob sua jurisdição, bem como o total de votantes da zona.

⁵ As conclusões aqui alcançadas trabalharam estritamente com a Justiça de primeira instância e não se aplicam, necessariamente, a propostas de mudança da composição interna dos Tribunais Regionais Eleitorais no Brasil, pois o presente estudo não teve preocupação com esse tipo de proposta que também aparece nos círculos especializados de discussão do tema “reforma eleitoral”. Note-se, porém, que a linha hermenêutica adotada inclui como ilustração também a composição interna desses tribunais. Isso, contudo, não significa que conclusões proibitivas quanto à alteração estrutural possam ser imediatamente transplantadas para a hipótese aqui mencionada dos tribunais. O endereçamento deste estudo, pois, vai para a Justiça (eleitoral) de primeira instância.

2.1 A realidade fática das “Justiças” estadual e federal

Antes, porém, de ingressar propriamente no tema jurídico-constitucional, ressalto que, no tocante à referida “viabilidade fática” da proposta, comumente se fala na “capilaridade” da Justiça estadual no Brasil, componente crucial a permitir o bom desempenho das funções administrativas relacionadas ao processo eleitoral.

A dispersão e a presença efetiva da magistratura estadual em todo o território nacional não podem ser constatadas, no mesmo nível e extensão, para a Justiça federal, que necessitaria recompor seus quadros, ampliando em muito suas fileiras, para ombrear com a forte presença e atuação da Justiça estadual nos diversos rincões do país.

É importante consignar, a esse propósito, que, em 2009, segundo levantamento do Conselho Nacional de Justiça, divulgado por meio do sistema de estatísticas “Justiça em números” em seu *site* oficial, o Brasil contou, em todo o território nacional, com 8.617 juízes estaduais atuando no primeiro grau de jurisdição, enquanto a Justiça federal, no mesmo período, contava com apenas 1.152 juízes no primeiro grau. Esse abismo entre a quantidade de magistrados se repete no número de servidores, sendo 227.554 para a Justiça estadual e 40.438 para a federal. Ou seja, a Justiça federal representa, em termos numéricos, aproximadamente, 15% da Justiça estadual.

Esse elemento numérico é significativo quando se trata de administrar eleições que devem ocorrer *uniformemente* e em todo o território nacional.

Vale mencionar, a esse propósito, que, ante a amplitude de funções destinadas à Justiça Eleitoral, seu exercício não é mais sazonal, mas praticamente permanente. A Justiça Eleitoral não funciona apenas de dois em dois anos, em alguns poucos meses. Para ilustrar essa realidade, basta perceber que, mesmo após o encerramento das eleições de 2010, a Justiça Eleitoral

encontrou-se, na sequência, com grande volume de trabalho, como ocorreu e permanece, ainda, com as hipóteses de verificação da prestação de contas dos candidatos. Além disso, e no campo administrativo, sempre se retomam os projetos de melhoria das urnas eletrônicas, buscando a ampliação daquelas que operam com identificação biométrica, a exigir recadastramento e educação eleitoral, tudo isso sem contar a função propriamente jurisdicional com o julgamento das inúmeras ações e recursos que estão a cargo dessa Justiça especializada, no que se devem incluir os pedidos de perda do mandato. Em paralelo, elabora-se um grande diagnóstico sobre diversos aspectos, tomando como base as informações das últimas eleições, para que se possa rever e melhorar a regulamentação das eleições de 2012.

2.2 Juiz de Direito: entre o juiz estadual, o federal e a Federação

Além da questão numérica e da atuação eleitoral contínua, do ponto de vista constitucional, a Justiça estadual está também habilitada diretamente, pois recebeu a incumbência para o processo eleitoral. Conforme determina expressamente a Constituição, pelo artigo 121⁶, compete ao *juiz de Direito* o exercício das funções jurisdicionais de primeira instância relacionadas com a lide propriamente eleitoral.

Isso nos remete à indagação sobre quem é o *juiz de Direito* referido na Constituição do Brasil. Isto é, a Constituição se refere a que autoridade quando menciona a expressão *juiz de Direito*? Em seguida, uma vez determinado que *juiz de Direito* é

⁶ Art. 121. Lei complementar disporá sobre a organização e competência dos tribunais, dos juízes de direito e das juntas eleitorais. § 1º – Os membros dos tribunais, os juízes de direito e os integrantes das juntas eleitorais, no exercício de suas funções, e no que lhes for aplicável, gozarão de plenas garantias e serão inamovíveis. § 2º – Os juízes dos tribunais eleitorais, salvo motivo justificado, servirão por dois anos, no mínimo, e nunca por mais de dois biênios consecutivos, sendo os substitutos escolhidos na mesma ocasião e pelo mesmo processo, em número igual para cada categoria. § 3º – São irrecorríveis as decisões do Tribunal Superior Eleitoral, salvo as que contrariarem esta Constituição e as denegatórias de “habeas-corpus” ou mandado de segurança.

o juiz estadual, cumprirá averiguar que relação existe entre essa atribuição e a organização/administração das eleições.

Convém registrar, por oportuno, que a expressão *juiz de Direito* tem alcance totalmente independente da conhecida *proposta dogmática* que contrapõe essa expressão à outra, igualmente recorrente, o *juiz de fato* ou *juiz dos fatos* (apontando nesse sentido: MÁRIO GUIMARÃES. *O Juiz e a função jurisdicional*. Rio de Janeiro: Forense, 1958, p. 75). Realmente, há juízos prioritária ou exclusivamente de fato (caso, em alguns sistemas, dos jurados) e há juízos circunscritos à decisão de Direito (caso do STF, quando em grau de recurso extraordinário, por exemplo). Esse apontamento, contudo, é científico e pode merecer ressalvas em seu uso conforme a realidade constitucional positivada dessa expressão em comento (como efetivamente ocorre no Brasil).

Além disso, a expressão *juiz de Direito* é, ainda no sentido *exclusivamente doutrinário*, comumente empregada de maneira genérica, como *sinônimo de magistrado*, ou seja, gênero no qual poderiam, abstratamente, ser reconduzidas todas as categorias de magistrados eventualmente criadas em uma dada realidade normativo-constitucional. Estamos, aqui, no campo das ideias, espaço desvinculado de qualquer comando constitucional positivo específico. Ficáramos, pois, com o significado que nos indicou Castro Nunes (1943, p. 503), quando afirmou que “magistrados são todos aqueles que exercem a função de julgar, em maior ou menor extensão”. Mas há uma acepção mais restrita, dentro dessa concepção doutrinária, completa o mesmo autor, conforme a qual “o magistrado se define [ainda] pela condição da vitaliciedade”.

Essas considerações doutrinárias não desautorizam nem pretendem desqualificar a adoção de outra terminologia num dado ordenamento jurídico concreto. E é exatamente nesse sentido que se insere a Constituição brasileira de 1988, ao se referir ao *juiz de Direito*. Isso porque, em nosso caso e para

a nossa realidade, a Constituição reporta-se *exclusivamente* aos juízes estaduais quando trata do *juiz de Direito*⁷.

Ademais, todas as referências aos juízes que atuam na primeira instância da Justiça federal ecoam, na Constituição de 1988, uma única terminologia (única e diversa da anterior), isto é, são identificados invariavelmente por uma única e mesma expressão, qual seja, *juízes federais*.

Essa diversidade de tratamentos (e seu rigor e coerência intraconstitucional) denota uma opção técnica pela distinção entre categorias diversas, evitando o uso de expressões genéricas e abertas, ensejadoras de *inclusividade total* (no sentido de que todas as espécies são bem-vindas), bem como evitando, ainda, expressões *desdiferenciadoras* (no sentido de eliminar as diferenças possíveis entre as palavras, aproximando e até igualando expressões, realidades e institutos distintos), expressões [desdiferenciadoras] causadoras de certa perplexidade na necessária unidade e harmonia constitucional. Este impecável proceder constitucional do Texto de 1988 gera uma técnica redacional de irresistível atração interpretativa.

A conclusão que se alcança aqui é significativa para o encaminhamento do estudo, pois a distinção entre o juiz de Direito e o juiz federal, formulada pela Constituição brasileira, não é apenas terminológica, mas de fundo. Aliás, análises como essa, envolvendo linguagem não “explícita e precisa” quanto aos órgãos e competências do Judiciário (LESSA, 1915, p. 19) têm sido constantes na História Constitucional brasileira desde a Primeira República (cf. a discussão sobre o sentido de “juízes e tribunais federais” nas normas da Constituição de 1891, especificamente sobre se abarcaria, tal expressão, a existência de tribunais singulares e coletivos de primeira instância, reverberando os tribunais coletivos de primeira instância criados pelo Decreto nº 1.030, de 14 de novembro de 1890). Desde essa época se nota, aliás, a

⁷ Não cabe, nos limites deste estudo, a discussão sobre se é esta a melhor opção terminológica a ser feita constitucionalmente. Mas certamente se trata de uma questão terminológica essencial.

distinção terminológica quanto ao tratamento da Justiça federal, diferenciando-a da chamada “Justiça local”, expressão consagrada pela doutrina da época como contraposição à Justiça federal.

Essa postura terminológica de fundo revela-se de forma evidente na análise do artigo que trata pontualmente da existência e composição dos próprios Tribunais Regionais Eleitorais (art. 120).

A Constituição brasileira destinou a jurisdição eleitoral de primeira instância aos juízes de Direito, expressão empregada aos juízes estaduais. Portanto, cabe por determinação constitucional aos juízes estaduais atuarem diante do Direito Eleitoral e, como explica Coelho (2010, 118), é nessa qualidade que são investidos dentro da circunscrição territorial de jurisdição eleitoral nacional, vinculando-se ao Tribunal Regional Eleitoral e ao Tribunal Superior do Trabalho.

2.2.1 Breve retrospectiva histórica

Para colher com mais ampla compreensão o sentido do uso da expressão *juiz de direito* e seus reflexos para a Justiça Eleitoral, é importante lembrar, muito rapidamente, o nascimento dessa específica Justiça.

A Justiça Eleitoral, no Brasil, como observam Velloso e Agra (2010), “foi fruto da Revolução de Trinta, que teve como um dos seus objetivos a moralização do procedimento eleitoral (na Primeira República era normal candidatos serem eleitos e terem sua diplomação negada pelo Poder Legislativo)”, tendo sido criada pelo Código Eleitoral de 1932. Entretanto, foi a Constituição de 1934 que a organizou e a elevou ao *status* constitucional. Nesta inauguração constitucional, o ponto marcante foi a descentralização e ampliação da Justiça Eleitoral, atribuindo a ela o *controle do processo eleitoral e das questões referentes à legitimidade do voto*.

Desde a primeira vez que a Constituição regulou a Justiça Eleitoral até o presente momento, foi adotada, sempre, a expressão *juiz de Direito*, utilizada de maneira a promover uma distinção quanto ao juiz federal, como decorria do artigo 82⁸ da Constituição de 1934.

Observe, ainda, rapidamente, que a Carta de 1937 estadualizou a Justiça federal. Eliminando-se toda a primeira instância federal, “as causas até então reservadas à jurisdição federal [...] passaram para os juízos locais de primeira e de segunda instância” (como lembrou Castro Nunes, *op. cit.*, p. 76). No contexto autoritário da vida nacional, também a Justiça Eleitoral foi severamente impactada, tendo sido promovida não apenas uma desconstitucionalização, mas, mais propriamente, sua extinção, que haveria de ser provisória. Contudo, no momento em que se operou a primeira supressão referida (primeira instância federal), pôde-se ratificar, com segurança, que o *juiz de Direito*, no Brasil, passou a ser expressão equivalente ao juiz estadual de primeira instância, o que acabou permanecendo ao longo da História constitucional positiva brasileira posterior.

A partir da análise da Constituição de 1946, em especial de seus artigos 112, 116 e 117⁹ (a Justiça Eleitoral foi novamente

⁸ “SEÇÃO IV

“Da Justiça Eleitoral

“Art. 82 – A *Justiça Eleitoral* terá por órgãos: o Tribunal Superior de Justiça Eleitoral, na Capital da República; um *Tribunal Regional* na Capital de cada Estado, na do Território do Acre e no Distrito Federal; e Juízes singulares nas sedes e com as atribuições que a lei designar, além das Juntas especiais admitidas no art. 83, § 3º [...].

“§ 3º – Os *Tribunais Regionais* compor-se-ão de modo análogo: um terço, dentre os *Desembargadores* da respectiva sede; outro do *Juiz federal* que a lei designar e de *Juízes de Direito* com exercício na mesma sede; e os demais serão nomeados pelo Presidente da República, sob proposta da Corte de Apelação. Não havendo na sede Juízes de Direito em número suficiente, o segundo terço será completado com *Desembargadores* da Corte de Apelação.” (original não grifado.)

⁹ “Art. 112 – Os *Tribunais Regionais Eleitorais* compor-se-ão: I – mediante eleição em escrutínio secreto:

“a) de três Juízes escolhidos pelo Tribunal de Justiça dentre os seus membros;

“b) de dois Juízes escolhidos pelo Tribunal de Justiça dentre os Juízes de Direito [...]

“Art. 116 – Será regulada por lei a organização das Juntas Eleitorais, a que presidirá um Juiz de Direito, e os seus membros serão nomeados, depois de aprovação do Tribunal Regional Eleitoral pelo Presidente deste.

contemplada, reafirmando os termos já apresentados, em momento imediatamente anterior a essa Constituição, na Lei Agamenon, de 1945), pode-se perceber que se retoma a distinção há pouco mencionada e, com ela, o conjunto gramatical *juiz de Direito* para indicar, com precisão técnica, que os juízes estaduais deveriam exercer a jurisdição eleitoral.

Na Constituição de 1967, a expressão *juiz de Direito* foi empregada, também, para mencionar a composição do Tribunal Regional Eleitoral, mas dessa vez, no artigo 126¹⁰, consta na sequência a expressão *juiz federal, sedimentando o caráter diferenciador de ambas as expressões*.

A mesma sorte lhe destinou a Emenda Constitucional nº 1 de 1969, no artigo 133¹¹.

A Lei Orgânica da Magistratura Nacional, a Lei Complementar nº 35, de março de 1979, seguiu essa mesma sistemática, como se percebe na distinção realizada entre *juiz de Direito* e *juiz federal* em alguns dispositivos e como ocorre nos artigos 9º e 22¹².

“Art. 117 – Compete aos Juízes de Direito exercer, com jurisdição, plena e na forma da lei, as funções de Juizes Eleitorais.

“Parágrafo único – A lei poderá outorgar a outros Juízes competência para funções não decisórias.” (original não grifado)

¹⁰ “Art. 126 – Os Tribunais Regionais Eleitorais compor-se-ão: I – mediante eleição, pelo voto secreto:

“a) de dois Juízes, dentre os Desembargadores do Tribunal de Justiça;

“b) de dois Juízes, dentre Juízes de Direito, escolhidos pelo Tribunal de Justiça;

“II – de Juiz Federal e, havendo mais de um, do que for escolhido pelo Tribunal Federal de Recursos” (original não grifado)

¹¹ “Art. 133. Os Tribunais Regionais Eleitorais compor-se-ão: I – mediante eleição, pelo voto secreto:

“a) de dois juízes dentre os desembargadores do Tribunal de Justiça; e

“b) de dois juízes, dentre juízes de direito, escolhidos pelo Tribunal de Justiça;

“II – de juiz federal e, havendo mais de um, do que for escolhido pelo Tribunal Federal de Recursos; e [...]” (original não grifado)

¹² “Art. 9º – Os Tribunais Regionais Eleitorais, com sede na Capital do Estado em que tenham jurisdição e no Distrito Federal, compõe-se de quatro Juízes eleitos, pelo voto secreto, pelo respectivo Tribunal de Justiça, sendo dois dentre Desembargadores e dois dentre Juízes de Direito; um Juiz Federal, escolhido pelo Tribunal Federal de Recursos, e na Seção Judiciária houver mais de um, e, por nomeação do Presidente da República, de dois dentre seis cidadãos de notável saber jurídico e idoneidade moral, indicados pelo Tribunal de Justiça.

É possível concluir com segurança, portanto, que qualquer discussão acerca de uma mudança, da Justiça estadual para a Justiça federal, de primeira instância, exigiria uma reforma *constitucional*. Para isso, os pressupostos e condicionantes a serem avaliadas são completamente diversos daqueles referentes a uma reforma legislativa.

2.2.2 A Justiça Eleitoral estadual como cláusula de cidadania federativa

Vou me ater, aqui, ao que considero um dos principais pontos a serem avaliados em uma proposta de reforma do porte daquela que pretende a mudança entre “Justiças” no Brasil. É que qualquer proposta que pretenda destinar o exercício da Justiça Eleitoral de primeira instância aos juízes e promotores federais, por envolver uma discussão constitucional, deve ser *confrontada com o modelo federativo brasileiro*, e como sintetizado pelo reconhecido estudioso do federalismo, o norte-americano G. Alan Tarr (2009, p. 95), todo sistema federativo é estruturado pela Constituição, que é responsável pela separação de poderes, pelo estabelecimento de instituições centrais, dispondo sobre as regras de resolução de disputas, além de proporcionar o seu próprio procedimento de alteração.

Observo, preliminarmente, que a Constituição de 1988, rompendo toda a discussão em torno do status dos municípios na organização do Estado brasileiro, declara, expressamente, que essas unidades compõem a Federação e são dotados de autonomia, são “integrantes de pleno direito da Federação brasileira”, como assinala o ministro Lewandowski no prefácio à obra de Manoel Carlos de Almeida Neto.

“Art. 22 – São vitalícios: [...]”

“II - após dois anos de exercício:

“a) os Juízes Federais;

“b) os Juízes Auditores e Juízes Auditores substitutos da Justiça Militar da União;

“c) os Juízes do Trabalho Presidentes de Junta de Conciliação e Julgamento e os Juízes do Trabalho Substitutos;

“d) os Juízes de Direito e os Juízes substitutos da Justiça dos Estados, do Distrito Federal e dos Territórios, bem assim os Juízes Auditores da Justiça Militar dos Estados. (Redação dada pela Lei Complementar nº 37, de 13.11.1979)” (original não grifado)

Portanto, no Brasil, como se sabe, já não se pode falar em uma estrutura clássica binária, formatada nos albores do constitucionalismo, com a União e os estados federados convivendo sobre o mesmo território geográfico em regime de dualidade isolacionista no que tange à partilha de responsabilidades e competências. Há, no Brasil, três esferas de governo diversas, compartilhando o mesmo território e povo e atuando de maneira cooperativa: a federal, a estadual e a municipal.

Ao município foi constitucionalmente reconhecida forte e irreversível autonomia, assim como aos estados-membros. E isso tem um significado constitucional considerável, pois a Constituição procurou *reforçar a desconcentração de “poderes” dentro da Federação*, com o estabelecimento de um elo mais próximo – e por isso mais forte – entre o cidadão e o seu governo, que é, em um primeiro momento, o governo local. No percutiente registro de Reis (2010, p. 42), “o conceito de cidadania deixou de ser estritamente político para ter um sentido social”. Trata-se de um dos pilares do Estado (TAVARES, 2010, p. 1.027), cujo alcance é amplo e não pode ser desconhecido do intérprete constitucional, especialmente na ligação entre cidadania e realização social. E a proximidade com a Justiça Eleitoral, em cada município, é um fator de alta relevância para a segurança social do cidadão.

Os municípios representam uma excelente fórmula de descentralização administrativa do Estado. Quanto mais descentralizado o exercício do poder do Estado, maiores as chances de participação política do cidadão e, por consequência, mais elevado o nível democrático que se pode alcançar. E essa é uma opção constitucional.

No âmbito dos municípios, que não contam com uma rede própria de Judiciário, tem-se a figura do juiz de Direito, isto é, do juiz estadual, que se ocupa das lides envolvendo as questões municipais e estaduais, embora, em grande parte, mediante aplicação de leis federais (nacionais).

A presença do juiz de Direito, mencionado anteriormente, nos inúmeros rincões do Brasil certamente ingressou como elemento decisivo no cálculo constitucional (constituente) da distribuição de competências judiciais em matéria eleitoral. Isso significa que a atribuição ao juiz de Direito da responsabilidade eleitoral encontra-se umbilicalmente inserida na temática federativa brasileira. Não se trata, portanto, aqui, de proposta doutrinária ou de opção deste ou daquele estudioso. A descentralização foi, como dito, uma escolha constitucional expressa e inadiável no Brasil.

Não pode haver dúvida de que o deslinde das disputas e lides eleitorais demanda, necessariamente, um grau de presença geográfica e social que só é alcançado, no Brasil, ainda hoje (e, com mais força, no momento em que se escreveu a Constituição de 1988), pelo Judiciário estadual, considerando-se a sua capilaridade social e territorial.

Seria impróprio fechar os olhos às implicações federativas de uma transposição de competências da magistratura estadual para a federal, especialmente em tema eleitoral. Além de temerária, quando apresentada sem fortes justificativas e explicações, pode receber uma leitura inadequada, de superioridade da Justiça federal.

Estando os estados-membros, numa federação, autorizados a serem os justos julgadores das causas eleitorais, de *repercussão* municipal e estadual, a reordenação dessa competência para afetá-la à Justiça federal importa em gravame federativo inescusável, além de alinhar-se a um movimento subversivo de forte concentração. *Não se trata, aqui, de questionar a competência técnica, o preparo intelectual ou a capacidade jurídica da Justiça federal.* Trata-se apenas de fazer respeitar uma opção constitucional pela Justiça estadual e, mais do que isso, uma opção de ordem nitidamente federativa e, mais do que isso, do que chamo de *cidadania federativa*, quer dizer, uma escolha que passou a integrar o patrimônio federativo brasileiro e do

cidadão. Não se pode olvidar que a forma federativa de Estado desenhada em 1988 é considerada uma cláusula de eternidade. *E a cláusula federativa, nesta matéria, é uma cláusula da cidadania federativa instaurada em 1988.*

Na conjunção entre as implicações constitucionais, federativas e de realização da cidadania, a conclusão é uma só: não se pode, pura e arbitrariamente, destituir o Judiciário estadual da competência eleitoral na primeira instância, com prevalecimento da federal, sem propiciar grave distorção e retrocesso certo. Digo isso no sentido de que uma destituição desse porte só poderia significar uma punição injustificada à Justiça estadual, injustiça potencializada pela excelência com que essa Justiça vem conduzindo o processo eleitoral no Brasil, especialmente nas últimas duas décadas.

3 A vedação a uma reformulação judiciária eleitoral vazia de justificativa social

O Brasil tem assistido a muitas experiências trágicas em termos de reformulação judiciária, algumas destituídas de legitimidade constitucional e outras de evidente inefetividade e indiferença para com o cidadão. A cidadania e a efetividade social devem constituir os únicos moles para alterações no âmbito judiciário, alterações da categoria desta aqui avaliada.

Esta minha afirmação parte de categorias constitucionais que apenas mais recentemente receberam atenção e preocupação. Não se pode permanecer a tolerar a insuficiência legislativa (e normativa em geral) do parlamento no sentido de subordinar-se, a sociedade, a normas vazias de finalidades reais, constitucionais e legítimas. Em qualquer Estado constitucional, o Poder Legislativo há de estar verdadeiramente limitado e deve ser contida a chamada “fúria legislativa”, especialmente

quando indiferente à sociedade, às necessárias motivações e finalidades.

Essa constatação indica, ainda, um ponto de saturação, por parte da cidadania brasileira, que merece ser ponderado e respeitado por quem quer que pretenda encaminhar novas mudanças: a Constituição desautoriza a mudança pela mudança, assim como desautoriza a mudança para agradar grupos ou interesses não diretamente ligados à (ou interessados na) melhoria da prestação jurisdicional; também devem ser rejeitadas as mudanças sem referenciais minimamente seguros quanto à essencialidade ou aproveitamento da mudança em si mesma. Mudanças relacionadas a questões de competência judicial, quando realizadas de maneira indiferente ou com baixo compromisso com a cidadania, têm resultado em direto prejuízo para o cidadão que busca no Judiciário a realização plena de seus direitos e da democracia como modelo adequado de representação política da vontade geral. Essas categorias de mudanças imprudentes são intoleráveis no Estado constitucional.

Ademais, a confusão e o prejuízo para o usuário dos serviços judiciais devem também ser sempre ponderados em relação à mudança pretendida. A recente mudança na história constitucional pátria, de regras de competência entre a Justiça trabalhista e a Justiça comum, comprovam a penalização, do usuário dos serviços judiciais, que uma mudança competencial pode gerar.

Em conclusão, deixo o registro de que o arranjo da Justiça Eleitoral é não apenas de magnitude constitucional; além disso, está enraizado em nosso modelo federativo, contribuindo para sua manutenção e seu fortalecimento, bem como da cidadania plena, horizonte de busca incessante pelo Estado. Aproxima-se o juiz eleitoral do cidadão, inclusive nos locais mais remotos desse país. Essa é uma nota extremamente cara às organizações, à administração das eleições e ao processo eleitoral, conduzidos pela Justiça estadual de primeira instância.

Nesse sentido, e nos termos acima indicados, não se pode aceitar a mudança pela mudança, uma mudança para acomodar interesses espúrios, inconfessáveis ou corporativos, indiferentes à realização da Justiça e à promoção do bem-estar social. Se adotarmos as premissas alopoiéticas do sistema eleitoral indicadas por Agra (2010), chegaremos à conclusão de que a mudança que se pode demandar e admitir desse e para esse sistema é aquela com suporte na própria democracia constitucional, que esteja “em sintonia com a evolução dos institutos da democracia” (AGRA, 2010, p. 175).

A Constituição, como diploma normativo superior, fruto de um pacto social em dado momento histórico da sociedade, contém um equilíbrio muito delicado, que impõe, acima de tudo, o respeito no Estado Constitucional de Direito. Sua constante e injustificada alteração¹³ vai solapando-lhe as bases de seu arranjo normativo intrínseco, de sua austeridade normativa, de sua sustentabilidade social original, desfigurando-a.

Esse endereçamento inconsequente cobra um alto preço do estágio avançado (ou a avançar e consolidar) de nosso Estado Constitucional e Social de Direito, por ensejar o constante debate sobre a superação de um legítimo texto constitucional¹⁴, banalizando e fragilizando a Constituição e os direitos humanos fundamentais. Como bem observou Carpizo (2008, p. 124), há uma preocupação legítima de que possam ocorrer retrocessos na democracia da América Latina, “inclusive no aspecto eleitoral”, pois em muitos casos o Estado “não possui os instrumentos jurídicos e políticos [...] para reforçar a proteção dos direitos humanos”, pois não é possível sustentar a democracia sem os “direitos ou justiça sociais”. A democracia cobra atenção constante por parte de seus legítimos interessados. Estejamos atentos aos motivos e finalidades pretendidos por reformistas e por reformas normativas.

¹³ Este foi também o sentido adotado por Moniz Sodré contra as reformas constitucionais que se pretendiam impor ao Judiciário, no início do século passado.

¹⁴ É evidente que as Constituições, em algum momento, ensejam uma mudança ou mesmo substituição plena, igualmente legítima. Porém, isto ocorre em contextos temáticos muito mais amplos ou cruciais para a sociedade e seu bem-estar consensuado do que o contexto aqui discutido.

Referências

AGRA, Walber. Do direito dos partidos à vaga dos suplentes. *Revista Estudos Eleitorais*. v. 5, n. 3, set./dez. 2010, p. 167-191.

ARAGÃO, Antônio Moniz Sodré de. *O Poder Judiciário na revisão constitucional*. São Paulo: Saraiva, 1929.

CARPIZO, Jorge. *Concepto de democracia y sistema de gobierno en América Latina*. Lima: Idemsa, 2008.

COELHO, Marcus Vinicius Furtado. *Direito eleitoral e processo eleitoral: direito penal eleitoral e direito político*. 2. ed. rev., atual. e amp. Rio de Janeiro: Renovar, 2010.

GUIMARÃES, Mário. *O juiz e a função jurisdicional*. Rio de Janeiro: Forense, 1958.

LESSA, Pedro. *Do Poder Judiciário*. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1915.

NUNES, Castro. *Teoria e prática do Poder Judiciário*. Rio de Janeiro: Forense, 1943.

REIS, Palhares Moreira. Noção de povo na Constituição de 1988. *Revista Estudos Eleitorais*, v. 5, n. 2, maio/ago., 2010, p. 42-49.

TARR, G. Alan. Federalismo e espaço constitucional subnacional. *Revista Brasileira de Estudos Constitucionais*, Belo Horizonte: Fórum, ano 3, n. 10, p. 95-126, abr./jun. 2009.

TAVARES, André Ramos. *Curso de direito constitucional*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

TELLES, Olivia Raposo da Silva. *Direito eleitoral comparado: Brasil, Estados Unidos, França*. São Paulo: Saraiva, 2009.

VELLOSO, Carlos Mário da Silva; AGRA, Walber de Moura. *Elementos de direito eleitoral*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

ZILIO, Rodrigo López. *Direito eleitoral: noções preliminares, elegibilidade e inelegibilidade, processo eleitoral (da convenção à prestação de contas), ações eleitorais*. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2010.

A TAXIONOMIA DAS INELEGIBILIDADES

WALBER DE MOURA AGRA¹

Resumo

Defende que as normas eleitorais precisam estabelecer critérios isonômicos de participação no processo político, refletindo os eflúvios da soberania popular, outorgando a cada cidadão a prerrogativa de participar da disputa por qualquer cargo eletivo almejado. Postula que a regulamentação das inelegibilidades não pode destoar desses princípios. Conclui que, embora o STF e o TSE entendam que as inelegibilidades não têm a taxionomia de sanção, as inelegibilidades cominadas apenas podem ser aplicadas a fatos jurídicos ocorridos após a entrada em vigor da Lei da Ficha Limpa.

Palavras-chave: Legislação eleitoral. Processo político. Candidato. Elegibilidade. Inelegibilidade. Lei da Ficha Limpa.

Abstract

Argues that the electoral rules must establish criteria of equality for participation in the political process, reflecting the effluvia of popular sovereignty and giving to each citizen the right to participate in the dispute for any elective office. Postulates that the regulation of ineligibility can not distune with those principles. It concludes that though the Supreme Court and the Superior Electoral

¹ Mestre pela UFPE, doutor pela UFPE/Università degli Studi di Firenze. Pós-doutor pela Université Montesquieu Bordeaux IV. Presidente da Comissão de Direito Eleitoral da OAB/PE. Vice-diretor da EJE-TSE.

Court understand that ineligibility does not have the taxonomy of sanction, the comminated inelegibilities can only be applied to facts that occurred after the entry into force of the Complementary Law nº 135/2010 (named “Ficha Limpa”).

Keywords: Electoral legislation. Political process. Candidate. Eligibility. Ineligibility.

1 Introdução

O Direito Eleitoral ostenta a missão de solidificar o alicerce onde a cidadania reverbera seu apogeu, normatizando todo o processo eleitoral que não pode ser resumido apenas às eleições. Ele contribui para o desenvolvimento da responsabilidade do cidadão com a coisa pública, intensificando o grau da democracia participativa e densifica a legitimação do governo em virtude de possibilitar vários instrumentos de controle de políticas públicas.

A participação nas decisões políticas, por si só, deve ser considerada como um prazer e um privilégio ao cidadão, sem carecer de conotações pecuniárias ou proximidade com o poder. A finalidade de cada componente da sociedade é servir aos interesses coletivos, mesmo que para isso seja imperioso o sacrifício de seus próprios interesses pessoais. Esse é a cerne do republicanismo (AGRA, 2008, p. 33).

Para que todos possam ter as mesmas possibilidades no processo democrático, as leis eleitorais precisam propiciar o maior nível de isonomia possível, ofertando mecanismos que possam coibir abusos. Nesse diapasão, não se podem agasalhar preceitos casuísticos, mesmo embasados de conotações morais, pois se deve buscar o invariável apego às *regras do jogo*, sem se desviar das finalidades almejadas em um regime democrático (BOBBIO, 2004).

A obrigatoriedade de os atores políticos se manterem fiéis às regras do jogo eleitoral é condição *sine qua non* para o funcionamento das engrenagens democráticas. Dos participantes ativos e passivos desse processo exige-se o fiel apego às normas eleitorais estabelecidas, porque estas têm o condão de garantir uma maior lisura nas eleições, estabelecendo uma aura de legalidade durante o percurso eleitoral.

Além da estabilização dos imperativos legais eleitorais e seu cumprimento, urge que a dinâmica eleitoral propicie a alternância de poder. Ela consiste em uma prática imperativa para o fortalecimento da democracia, ao passo que exige uma participação efetiva dos cidadãos, seja como candidato, seja como eleitor, proporcionando uma aura de legitimação social inexorável para o rumo da *polis*, expurgando-se o espectro do patrimonialismo e do nepotismo.

Assim sendo, dentre outras estipulações pragmáticas, as normas eleitorais precisam estabelecer critérios isonômicos de participação no processo político, refletindo os eflúvios da soberania popular, outorgando a cada cidadão a prerrogativa de participar da disputa por qualquer cargo eletivo almejado.² Nesse mister, a regulamentação das inelegibilidades não pode destoar desses princípios, muito pelo contrário, precisam ser construídas como barreiras para afastar os cidadãos carentes de *jus bonorum* do trato com a coisa pública.

2 Condições de elegibilidade

A *Lex Mater* estipulou alguns pressupostos fundamentais para que o cidadão possa participar do certame eleitoral, almejando determinado cargo eletivo, no que denominou-os de condições de elegibilidade. São denominados pressupostos

² O professor Tercio Sampaio Ferraz Júnior estabelece a distinção entre a lei considerada como ato estatal e o que seria o seu espírito, revelado pelas convicções comuns da sociedade (*Introdução ao estudo do direito*, p. 223).

porque são requisitos insofismáveis para o nascimento de um ato jurídico. A ausência de apenas um deles provoca a sua não validação normativa.

O legislador constituinte as escolheu porque sem elas a cidadania, passiva e ativa, não se acha constituída. Obviamente, foram escolhas discricionárias, mas consideradas essenciais naquele contexto histórico. Foram regulamentadas no art. 14, § 3º da Constituição Federal e são as seguintes: nacionalidade brasileira; pleno exercício dos direitos políticos; alistamento eleitoral; domicílio eleitoral na circunscrição; filiação partidária; idade mínima.

As condições de elegibilidade não podem ser interpretadas como um direito inexorável à condição humana, mesmo sendo consideradas como um direito subjetivo dos cidadãos, ou seja, uma prerrogativa que pode ser utilizada mediante aspecto volitivo somente pode ser exercida se todos os elementos exigidos no art. 14, § 3º, forem perfeitamente atestados. Faltando um desses pressupostos, o direito subjetivo desaparece e impede-se a prerrogativa de disputar mandatos eletivos.

Como as condições de elegibilidade são consideradas cláusulas pétreas, núcleo intangível da Constituição, seu elenco não pode ser acrescido de forma que impeça o exercício da cidadania passiva. O Poder Reformador tão somente pode acrescentar novos pressupostos se estiverem em sincronia com o bloco de constitucionalidade formatado pela *Lex Mater* de 1988.

O momento para se atestar o preenchimento de todos os pressupostos legais no que tange a elegibilidade configura-se no ato do pedido de registro da candidatura, não podendo ser aditado posteriormente, no momento das eleições ou da posse. Havendo a ausência de uma das condições de elegibilidade, a Justiça Eleitoral não poderá conceder o registro da candidatura, impedindo o surgimento da elegibilidade, da condição de o

cidadão ser elegível.³ Com efeito, uma vez preenchidas todas as condições de elegibilidade e concedido o registro da candidatura, nasce, portanto, a elegibilidade, configurando-se um direito subjetivo do cidadão com eficácia erga omnes, oponível contra todos.

Qualquer tentativa de impedir o registro de uma candidatura, exigindo-se condições de elegibilidade não previstas na Constituição, representa inconstitucionalidade crassa, passível de ser combatida pelos instrumentos do controle concentrado ou difuso de constitucionalidade.

Não há dúvidas de que o momento para se aferir as condições de elegibilidade é o do registro eleitoral, todavia, a legislação eleitoral e o Tribunal Superior Eleitoral consideram possível a perda do direito à elegibilidade em face de fatos supervenientes à data de obtenção do registro da candidatura, desde que provoquem alteração nas condições de elegibilidade. Havendo tal fato, não é possível arguir o direito adquirido à elegibilidade ou a coisa julgada.⁴

Todavia, para se candidatar a qualquer cargo público, não basta o preenchimento das condições de elegibilidade, que são pressupostos para o exercício da cidadania passiva. Urge não incidir em nenhuma das hipóteses de inelegibilidade – causas que retiram a prerrogativa da elegibilidade – relacionadas na Constituição ou em lei complementar (PINTO, 2008, p. 141). O eleitor precisa preencher as condições de elegibilidade e não incorrer em nenhuma das causas de inelegibilidade, tanto as inatas quanto as cominadas.

³ “Registro. Inelegibilidade. Rejeição de contas. - A jurisprudência deste Tribunal é firme, no sentido de que as condições de elegibilidade e as causas de inelegibilidade são aferidas no momento do pedido de registro, não podendo, portanto, ser considerados decretos de rejeição de contas editados após essa ocasião, a fim de sustentar a inelegibilidade do art. 1º, I, g, da Lei Complementar nº 64/90. [...]” (Ac. de 12.11.2008 no AgR-REspe nº 33.038, rel. Min. Arnaldo Versiani.)

⁴ “Inelegibilidade. Rejeição de contas. 1. As condições de elegibilidade e as causas de inelegibilidade devem ser aferidas a cada eleição, na conformidade das regras aplicáveis no pleito, *não cabendo cogitar-se de coisa julgada, direito adquirido ou segurança jurídica.* [...]” (Ac. de 25.11.2008 no AgR-REspe nº 32.158, rel. Min. Eros Grau, red. designado Min. Arnaldo Versiani.)

As condições de elegibilidade podem ser consideradas como fator jurídico positivo que possibilitam aos cidadãos disputarem batalhas políticas (DECOMAIN, 2004, p. 10), enquanto as inelegibilidades são situações jurídicas, de cunho negativo, que surgem após a verificação das condições de elegibilidade, impedindo a prerrogativa de ser votados no processo eleitoral.

Como analogia, os dois institutos apresentam a mesma consequência, que é retirar do cidadão sua possibilidade de disputar eleições. Quanto às diferenças, são substanciais. As inelegibilidades só podem aparecer quando já forem concretizadas as condições de elegibilidade. Sem que elas tenham sido cumpridas, não há que falar em inelegibilidade. Estas atuam diretamente naquelas, cerceando o direito subjetivo de disputar eleições. As primeiras são direitos subjetivos da coletividade, considerados como cláusulas pétreas, enquanto as segundas são situações jurídicas. Por fim, as condições de elegibilidade são pressupostos imprescindíveis à formação de um direito, enquanto as inelegibilidades são situações jurídicas advindas da realidade fática, que se amoldam em tipologias normativas que estabelecem um risco de macular a lisura e isonomia das eleições.

3 Conceito de inelegibilidade

Inelegibilidade é a impossibilidade de o cidadão ser eleito para cargo público, em razão de não poder ser votado, ceifando-o de exercer seus direitos políticos na forma passiva. Em decorrência, fica vedado até mesmo o registro de sua candidatura; não obstante, sua cidadania ativa, o direito de votar nas eleições, permanece intacto (AGRA; VELLOSO, 2010, p. 76).

Niess (1994, p. 5) sustenta que a inelegibilidade consiste no obstáculo posto pela Constituição Federal ou por lei complementar ao exercício da cidadania passiva, em razão de sua condição ou em face de certas circunstâncias. Consoante

aos ensinamentos de Gomes (2010, p. 141), a inelegibilidade é um impedimento ao exercício da cidadania passiva que torna o cidadão impossibilitado de ser escolhido para ocupar cargo político eletivo.

A inelegibilidade não elide a cidadania de maneira integral, pois há a preservação da capacidade de votar normalmente nos pleitos. O cerceamento refere-se ao exercício de cargos públicos, pois o cidadão não apresenta *dignitas* suficiente para representar seus pares nas esferas de poder. Não obstante, sua duração é temporária, estendendo-se ao cumprimento da sanção ou à permanência da situação jurídica que a acarretou.⁵

Os pressupostos materiais que provocam o surgimento das inelegibilidades são a imparcialidade da administração pública, direta ou indireta, condição subjetiva, e a neutralidade do poder econômico, condição objetiva (MENDES, 1994, p. 132).

O seu primeiro fundamento ético é a preservação do regime democrático e seu funcionamento pleno, garantindo a moralidade e a luta contra o abuso do poder político e econômico (FERREIRA, 1989, p. 313). O segundo fundamento se configura na defesa do princípio da isonomia, assegurando que os cidadãos tenham as mesmas oportunidades para disputar cargos públicos, sem que a ingerência do poder econômico e político sejam as linhas mestras para obtenção de mandatos representativos. O terceiro deflui do regime republicano, protegendo a oportunidade de todos ocuparem cargos públicos e impedindo a perpetuação de mandatários no poder.

As inelegibilidades apenas podem ser normatizadas por normas constitucionais ou por lei complementar porque representam uma limitação clara à soberania popular, esteio de toda a estrutura de legitimidade do Estado Social Democrático

⁵ “[...] A inelegibilidade importa no impedimento temporário da capacidade eleitoral passiva do cidadão, que consiste na restrição de ser votado, não atingindo, portanto, os demais direitos políticos, como, por exemplo, votar e participar de partidos políticos. [...]” (Ac. de 3.6.2004 no AgRgAg no 4.598, rel. Min. Fernando Neves.)

de Direito. Nesse diapasão, em virtude de seu caráter restritivo, devem ter uma interpretação mitigada, cerceada, sem interpretação extensiva que possa impedir o regime democrático de se desenvolver, mormente quando as restrições representam tautológico acinte às garantias fundamentais dos cidadãos.

Os casos de inelegibilidade estão contidos na Constituição Federal e na Lei Complementar nº 64/90, com as modificações realizadas pela Lei Complementar nº 135/2010, que expõem os prazos de impedimento ao exercício da cidadania passiva, com a finalidade de proteger a probidade administrativa, a moralidade no exercício do mandato, considerando a vida pregressa do candidato e a normalidade das eleições contra a influência do poder econômico ou o abuso do exercício de função ou emprego na administração direta ou indireta (art. 14, § 9º, da CF).

As normas constitucionais que tratam das inelegibilidades são classificadas como mandamentos de eficácia plena, produzindo todos os seus efeitos. Obviamente, não há impeditivo para que normas infraconstitucionais possam especificar a aplicação dessas estruturas normativas localizadas na Lei Maior. Deve-se ressaltar que, conforme o art. 14, § 9º, da Constituição Federal, outras causas podem ser introduzidas por meio de lei complementar. Dessa forma, as causas de inelegibilidade não são *numerus clausus*, podendo novas hipóteses ser realizadas pelo legislador ordinário.

O fato de as inelegibilidades serem ameadadas por leis complementares não lhes dá um status jurídico maior que as leis ordinárias ou as medidas provisórias, por exemplo. Cada espécie normativa apresenta espaço específico de atuação, variando de acordo com a matéria a ser disciplinada. Em regra, uma lei complementar que disponha sobre inelegibilidade somente pode ser revogada por outra lei complementar, a não ser que essa norma exorbite sua esfera de atuação e também trate de procedimentos eleitorais.

4 Inelegibilidade absoluta e relativa

A arte de classificar, entendida como metódica epistemológica, adquiriu proeminência teórica com Aristóteles, que a considerava imprescindível para auferir a essência e extensão de um objeto. Depois, foram os Escolásticos, seguindo as lições de São Tomás de Aquino, que privilegiaram a classificação no sentido de conceituar elementos de acordo com as peculiaridades que os unia.

O resultado de uma classificação será interessante se tiver alguma utilidade pragmática, em que sua divisão não seja só um ornamento retórico e possa ter consequências práticas consideráveis. Nesse descortínio, advém a utilidade da classificação das inelegibilidades em espécies que representem nuances práticas consideráveis, havendo a obrigatoriedade de erigir alicerces teóricos e pragmáticos robustos nas especificações resultantes.

A primeira classificação enfocada, meramente para facilitar o escopo do presente trabalho, consiste em dividir as inelegibilidades em absolutas e relativas. As primeiras consistem em um estorvo para o exercício de qualquer cargo eletivo, independentemente de qual seja o ente federativo ou de sua relevância para a estrutura de poder estabelecida. As segundas são obstáculos ao exercício de certos cargos em decorrência da condição jurídica do cidadão, o que faz que eles tenham que ser suprimidos para a recuperação da cidadania passiva. Em suma, pode-se dizer que as primeiras são amplas, enquanto as segundas são restritas, limitando o exercício de específicos mandatos eleitorais ou pleitos determinados (AGRA, 2009, p. 302).

As inelegibilidades absolutas estão determinadas na Constituição, como os inalistáveis, ou contidas em sede de mandamento infraconstitucional, como as advindas da prática de ato antijurídico, comissivo ou omissivo. Podem ainda se subdividir em inatas, quando adstritas a uma subsunção

normativa, e sancionatórias, advindas de uma reprimenda por descumprimento de mandamento jurídico.

As inelegibilidades relativas igualmente estão determinadas na Constituição, como as oriundas de laços de parentesco, ou contidas em sede de mandamento infraconstitucional, como a dos ocupantes de cargos no serviço público. Ao contrário das inelegibilidades absolutas, essas sempre serão inatas, porque a situação jurídica de restrição pode ser ilidida pelo afastamento da conduta tipificada ou pela escolha de outro cargo em disputa. Já uma sanção, uma vez aplicada, abrange todos os cargos, independentemente de sua especificação.

Pinto Ferreira divide as inelegibilidades relativas em funcional, no que diz respeito ao exercício de certas funções que destoariam da condição isonômica dos postulantes, e de parentela, originada de laços sanguíneos, afins ou afetivos (1973, p. 148).

As limitações funcionais provêm do exercício de determinados cargos, no que evita que seus detentores possam abusar do poder político ou econômico para obter êxito na disputa eleitoral. A inelegibilidade deixa de existir se o candidato se desincompatibilizou do cargo no prazo fixado em lei. Trata-se, portanto, de um obstáculo relativo, porque pode ser superado mediante a desincompatibilização, que é o afastamento do cargo dentro de determinado lapso temporal previsto em lei.⁶

Imbuída do mesmo fator teleológico de evitar a utilização da máquina pública, utilizada para ajudar parentes candidatos, a Constituição tornou inelegíveis o cônjuge e os parentes consanguíneos ou afins, até o segundo grau, ou por adoção (civil ou afetiva), do presidente da República, dos governadores, dos prefeitos e dos seus sucessores e substitutos. Nesse sentido, a inelegibilidade por laços

⁶ “Para concorrerem a outros cargos, o presidente da República, os governadores de estado e do Distrito Federal e os prefeitos devem renunciar aos respectivos mandatos até seis meses antes do pleito” (Art. 14, § 6º, da CF)

familiares permanece somente na área de atuação dos cargos referidos.⁷ Seu objetivo é permitir que fatores meritocráticos sejam os preponderantes nos pleitos eleitorais, sem que eles fiquem obnubilados por liames gentílicos.⁸

A última limitação se configura na vedação em decorrência de reeleição. A partir da Emenda Constitucional nº 16, é possível uma única reeleição, para período subsequente, no Executivo, o que representa uma quebra da tradição republicana brasileira de impedir qualquer tipo de reeleição para cargo no Executivo. Essa tradição histórica, aliás, restrição contida em muitos ordenamentos estrangeiros, tenciona impedir que o candidato a reeleição utilize políticas públicas para conseguir um novo mandato. É considerada relativa porquanto o mandatário pode ser candidato a outros cargos, desde que tenha se desincompatibilizado no tempo devido.

5 Inelegibilidades constitucionais

As inelegibilidades constitucionais são as que estão contidas na Lei Maior. Sempre devem ser delineadas de forma explícita, haja vista que, como são restrições a prerrogativas de primeira dimensão, devem obedecer ao primado da legalidade no que impede ilações conceituais *praeter legem* ou de natureza judicial (TAVARES, 2010, p. 813).

São classificadas em absolutas e relativas. De forma abrangente, são as seguintes: dos inalistáveis; dos analfabetos; referente a reeleição para cargos do Executivo; do cônjuge e

⁷ É entendimento pacífico do Tribunal Superior Eleitoral que esta restrição abrange também o companheiro(a), o irmão(a), a concubina. TSE, Súmula 6: “É inelegível para o cargo de prefeito o cônjuge e os parentes indicados no § 7º do Art. 14 da Constituição, do titular do mandato, ainda que este haja renunciado ao cargo há mais de seis meses do pleito.”

⁸ Configura orientação pacífica do Tribunal Superior Eleitoral que a separação judicial ou o divórcio, verificados no curso do mandato, não afastam a inelegibilidade do cônjuge para o mesmo cargo (BRANCO; MENDES, 2011, p. 774).

dos parentes do presidente da República, de governadores, prefeitos e de seus sucessores e substitutos e no caso de inabilitação para o exercício de função pública motivada pela prática de ato antijurídico.

Uma diferença processual entre as inelegibilidades constitucionais e as infraconstitucionais é que, nas segundas, opera-se a preclusão, ou seja, se não forem arguidas no prazo devido, serão convalidadas e reputar-se-ão válidas. As constitucionais não se sujeitam a preclusão, podendo ser arguidas a qualquer momento, em razão de seu caráter público, não havendo possibilidade de a mácula ser convalidada.⁹

A maior parte das inelegibilidades constitucionais é considerada como inata, sendo o resultado do enquadramento do fato na tipologia descrita normativamente sem a imputação de nenhum tipo de sanção. Alguns casos conceituam-se como cominatórias, impondo uma reprimenda diante do descumprimento legal, como a estipulada no art. 52, parágrafo único, da Lei Maior.¹⁰

6 Inelegibilidade infraconstitucional

As inelegibilidades infraconstitucionais auferem sua validade do art. 14, § 9º, da Constituição Federal, no que assevera que lei complementar pode ampliar os casos de inelegibilidade, a fim de proteger a probidade administrativa, a moralidade para o exercício de mandato, considerada a vida pregressa do candidato, e a normalidade e legitimidade das eleições contra a influência do poder econômico ou o abuso do exercício de função, cargo ou emprego na administração direta ou indireta.

⁹ O art. 259 do Código Eleitoral expõe que são preclusivos os prazos para interposição de recurso, exceção feita quando se discutir matéria constitucional.

¹⁰ Art. 52, parágrafo único da CF: “Nos casos previstos nos incisos I e II, funcionará como presidente o do Supremo Tribunal Federal, limitando-se a condenação, que somente será proferida por dois terços dos votos do Senado Federal, à perda do cargo, com inabilitação, por oito anos, para o exercício de função pública, sem prejuízo das demais sanções judiciais cabíveis.”

Denomina-se inelegibilidade infraconstitucional porque prevista por intermédio de disposição que não está contida na Lei Maior, sendo sua regulamentação realizada por meio de lei complementar. Caso sua regulamentação seja realizada por meio de outro instrumento normativo, estar-se-á realizando uma inconstitucionalidade material.

Com o escopo de evitar que o legislador infraconstitucional pudesse ter um alto teor de discricionariedade que expurgasse cidadãos da vida pública, Pontes de Miranda sustenta que existe um determinado conteúdo jurídico nas regras de inelegibilidade. De acordo com o douto, somente condutas que ofendessem o regime democrático, a probidade administrativa ou a normalidade das eleições e o abuso político ou econômico poderiam ser tipificadas como causas de inelegibilidade infraconstitucionais (MIRANDA, 1970, p. 596).

Sua regulamentação realiza-se por intermédio da Lei Complementar nº 64, com as alterações promovidas pela Lei Complementar nº 135, classificando-se como absolutas e relativas, inatas e cominadas. Nas inelegibilidades cominadas, não se pode mencionar que haja a preponderância de uma classificação com relação a outras, tudo dependendo do aspecto volitivo do legislador ordinário.

Apenas, como já ressaltado, não podem ser implícitas em respeito ao princípio da legalidade estrita e da supremacia normativa do parlamento, no que afasta terminantemente possibilidade de jurisprudencialização.

7 Inelegibilidades inatas e cominadas

Quanto à natureza da motivação que acarretou a impossibilidade do exercício da cidadania passiva, as inelegibilidades podem ser consideradas como inatas ou cominadas, classificação que trará sérias ilações ao processo eleitoral, especificamente na determinação dos efeitos intertemporais quando do surgimento de uma nova lei.

Inatas são aquelas cuja subsunção normativa encontra configuração na seara prática, isto é, há uma descrição normativa que se molda a um fato jurídico, forcejando a consequência de um impedimento, sem que seja configurado um castigo por uma conduta denominada como nefasta ao ordenamento.

Cominadas são aquelas provenientes de fatos jurídicos que provocam uma sanção em virtude de um ato ilícito descrito pelas normatizações eleitorais. Uma determinada conduta, em regra tipificada como dolosa, acarreta uma consequência que é uma sanção, haja vista a conduta ser considerada como um acinte ao *jus honorum* dos cidadãos. Cerqueira (2002, p. 191) sustenta que tal acontece em decorrência de uma transgressão eleitoral.

Tanto a inelegibilidade inata quanto a cominada são situações jurídicas que se amoldam à descrição abstrata contida nos mandamentos jurídicos, no que possibilita a ocorrência da subsunção. Apresentam ambas consequências em virtude dos enquadramentos respectivos. Tais consequências, no entanto, são distintas.

Na inelegibilidade inata, a subsunção provoca o impedimento ao exercício da cidadania passiva, maculando o *jus bonorum*, contudo, caso o cidadão consiga sair da tipologia subsuntiva em um lapso temporal ainda hábil, ele pode exercer seus direitos políticos de forma plena. Já na inelegibilidade cominada, não há um simples impedimento ao exercício do *jus honorum*; configura-se o enquadramento na tipologia subsuntiva acrescido de uma decisão judicial que aplica um castigo, fruto de uma conduta reputada como antijurídica, em que mesmo o cidadão se afastando do fato jurídico descrito em lei. Ainda assim ele estará inelegível pelo lapso temporal determinado.

Na inelegibilidade inata, há uma proteção à lisura das eleições, obstando que alguém possa auferir vantagens no pleito eleitoral, por isso, impede-se o cidadão, em determinada eleição, de concorrer a cargo público. Sua motivação reside

na relação do posicionamento do sujeito com o bem jurídico tutelado. Na inelegibilidade cominada, existe uma violação de um bem protegido pelo ordenamento jurídico, normalmente ligado ao ethos que deve nortear a coletividade, impondo-se em decorrência a aplicação de uma sanção, consistente na impossibilidade de que o cidadão se candidate a qualquer cargo eletivo em um determinado período. Há uma norma que estabelece uma consequência imposta pela ordem jurídica quando de sua violação (MENDES, 1994, p. 137). Ou seja, no primeiro não se pode falar em um ato antijurídico, advindo de uma conduta que provocou um desvalor ao ordenamento jurídico, enquanto no segundo, de forma clara, pode-se falar em um acinte direto ao ordenamento jurídico, tencionando-se evitar o abuso do poder econômico ou político.

Outra diferenciação é que a inelegibilidade inata advém exclusivamente de sua tipificação jurídica, contida em instrumento legal. Ela é descrita em plano normativo e por meio da subsunção adquire eficácia no plano fático quando do pronunciamento judicial na oportunidade do registro da candidatura. Assim, ela ocorre a partir do enquadramento de uma situação fática na descrição tipológica contida na norma atestada pelo pronunciamento do Judiciário. A inelegibilidade sanção necessita, para sua configuração, de mais requisitos. Além de exigir uma tipificação jurídica, em defluência do princípio da legalidade, necessita de um pronunciamento judicial ou administrativo, seguindo o *due process of law*, que imponha uma sanção devido ao descumprimento de um mandamento legal. Em resumo, a primeira nasce de uma subsunção normativa, enquanto a segunda necessita tanto da subsunção quanto da imposição de uma sanção, constatando a realização de uma conduta antijurídica.¹¹

¹¹ “Inata é a inelegibilidade resultante do ordenamento jurídico, que apanha o nacional em situações para as quais não tenha contribuído com um comportamento antijurídico. Então, não é sanção, mas meio de equilíbrio na disputa eleitoral. De outro lado, a inelegibilidade cominada (denominada de ocasional por Tupinambá Miguel Castro do Nascimento) é a inelegibilidade sanção, que parte do pressuposto do cometimento de algum ato ilícito. Assim, quem abusa do poder econômico e/ou político e é por isso condenado, torna-se inelegível.” (CASTRO, 2010, p. 132-133).

Não se considera que as inelegibilidades inatas sejam uma sanção porque não há um fato antijurídico previsto normativamente. Nestes casos, existe uma conduta que se enquadra no fato tipificado, dando ensejo que a estrutura condicionante acarrete a consequência jurídica prevista. Sua natureza é de um obstáculo, um estorvo para que se faça ou deixe de fazer algo. Constitui-se em uma barreira que proíbe o cidadão de realizar ou não determinada conduta, sem ter como pressuposto um ato ou omissão antijurídico, carregado com uma carga valorativa de desvalor.

A origem da inelegibilidade inata é somente a adequação fática a uma tipologia normativa; suprimida essa subsunção, o cidadão pode concorrer normalmente a outras eleições. A origem da inelegibilidade cominada é diversa: constitui uma sanção, em que, mesmo desaparecido o fato jurídico que a deu ensejo, a restrição ao exercício pleno das capacidades políticas perdurará. Na primeira, o impedimento é oriundo do posicionamento do sujeito com relação ao bem jurídico protegido, enquanto que no segundo origina-se de um castigo pelo descumprimento de preceito legal.

Perscrutando a natureza das decisões judiciais referentes às inelegibilidades, ver-se-á que aquelas referentes às inatas apresentam um nítido teor declaratório, atestando uma situação jurídica existente. As decisões judiciais que versam sobre as inelegibilidades cominadas têm natureza constitutiva, pois impõem uma sanção que modifica as relações jurídicas anteriormente existentes.

A inelegibilidade cominada pode ser simples ou potenciada. A primeira constitui-se em uma sanção que incide tão somente em relação à eleição na qual o ilícito tenha sido cometido. A segunda representa uma sanção que se potencializa por um maior lapso temporal, incidindo em mais de uma eleição. Pelo maior elastério temporal, percebe-se que a potenciada representa um acinte mais grave ao ordenamento que a simples. A Lei Complementar nº 135 aumentou o lapso

de estorvo à cidadania passiva para oito anos, fazendo que a maioria das espécies cominadas se tornasse potenciada.

A inelegibilidade cominada pode ser auferida no momento do pedido de registro ou posteriormente, quando é classificada de superveniente, em que o fato subsuntivo ocorreu após a mencionada solicitação, como nos casos de decisões judiciais que impõem uma inelegibilidade cominada após o deferimento do registro. As inatas sempre ocorrem no momento do pedido de registro, mesmo que este fato venha a ser verificado apenas posteriormente.

Portanto, como consecução lógica do exposto, chega-se à conclusão de que as inelegibilidades inatas são um impedimento, enquanto as inelegibilidades cominadas são uma sanção, de taxionomia não penal, mas, cristalinamente, uma sanção. Como simetria, as duas acarretam a mesma consequência: a exclusão do cidadão da prerrogativa de participar do processo eleitoral como candidatos.

8 A inelegibilidade como situação jurídica

Consiste em um truísmo afirmar que a Ciência Jurídica se incumbe de valorar as condutas humanas com o escopo de atender objetivos especificados em suas normas¹². As relações sociais fornecem o arcabouço para a criação das relações jurídicas mediante a incidência de mandamentos legais. Estas se formam no contato intersubjetivo entre pessoas que, mesmo incidindo em uma realidade vivencial, ordenam-se por intermédio de uma estrutura normativa de conteúdo jurídico.

¹² “Entre a norma e o fato surge assim o valor, como intermediário, como mediador do conflito, elemento de composição da realidade em suas dimensões fundamentais. Interessa ressaltar a exigência de entender a realidade como unidade, sem a qual não se explicaria a tendência a integrar os dois elementos contrapostos, que se deixariam separados num dualismo irreduzível, exigência que unicamente pode explicar, na verdade, o surgir da *tridimensionalidade*” (REALE, 2003. p. 137).

Entretanto, o Direito não atua somente em interações intersubjetivas. Há diversas hipóteses em que regulamenta a conduta de cidadãos específicos, sem necessidade de interações. São casos de regulamentação da posição dos cidadãos em ligação a objetos a que o ordenamento jurídico outorgou relevância, cujo descumprimento constituir-se-ia em um acinte à ordem jurídica estabelecida. Ascensão (2010, p. 10) os denomina de situação jurídica. Situação em razão de ser a descrição de uma determinada realidade fática, em dado lapso temporal, podendo privilegiar vários enfoques da análise, como sua perspectiva econômica, social, jurídica etc. Jurídica porque é valorada por intermédio de cominações normativas que delineiam as mais variadas condutas humanas e tenta realizar o esboço das estruturas de poder social.

Sua função se configura em retratar a posição de um sujeito com relação a certo objeto, ou de um sujeito com relação a uma norma jurídica, no que advêm consequências devido à posição assumida. Ou seja, atesta as consequências jurídicas em decorrência do posicionamento assumido. Toda situação jurídica será determinada diante do posicionamento do sujeito diante do objeto protegido, da norma incidente ou do interesse jurídico em questão.

Mesmo sofrendo injunções da esfera real, as situações jurídicas não fazem parte do mundo fático, pertencem à seara normativa, situando-se no plano de validade, no que necessitam se adequar a procedimentos para que possam pertencer ao mundo jurídico.

Ressalte-se que esse instituto normativo não representa um dado *a priori*, um imperativo categórico kantiano destituído de embasamento fático. Resulta de uma simbiose da normalidade com a normatividade, formando uma simbiose indissolúvel. Não se mostra factível afirmar que ela não tenha autonomia diante do porvir cotidiano, sua subsunção se mostra imperativa diante da realização da *fattispecie*, não obstante sua normogênese resultar de interferências fáticas e valorativas. Segundo Ascensão, a situação jurídica não depende de uma realidade prévia ou de um juízo aleatório sobre o fato; exprime uma valoração da realidade pela ordem jurídica.

Toda situação jurídica é transitória, haja vista que o transcurso das relações vitais, inexoravelmente, é finita. Outrossim, em um regime democrático, em que a alteração dos mandatários públicos baliza-se como um de seus alicerces, não se pode mencionar uma *fattispecie* em que o sujeito mantenha uma relação constante e inalterada com órgãos da representação popular. Caso a inelegibilidade seja cominada, advindo o seu caráter de sanção, reforça-se ainda mais sua perenidade porque inexistem penas de caráter perpétuo.

Diante do que fora exposto, postula-se que a taxionomia das inelegibilidades é o de uma situação jurídica que descreve o posicionamento do cidadão diante do bem jurídico protegido pelo ordenamento, que é o *jus honorum*, a prerrogativa de exercício da cidadania passiva. As inelegibilidades não podem ser conceituadas como relação jurídica porque não exprimem relações sinalagmáticas com outros sujeitos em seu aspecto volitivo de ordenamento da vida privada (MIRANDA, 1979, p. 25). Elas exprimem o posicionamento dos cidadãos com relação a um interesse jurídico imprescindível para o desenvolvimento das democracias: a possibilidade de disputar mandatos populares. De acordo com a situação jurídica que incide sobre o sujeito, pode-se aferir de forma segura se ele pode disputar ou não os pleitos eleitorais.

Não se consideram as inelegibilidades como um estado jurídico porque não expressam apanágios inerentes ao cidadão, qualificações que lhe seriam implícitas. Na verdade, definem a situação do sujeito com relação aos seus direitos políticos, determinando se há ou não a prerrogativa de serem votados.

Como a prerrogativa de disputar eleições se configura como temática central em qualquer regime democrático, a regulamentação das inelegibilidades costuma ser exauriente, no que evita juízos discricionários. Auferindo-se a situação jurídica de cada candidato com relação aos *standards* agasalhados pela legislação, pode-se vislumbrar a possibilidade de o cidadão disputar ou não as eleições.

9 O caráter de sanção da inelegibilidade cominada

Aftalión sustenta que a sanção é um mal, como a privação da liberdade, aplicada coativamente por um órgão do Estado quando há o descumprimento de um mandamento legal (1999, p. 406). Para Kelsen, a conduta condicionante da sanção é proibida e a conduta oposta é prescrita. O dever ser da sanção inclui em si o ser proibido da conduta que é o seu pressuposto específico e o dever ser prescrito da conduta oposta (1976, p. 50). Miguel Reale defende a ideia de que a sanção reflete todas as consequências que se agregam à norma com o objetivo de provocar seu cumprimento (1991, p. 260). Sua função se configura em prevenir a violação de uma norma, também podendo designar o efeito de sua aplicação diante do descumprimento normativo.

Sua conceituação está ligada a uma ideia de desvantagem. Não se esquecendo de que existem as sanções premiais, que expressam uma vantagem pelo cumprimento da obrigação, então, pode ser positiva, quando estabelece um prêmio, ou negativa, quando indica uma reprimenda, atestada pela desaprovação da conduta realizada.¹³

A sanção penal ocorre quando há o descumprimento de uma lei de natureza penal, contida no Código Penal ou na legislação esparsa. Aníbal Bruno a entende como a resposta estatal, quando este exerce o seu *jus puniendi*, como o objetivo de garantir a ordem e a segurança social, contra quem viole um bem jurídico socialmente relevante por meio da prática de um crime ou contravenção social (BRUNO, 1976, p. 10).

A diferença ontológica entre a sanção penal e as sanções estabelecidas pelas inelegibilidades cominadas configura-se que nestas há a restrição de exercício da cidadania passiva durante certo tempo, enquanto que naquela há a incidência de pena privativa de liberdade, restritiva de direito ou multa. Não

¹³ Pelas limitações do presente trabalho, essa espécie não será analisada.

se deve olvidar que pelo mesmo fato pode haver a aplicação de uma sanção de inelegibilidade e de uma reprimenda de natureza penal.

Destarte, a inelegibilidade é um instituto jurídico cujo efeito, cerceamento do direito do cidadão de ser votado e exercer um mandato público, apresenta a taxionomia de uma sanção, no caso das cominadas, ou de um impedimento, no caso das inatas.¹⁴ Ela se configura como uma situação jurídica de natureza complexa, podendo assumir a natureza de uma sanção ou de um impedimento dependendo do caso.

Conceitua-se como uma sanção, no caso das cominadas, porque há uma conduta típica, antijurídica, que provoca como resultado um cerceamento às prerrogativas do cidadão, atestando o desvalor do ordenamento àquela conduta realizada. Qual seria outra taxionomia enquadrável, já que ela advém de um ilícito eleitoral? Se ela representa um castigo oriundo de um ato reprovável praticado, há outra classificação? Se o fator teleológico é impedir a repetição dessas condutas, pode-se admitir sua natureza como simples restrição? Todos esses questionamentos levam apenas a uma conclusão: trata-se, embasada de clareza apodítica, de forma insofismável, de uma sanção.

10 Conclusão

A priori, a discussão acerca da natureza das inelegibilidades parece um debate estéril, *de lana caprina*, em que se amontoam teses jurídicas fugidias, sem parâmetros com as circunstâncias empíricas. Felizmente, ostenta fins pragmáticos, defluindo consequências importantes com relação à eficácia da Lei da Ficha Limpa.

¹⁴ “Entrementes, é curial advertimos que existem inelegibilidades criadas como sanção a fatos ilícitos eleitorais, assim como existem inelegibilidades hipotizadas como salvaguarda dos princípios do equânime tratamento aos candidatos e da moralidade administrativa.” (COSTA, 2006, p. 219-220).

Indubitavelmente, postula-se pela plena constitucionalidade da Lei Complementar nº 135, ultrapassado que foi o óbice de sua inconstitucionalidade temporal. A questão que se coloca é que, considerando as inelegibilidades cominadas como sanção, as restrições colocadas pela Lei da Ficha Limpa somente teriam incidência após a vigência do mencionado diploma para não ofender os preceitos da segurança jurídica e da legalidade.

Desde o Marquês de Beccaria, consiste em uma parêmia jurídica que não pode haver sanção, e não se fala de reprimenda exclusivamente no sentido penal, sem lei anterior que a defina, evitando que fatos não tipificados ou que aumentos de reprimenda fossem arbitrados posteriormente ao nascimento das condutas. Destarte, as situações jurídicas enquadradas como inelegibilidades cominatórias para sofrerem a incidência da Lei Complementar nº 135 precisam respeitar espaço temporal de validade posterior ao seu surgimento, já que lei superveniente não pode incriminar fatos que não eram punidos nem aumentar a quantidade da pena aplicada.

Muito embora o Supremo Tribunal Federal e o Tribunal Superior Eleitoral entendam que as inelegibilidades não têm a taxionomia de sanção,¹⁵ mesmo partindo da premissa de que a Lei Complementar nº 135 aprimora o processo eleitoral, perfila-se o posicionamento de que as inelegibilidades cominadas apenas podem ser aplicadas a fatos jurídicos ocorridos após a entrada em vigor da Lei da Ficha Limpa.

¹⁵ STF; MS nº 22.087 e TSE Acórdão 12.590, Rec. 9.797-PR; Consulta nº 114709.

Referências

AFTALIÓ, Enrique R. et al. *Introducción al derecho*. 3. ed. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1999.

AGRA, Walber de Moura. *Curso de direito constitucional*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

_____. VELLOSO, Carlos Mario da Silva. *Elementos do direito eleitoral*. São Paulo: Saraiva, 2010.

ASCENSÃO, José de Oliveira. *Teoria geral: relações e situações jurídicas: direito civil*. São Paulo: Saraiva, 2010.

BOBBIO, Norberto. *O futuro da democracia*. 9. ed. Trad. de Marco Aurélio Nogueira. São Paulo: Paz e Terra, 2004.

BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; MENDES, Gilmar. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2011.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília: Senado Federal, Subsecretaria de Edições Técnicas, 2011.

BRUNO, Aníbal. *Das penas*. Rio de Janeiro: Ed. Rio, 1976.

CASTRO, Edson de Resende. *Teoria e prática do direito eleitoral*. 5. ed. Belo Horizonte, MG: Del Rey, 2010.

CERQUEIRA, Thales Tácito Pontes Luz de Pádua. *Direito eleitoral brasileiro*. 2. ed. Belo Horizonte, MG: Del Rey, 2002.

COSTA, Adriano Soares da. *Instituições de direito eleitoral*. 6. ed. Belo Horizonte, MG: Del Rey, 2006.

DECOMAIN, Pedro Roberto. *Elegibilidades e inelegibilidades*. São Paulo: Dialética, 2004.

FERRAZ JÚNIOR, Tercio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2003.

FERREIRA, Pinto. *Comentários à Constituição Brasileira*. São Paulo: Saraiva, 1989. v. 1.

_____. *Manual prático de direito eleitoral*. São Paulo: Saraiva, 1973.

GOMES, José Jairo. *Direito eleitoral*. 4. ed. Belo Horizonte, MG: Del Rey, 2010.

KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. 4. ed. Trad. João Baptista Machado. Coimbra: Armênio Amado Ed., 1976.

MENDES, Antonio Carlos. *Introdução à teoria das inelegibilidades*. São Paulo: Malheiros, 1994.

MIRANDA, Pontes de. *Comentários ao código de processo civil*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1979. T. 1.

_____. *Comentários à Constituição de 1967*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1970. T. 4.

NISS, Pedro Henrique Távora. *Direitos políticos, condições de elegibilidade e inelegibilidade*. São Paulo: Saraiva, 1994.

PINTO, Djalma. *Elegibilidade no direito brasileiro*. São Paulo: Atlas, 2008.

REALE, Miguel. *Filosofia do direito*. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 1991.

_____. *Teoria tridimensional do direito*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

TAVARES, André Ramos. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2010.

LEI DA FICHA LIMPA: ANÁLISE DE SUA EFICÁCIA À LUZ DOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS

JOSEVANDO SOUZA ANDRADE¹

Resumo

A Lei Complementar nº 135/2010, cujo projeto originou-se por iniciativa popular, é marco fundamental para a democracia brasileira e para o combate à corrupção. Entretanto, sua eficácia durante as eleições do ano de 2010 é fenômeno questionável, quando examinada à luz dos Princípios da Anterioridade Eleitoral, da Irretroatividade da Lei Penal e da Estabilidade do Direito. Se a inelegibilidade representa uma restrição ao exercício dos direitos políticos passivos, constitucionalmente assegurados a todos os cidadãos, a interpretação equivocada da eficácia da lei fere de morte os direitos e as garantias fundamentais instituídos aos jurisdicionados. Entre o império e a integridade da Constituição Federal *versus* o clamor social e sua necessidade legítima de “fazer justiça”, deve prevalecer a incolumidade da Constituição Federal, sob pena de se criar um campo minado para a democracia, para as liberdades públicas e para a segurança jurídica.

Palavras-chave: Ficha Limpa. Vigência. Eficácia. Anterioridade eleitoral. Irretroatividade. Segurança jurídica. Direitos políticos.

Abstract

The Complementary Law number 135/2010, whose design originated by popular initiative, is a key milestone for Brazilian democracy and

¹ Magistrado do Tribunal de Justiça do Estado da Bahia e Corregedor Regional Eleitoral do Estado da Bahia.

combating corruption. However, their effectiveness during the elections of 2010 is questionable phenomenon, when examined in light of the principle of precedence Electoral Law of the Non-retroactivity of Criminal Law and Stability. If the ineligibility is a limitation on the exercise on the political rights, liabilities, constitutionally guaranteed to all citizens, the misinterpretation of the law hurts the effectiveness of the death the rights and fundamental guarantees established the courts. Between Empire and integrity of the Constitution *versus* the public outcry and it legitimate need to “do justice” must prevail safety of the Federal Constitution, under penalty of creating a minefield for democracy, for civil liberties and security legal.

Keywords: Clean Record. Term. Effectiveness. Prior election. Non-retroactivity. Legal certainty. Political rights.

1 Introdução

Muito se tem falado acerca da Lei Complementar nº 135/2010, comumente denominada Lei da Ficha Limpa, no que tange a sua vigência nas eleições ocorridas em outubro do ano de 2010 e quanto à retroatividade dos seus efeitos a situações jurídicas pretéritas ou pendentes de ultimação.

Antes de quaisquer considerações técnicas acerca do tema e sua definição pelo Supremo Tribunal Federal, é preciso que se diga que, para além da própria lei, a vitória já foi alcançada pela sociedade, porquanto sua vontade, manifestada por meio de grupos organizados, restou consumada com a sua edição, trazendo não somente reflexões no âmbito social, político e técnico, mas, também, o fortalecimento de um estado democrático de direito.

Quanto à aplicação e eficácia da Lei Complementar nº 135/2010, entretanto, tenho entendimento diverso daqueles que se posicionam a favor da sua imediata eficácia. E esta opinião encontra respaldo em dois argumentos fundamentais: tanto porque não se vislumbra a coexistência dessa possibilidade frente a certos princípios constitucionais, como porque, em se

tratando de inelegibilidade, sua caracterização somente poderia ser aferida pela Justiça Eleitoral à data do pedido de registro de candidatura, momento em que se define se o candidato teria aptidão para se lançar na disputa eleitoral².

2 Análise da vigência e eficácia da Lei Complementar nº 135/2010, sob a égide da Constituição Federal

Feitas essas breves ponderações, trago, *ab initio*, a definição sobre Constituição Federal, em sentido histórico, político e jurídico, sugerida por Canotilho (1991, p. 189):

A Constituição é a ordem jurídica fundamental de uma comunidade. Com os meios do direito ela estabelece os instrumentos de governo, garante direitos fundamentais, define fins e tarefas. As regras e os princípios jurídicos utilizados para prosseguir estes objetivos são de diversa natureza e densidade. Todavia, no seu conjunto, regras e princípios constitucionais valem como lei; o direito constitucional é direito positivo.

Com fulcro nesse conceito, é imprescindível a discussão de compatibilidade da Lei Complementar nº 135/2010 com a *Lex Fundamentalis*, no tocante a sua eficácia imediata e quanto à retroatividade dos seus efeitos a situações jurídicas em curso.

Neste mesmo sentido, posicionou-se o ministro Dias Toffoli, que, ao apreciar o agravo de instrumento nº 709.634/Goias, proferiu decisão liminar datada de 30 de junho do ano de 2010, asseverando:

² Neste mesmo sentido, enfatizou o ministro Arnaldo Versiani, em sua resposta à Consulta nº 1147-09.2010, formulada pelo Sr. Ilderlei Cordeiro.

Como *obter dictum*, aponto que a própria adequação da Lei Complementar nº 135/2010 com o texto constitucional é matéria que exige reflexão, porquanto essa norma apresenta elementos jurídicos passíveis de questionamentos absolutamente relevantes no plano hierárquico e axiológico.

Isso porque a eficácia imediata da Lei Complementar nº 135/2010 para as últimas eleições de outubro pode ser confrontada com a norma contida no art. 16 da Constituição Federal: “a lei que alterar o processo eleitoral entrará em vigor na data de sua publicação, não se aplicando à eleição que ocorra até 1 (um) ano da data de sua vigência”.

Nessa linha de entroncamento, é preciso distinguir vigência de eficácia sob o prisma técnico-jurídico, pois se a primeira impõe a certeza do direito, a segunda culmina por projetar a norma no grupo humano a que ela se destina.

Sendo assim, o preceito resultante da alteração constitucional realizada pela Emenda nº 4/93³ terminou por abolir a hipótese de *vacatio legis*, para entender que a lei nova, voltada a disciplinar o processo eleitoral, por ser tratar de lei política, vige imediatamente.

Além disso, a exegese literal da previsão constitucional enfocada diz respeito também, além da vigência, à *eficácia da novel legislação eleitoral*, ao estabelecer que a produção dos seus efeitos está condicionada ao prazo de 1 (um) ano após sua vigência.

2.1 O Princípio da Anterioridade Eleitoral e a estabilidade do processo eleitoral

Em verdade, o artigo *in foco*, já considerado cláusula pétrea da Constituição pelo Supremo Tribunal Federal (STF),

³ Anteriormente à edição da Emenda Constitucional nº 4 de 1993, o Artigo 16 possuía a seguinte redação: “A lei que alterar o processo eleitoral só entrará em vigor um ano após sua promulgação.”

consubstancia o Princípio da Anterioridade Eleitoral, que revela inquestionável e específica importância em razão da sua capacidade de influenciar o processo eleitoral em curso. Sua efetiva aplicação rechaça, sem sombra de dúvida, a eficácia da Lei Complementar nº 135/2010 para as eleições que se realizaram no ano de 2010.

Este princípio surge no nosso ordenamento jurídico para impedir modificações consequenciais negativas sobre o processo eleitoral, privilegiando esse ou aquele grupo político.

Sem dúvida, a *mens legis* do art. 16 da Constituição Federal visa “impedir a deformação do processo eleitoral mediante alterações casuisticamente nele introduzidas, aptas a romper a igualdade de participação dos que nele atuem como principais [...]”, consonante entendimento há tempos firmado pelo Supremo Tribunal Federal⁴.

Em conformidade com a Carta Maior, outra conclusão não se pode extrair da postura do STF senão aquela que busca evitar a ocorrência de um processo legislativo ao alvedrio de oportunidades e conveniências, entendimento dado pelo constituinte de 1988, de modo a imprimir inegável relevo ao Princípio da Anterioridade Eleitoral, prevendo que a alteração do processo eleitoral somente tem validade obedecido o prazo de 1 (um) ano da vigência da norma.

Assim também entendeu o STF no ano de 2006, em relação a este princípio, quando procedeu com o controle de constitucionalidade da Emenda Constitucional nº 52/2006, na Adin nº 3685⁵, pondo fim à verticalização nas agremiações partidárias.

Sufragou a ministra Ellen Grace, à época, que o Princípio da Anterioridade Eleitoral surge “como instrumento indispensável a uma mínima defesa da insuspeita e verdadeira

⁴ Adin nº 353/DF – Medida cautelar – Rel. Min. Celso de Mello, Diário da Justiça, Seção I, 12 fev. – 1993, pág. 1.450.

⁵ Adin 3685/DF – Relator(a): Min. Ellen Gracie, Julgamento: 22/03/2006. Órgão: Tribunal Pleno.

representatividade que deve marcar o regime democrático de Estado”, pois as emendas constitucionais são produtos “gerados na existência de um processo legislativo”, podendo, “com muito mais gravidade, servir como instrumento de abusos e casuísmos capazes de desestabilizar a normalidade ou a própria legitimidade do processo eleitoral”.

Argumentou o ministro Gilmar Mendes, naquele julgamento, que “uma mudança na regra do jogo eleitoral sem observância do art. 16 da Constituição altera radicalmente esse processo, não só para os partidos políticos, mas também para os candidatos. Não se trata de expectativa de direito, mas do próprio Direito”.

Não distoando desse mesmo entendimento, o ministro Ricardo Lewandowski preconizou, naquela oportunidade, que: “a retroatividade dos efeitos da emenda às eleições de 2002, que já ocorreram, pretendeu-se, em verdade, contornar o princípio da anualidade contemplado no artigo 16 da Constituição Federal”, princípio que, segundo o ministro Joaquim Barbosa, “visa preservar a segurança do processo eleitoral, afastando qualquer alteração feita ao sabor das conveniências do momento, seja por emenda constitucional, seja por lei complementar ou ordinária”.

Concluindo a questão, o ministro Ricardo Lewandowski, referindo-se àquela emenda constitucional, verberou que o legislador “utilizou-se de expediente mediante o qual se busca atingir um fim ilícito utilizando meio aparentemente legal”. Arrematando seu raciocínio, destacou, noutras palavras, que o caso então apreciado tratava de “atalhamento da Constituição Federal”.

Com essas assertivas, o STF, reconhecendo que o art. 16 da Constituição Federal se encontra no rol das cláusulas pétreas, entendeu que a Emenda nº 52/06 violou a Constituição, pelo que julgou procedente o pedido formulado para declarar a inconstitucionalidade da expressão ali contida “aplicando às eleições que ocorrerão no ano”.

Coerente conclusão adotou o ministro Marco Aurélio, quando, recentemente, apreciando a Consulta nº 1147-09.2010.6.00.0000 – Classe 10⁶, relativa à Lei Complementar nº 135/2010, enfatizou no seu voto que “uma lei que altera o processo eleitoral não pode ser aplicada à eleição que ocorra até um ano da data de sua vigência, de acordo com o art. 16 da Constituição Federal”, e afirmou: “uma lei nova, em regra, não pode reger situações passadas”.

Alertou ainda o ministro Marco Aurélio que o fato de fazer valer essa legislação já para outubro de 2010 pode ser considerado casuismo mesmo que a lei seja boa e asseverou “que não pode conceber que inelegibilidade não interfere no processo eleitoral”. Disse mais: “que inelegibilidade tem tudo a ver com processo eleitoral”, ressaltando, todavia, que a legislação versa “o direito ativo de atuar nas eleições”.

Sob esse enfoque, a admissão de eficácia à Lei Complementar nº 135/2010 para as eleições de 2010 atinge e expurga o Princípio da Anterioridade Eleitoral, porquanto introduz, mediante sutilezas na disputa a cargos eletivos, situações e arrazoados de caráter especioso no campo do processo eleitoral, do direito e da moral, caracterizando, indubitavelmente, propósito casuístico lesivo e deformador a conceitos jurídicos fundamentais, tais como elegibilidade e inelegibilidade.

2.2 O Princípio da Irretroatividade da lei penal e a inelegibilidade como sanção equiparável à pena

A essa altura da explanação e perseguindo a justiça técnica, é preciso frisar que o Princípio da Anterioridade Eleitoral deve aqui, sobremaneira, ser conjugado, analogicamente, com outro culminante princípio: o Princípio da Irretroatividade da Lei

⁶ Consulta nº 1147-09.2010.6.00.0000 – Classe 10, Brasília/DF – Consultente: Ilderlei Cordeiro, Rel. Min. Arnaldo Versiani – 17.06.2010.

Penal, que também põe a salvo os direitos magnos do cidadão, ex vi do art. 5º, inciso XL da Constituição Federal, verbis: “a lei penal não retroagirá, salvo para beneficiar o réu.”

No centro desse postulado constitucional, a controvérsia resvala para as consequências da declaração de inelegibilidade, pois se a inelegibilidade é, como asseveram alguns, reflexo de uma situação de impedimento com vistas a proteção eleitoral e do povo, em geral, para preservar o princípio da moralidade no trato da coisa pública, a suspensão dos direitos políticos por três anos, conforme a Lei Complementar nº 64/90, ou por oito anos, de acordo com a Lei Complementar nº 135/2010, seria, a meu ver, uma sanção que, ante a equivalência substancial do seu conteúdo nuclear com a pena (restrições de direitos), a esta se equipara.

Assim também se posicionou o ministro Marcelo Ribeiro, no curso do exame da supra epigrafada consulta, afirmando:

Em determinadas situações, a inelegibilidade é uma consequência resultante de uma situação de fato, como a inelegibilidade por parentesco de ocupante de cargo público, por exemplo, mas é imposta como sanção em casos como de abuso de poder econômico e compra de votos, entre outras [...]. Assim, se a inelegibilidade tiver caráter de pena/sanção, a lei nova não poderá agravá-la.

Naquela mesma oportunidade, o ministro Marcelo Ribeiro, mesmo votando a favor da aplicabilidade imediata da Lei Complementar nº 135/2010, fez em seu voto diversas observações, a saber:

[...] não se pode passar uma régua e dizer que a inelegibilidade não é pena em todos os casos [...] para quem a ficha limpa não pode ser aplicada para questões já transitadas em julgado. Desconsiderar uma condenação transitada em julgado é pior do

que fazer um novo julgamento. Pelo menos, no novo julgamento o réu tem direito ao contraditório [...]

Explicou, dessa forma, o ministro, dizendo-se impressionado com a interpretação que fuja a esse entendimento.

Mister, portanto, desanuviar a poluição que gravita em torno da natureza jurídica da sanção decorrente da declaração de inelegibilidade prevista em lei específica.

Segundo o Novo Dicionário Aurélio da Língua Portuguesa, sanção, dentre outros, significa “pena ou recompensa com que se tenta garantir a execução de uma lei”. Tal definição no âmbito eleitoral, que é o que nos interessa enfrentar, demanda a distinção entre inelegibilidade natural/inata e inelegibilidade decorrente de fatos ilegais.

Pela primeira, entende-se aquela que impede o cidadão de se candidatar em razão de condição natural, diferentemente da segunda, que surge de decisão condenatória que reconhece a existência de ilícito.

À guisa de esclarecimento, trago exemplos elaborados por Rui Guilherme de Vasconcelos Souza Filho, juiz de Direito de Macapá.

Verbi gratia: o oficial da ativa não pode concorrer à eleição e permanecer no serviço ativo. Sendo elegível, se for eleito e assumir o cargo que disputou, passa automaticamente para a reserva. Estamos diante de uma escolha pessoal. A inelegibilidade aqui é condição natural e não sanção.

Por outro turno, se afastado do oficialato por indignidade, em que perde o posto e lhe é cassada a carta-patente, acessoriamente a ele será aplicada a pena de inelegibilidade.

Portanto, se nos desprovermos de quaisquer interesses predefinidos e nos debruçarmos sobre a questão com

preocupação e cientificismo jurídicos, com especial atenção para a Teoria Geral do Direito, ramo que estuda o Direito como um todo unificado por princípios comuns, forçoso concluir que a Lei Complementar nº 135/2010 deve ser interpretada sob uma perspectiva de observação abrangente dos direitos em todos os seus aspectos, inclusive frente a ora comentada irretroatividade da lei penal, já que também se pode entender que a declaração de inelegibilidade guarda, na sua consequência, natureza de sanção.

Nesse passo, como afirma Mirabete (1999, p. 99), a irretroatividade da lei penal é um dos “princípios maiores, mais importantes do Estado de Direito, pois proíbe que as normas que regulam um fato criminoso sejam modificadas posteriormente em prejuízo da situação jurídica”. Vigê aqui o princípio da não-extra-atividade, uma vez que a lei penal não retroagirá para se aplicar a fatos pretéritos.

Com base nesses argumentos, impor a retroatividade dos efeitos da Lei Complementar nº 135/2010 a uma situação jurídica em curso levanta a hipótese de *novatio legis in pejus*, pois agrava, com prejuízo, a situação daqueles que não se encontravam sob sua égide quando da ocorrência dos fatos que lhes foram impingidos.

Posto isto, conclui-se que a aplicação dos princípios da Anterioridade Eleitoral e da Irretroatividade da Lei forma verdadeira rede de paradigma suficientemente capaz de dirimir o caso sob análise. Nessa linha de pensamento, vale dizer que esses princípios reitores se encontram sob o pálio de outro critério informador das ciências jurídicas, qual seja, o Princípio da Estabilidade do Direito.

2.3 A segurança jurídica e o Princípio da Estabilidade do Direito

Etimologicamente, o termo “segurança jurídica” tem sua origem no latim, significando “se cura”, ou seja, “ocupar-se de si mesmo”; jurídico, advém de *juridicu*, que é o Direito propriamente dito.

Assim, poder-se-ia dizer que segurança jurídica é a “autoconfiança no direito que está dito”, é a aspiração social que encontra lastro na “certeza e garantia da efetividade e eficácia do direito fundamento, ou seja, da estabilidade jurídica”, que aparece no nosso ordenamento jurídico como proteção da pessoa e contra medidas jurídicas, legislativas ou administrativas que retrocedam as garantias fundamentais.

Assim, a segurança jurídica, apresentando-se como cânone constitucional, é instrumento à disposição e proteção dos direitos fundamentais da pessoa humana, da qual a maior finalidade é assegurar identidade ao Estado brasileiro e resguardar o cidadão de alterações nos seus direitos provenientes de casuísmos da política e do absolutismo das maiorias parlamentares.

A segurança jurídica, dessa forma, constitui-se em verdadeiro crédito de confiança na relação entre o cidadão e o Estado. Nesse contexto, a confiança se revela como fator essencial à realização da verdadeira justiça.

Pelo viés positivo do Princípio da Estabilidade do Direito, o STF já exarou diversas decisões indexadas pela expressão “segurança jurídica”, denotando focos de patente relevância, cuja *ratio* se encontra na irretroatividade da lei quando gravosa ao *status libertatis* das pessoas ou afrontosa às situações mais favoráveis, consolidadas pelo tempo ou resguardadas pela lei.

Não que se esteja tentando dizer que a lei é imutável, imóvel ou permanente, posto que, conforme já clamara o filósofo Heráclito, o dinamismo da vida e a mutação das coisas são constantes; é o *panta rei*, ou seja, tudo flui. O que se quer asseverar é que, na relação entre o tempo e o Direito, o Princípio da Estabilidade do Direito, ou da Segurança Jurídica, traduz o espaço de retenção, de imobilidade, de continuidade, de permanência, valorizando o fato de o cidadão não poder ser apanhado de surpresa por modificações de lei nova e posterior que alterem as regras do jogo já iniciado.

A segurança jurídica se constitui, efetivamente, num valor que deve ser protegido, já que reflete a confiança do

cidadão na ordem jurídica pátria, isso porque evita mudanças e tumultos nas regras de antemão traçadas. Sobremodo, sinaliza uma confiança legítima que garante ao cidadão certeza contra os efeitos danosos adotados pelo poder público capazes de afetar a órbita dos seus direitos magnos, como já demonstrado.

3 A inelegibilidade interpretada como restrição ao exercício dos direitos políticos

Frente a esses fundamentos, conclui-se, data venia dos que entendem ao contrário, que agasalhar os efeitos fenomênicos da Lei Complementar nº 135/2010 para torná-la eficaz para as eleições do ano de 2010 e retrotrair seus efeitos às situações jurídicas concretas, declarando a inelegibilidade por 8 (oito) anos, consubstancia verdadeira anomalia jurídica, com ofensa à regra geral do pleno exercício dos direitos políticos passivos do cidadão.

Nessa toada, cumpre destacar a lição de juristas acerca do conceito de direitos políticos.

Na dicção de Silva (1993, p. 304), os direitos políticos compreendem o “conjunto de normas que asseguram o direito subjetivo de participação no processo político e nos órgãos governamentais” que, no olhar de Rollo (2008), “devem ser interpretados de maneira que a efetividade de seus termos seja a mais ampla possível. Vale dizer: o pleno exercício dos direitos políticos deve ser a regra sempre observada, e sua privação a exceção”.

Em derredor da discussão dos direitos políticos, as inelegibilidades exsurgem como situações de impedimento ou de limitação ao exercício do direito fundamental constitucional do cidadão de ser votado para concorrer a cargo eletivo. Por isso mesmo e somente por isso, merecem interpretação sempre restritiva, de modo a garantir ao cidadão/candidato não só o

pleno exercício dos direitos políticos, mas, também, da própria cidadania, garantia preambular da Constituição Federal.

Admitir-se, *data venia*, a eficácia da Lei Complementar nº 135/2010 para essas eleições e acolher a retroatividade dos seus efeitos fere os objetivos impostos constitucionalmente pelos princípios da Anterioridade Eleitoral, da Irretroatividade e da Estabilidade do Direito, como já dito, cujas naturezas se constituem em proteção expressa ao cidadão para evitar que o legislador o atinja abruptamente com a criação de novas situações jurídicas que desestabilizem as instituições morais, jurídicas e democráticas e que lesem, não só os seus interesses individuais, mas, também, os coletivos, visto que estes interesses se completam e se complementam pelo seu sentido nuclear ético.

No tocante à relevância dos princípios jurídicos, vale a transcrição dos seguintes excertos doutrinários: Ataliba (1988, p. 181-186) diz que “os princípios são a chave e essência de todo direito; não há direito sem princípios. As simples regras jurídicas de nada valem se não estiverem apoiadas em princípios sólidos”.

No mesmo sentido, Nunes (2005, p. 163) afirma que

[...] os princípios são, dentre as formulações deonticas de todo sistema ético-jurídico, os mais importantes a serem considerados não só pelo aplicador do direito, mas por todos aqueles que, de alguma forma, ao sistema jurídico se dirijam. Sendo assim, ressalta a importância em sua essência e como elemento harmonizador, integrador e de mecanismo de garantia de eficácia da norma jurídica.

Não menos importante, entende Mello (2000, p. 748):

[...] dizendo que violar um princípio é muito mais grave que transgredir uma norma. A desatenção ao princípio implica ofensa não apenas a um específico mandamento obrigatório, mas a todo sistema de

comandos. É a mais grave forma de ilegalidade ou inconstitucionalidade conforme o escalão do princípio atingido, porque representa insurgência contra todo o sistema, subversão de seus valores fundamentais, contumélia irremissível a seu arcabouço lógico e corrosão de sua estrutura mestra.

Assim, não se pode afastar a possibilidade de que a aplicação imediata da Lei Complementar nº 135/2010 afasta os princípios sob apreço, para dardejear a Constituição Federal.

Essa conclusão conduz à crença de que a plêiade de leis eleitorais está sempre submissa à disciplina dos Princípios da Anterioridade, Irretroatividade e da Estabilidade do Direito, garantias magnas, em cuja *ratio essendi* repousam as posturas valorativas, os ideais e as convicções do Poder Constituinte Derivado.

Por tudo dito é que se tem como atribuída aos julgadores a dura tarefa de engendrar o discurso que possibilite preservar os direitos e as garantias fundamentais preconizados na Constituição Federal.

Nesse sentido, atribuir eficácia imediata à Lei Complementar nº 135/2010 para as eleições de 2010 e imprimir-lhe efeitos retroativos a situações jurídicas já iniciadas, termina por retirar a indispensável segurança jurídica e inaugura uma situação de *regressus ad infinitum*, já que admite que os efeitos da predita lei possam retrotrair para alcançar os processos pendentes de ultimação e as situações jurídicas daqueles que, à época dos fatos que lhe foram imputados, não se encontravam sob sua égide, ofendendo assim o Princípio da Estabilidade do Direito, princípio inspirador, diga-se uma vez mais, da confiança dos jurisdicionados quanto àquilo que existe para ser aplicado.

4 A importância da participação cidadã no processo político e a questão da inviolabilidade do texto constitucional

As implicações da retroatividade e eficácia para essas eleições impostas pela Lei da Ficha Limpa é tema delicado, afinal não se podem olvidar os justos anseios e reclamos da sociedade.

Mas muito mais está em jogo, o que exige reflexões na órbita da Filosofia e da aplicação do Direito, pois envolve a própria inviolabilidade da Constituição. Deve-se, portanto, ter em mente uma posição desvinculada de praxismos e de relativismos hermenêuticos, que, afinal, dará oportunidade a perigosos precedentes que podem ser utilizados ao bel-prazer por quem detém o poder econômico, político ou de autoridade.

Atender ao chamado da sociedade, nesse momento, é cruzar uma linha da qual jamais retornaremos, é menoscar os direitos fundamentais constitucionais e postergar a técnica jurídica, para, tão só, garantir-se a decência, esta sim recanto dos valores morais e força modificadora do nosso cenário político, virtude que, se não veste a maioria dos nossos políticos, é, com certeza, marca característica do povo brasileiro, donde todo poder emana – poder que, quando individualizado, se constitui em um direito posto sob o ângulo constitucional para, nas eleições, o cidadão impedir certos candidatos de exercerem mandatos eletivos através do voto.

Em resumo, é o povo que tem o dever e o direito de bem escolher os seus representantes, atentando-se para o princípio da tão defendida e propalada moralidade no trato da res pública.

É preciso apenas despertar o gigante, dar-lhe liberdade e consciência do seu pulsante e importantíssimo direito de sufrágio, por meio do seu instrumento: o voto.

Esta circunstância nos coloca diante de uma discussão clássica: não entre o público e o privado, mas entre o império e

a integridade da Constituição Federal *versus* o clamor social e sua necessidade legítima de “fazer justiça”.

O impasse me faz lembrar a Teoria do *Trolley Problem* ou Problema do Bonde, dilema apresentado por Philippa Foot e Judith Jarvis Thompson:

Imagine que um bonde desce pelos trilhos. À frente, nos trilhos, encontram-se cinco pessoas que não escutam o bonde descendo e que não conseguirão sair do caminho dele. Infelizmente, não há tempo suficiente para parar o bonde antes que ele atropele e mate as pessoas. O único meio de evitar isso é desviá-lo para outros trilhos. Mas, infelizmente, há uma pessoa nesses trilhos que também está muito perto e não conseguirá escapar. Agora, imagine que há um observador ao lado da alavanca de mudança dos trilhos. Ele terá de fazer uma escolha: não fazer nada; ou agir para desviar o bonde para o outro trilho, o que causará a morte de uma única pessoa.

Um utilitarista típico puxaria a alavanca e salvaria mais pessoas, já um deontologista teria problemas em aceitar a perda de uma vida. A diferença entre as abordagens destas correntes filosóficas decorre das regras que as prescrevem.

Enquanto a primeira (utilitarismo) é um sistema de ética que maximiza o bem-estar, com aumento da utilidade e felicidade, ainda que com o endosso por uma escolha trágica; a segunda (deontologia), ante o Problema do Bonde, não aceitaria essa escolha, já que julga a legalidade de um ato com base nas características intrínsecas ao próprio ato. A primeira enseja a velha máxima: os fins justificam os meios; a segunda, pelo contrário, os meios devem ser justificáveis por seus próprios méritos.

No exemplo ora colocado, parece-me que não existe resposta definitiva e precisa. Alguns de nós concordamos que mover a alavanca do bonde e matar uma só pessoa é ação

justificável, pois a escolha salvará cinco pessoas. Outras não pensarão dessa maneira, posto que a escolha implica uma opção deliberada de “matar” outrem, ainda que para salvar cinco.

In casu, por todos os argumentos alinhados alhures, temos aqui que optar entre a incolumidade da Constituição Federal e as reivindicações sociais. Preservar-se a integridade da *Lex Fundamentalis* ou responder aos sabores justos e legítimos da sociedade?

Parece-me que a escolha dessa última hipótese reveste-se de um caráter moralizante e potencializa os anseios sociais por aquilo que a comunidade entende por justiça. Estou convicto de que a primeira – preservação da Constituição Federal – é, *data venia*, a mais adequada ao caso concreto, isso como tentativa, ainda que frágil, de não se criar um campo minado para a democracia, para as liberdades públicas e para a segurança jurídica.

Costa (2010) explica, com muita eficiência, a questão ventilada sob a ótica jurídica, moral e filosófica:

Uma coisa é meditar sobre um dado objeto para conhecê-lo. É a atitude metódica, científica. Outra coisa, bem diversa, é ter uma finalidade a ser alcançada, uma ideologia, e tentar enquadrar a realidade nessa bitola de interesses predefinidos. A OAB, a AMB (Associação dos Magistrados Brasileiros) e a CNBB (Conferência Nacional dos Bispos do Brasil) definem uma tese ideológica, sem nenhuma preocupação jurídica. E os que têm se manifestado em defesa da Lei da Ficha Limpa desconhecem Direito Eleitoral, além de violentarem a Teoria Geral do Direito. Defendem uma tese, tentando dobrar os institutos jurídicos àquilo que ideologicamente os atende.

A questão aqui é menos jurídica e mais ideológica. Hoje, há um perigoso movimento de relativização dos direitos e garantias individuais. Conseguiram

transformar o princípio do devido processo legal (*due process of law*) em coisa de advogado de bandido. Uma visão embotada do momento em que vivemos. A sociedade organizada deseja legitimamente, trato probo da coisa pública, combate ao crime organizado de qualquer natureza, mecanismos eficazes de punição dos que praticam atos ilícitos.

Devemos estar de acordo com esses princípios, que são republicanos e saudáveis. Devemos também estipular essas bandeiras éticas na vida pública, privilegiando aqueles que as defendem. O problema, nada obstante, é como executamos, como tornamos concretos esses princípios.

Não se pode tolerar, como instrumento de combate à criminalidade, a erosão das garantias individuais, tampouco o menosprezo a direitos fundamentais que são cláusulas constitucionais de proteção. Uma dessas históricas conquistas é justamente a segurança jurídica. Leis retroativas de conteúdo sancionatório ferem a consciência jurídica ocidental.

Isso é tão verdadeiro que, no caso da Lei da Ficha Limpa, o Tribunal Superior Eleitoral teve que fazer um enorme esforço argumentativo para, a um só tempo, negar a retroatividade da lei e, pasmem!, autorizar a sua retroatividade. Como? Dizendo que a inelegibilidade decorrente de ato ilícito não seria – como de fato é! – uma sanção, mas sim uma condição para o futuro registro.

Deu a impressão de que a lei estaria sendo aplicada para o futuro, quando, em verdade, o que se fez foi aplicá-la a fatos passados, atribuindo-lhes sanções gravíssimas.

A insegurança jurídica aqui, neste caso, é dupla face: de um lado, esvazia o conceito clássico de inelegibilidade como sanção aplicada a fatos ilícitos, deixando embaraçada a própria jurisprudência do TSE; de outro cria um atalho para violar o art. 16 da Constituição Federal de 1988, que prescreve o princípio da anualidade da legislação eleitoral [regras novas só passam a valer um ano depois de aprovadas] – uma garantia dos eleitores, dos candidatos, dos partidos políticos e da própria democracia. [...]

5 Conclusão

Ao largo dos debates e científicismos que culminam por robustecer o cardápio de teses jurídicas, com orgulho para o brasileiro sem sombra de dúvida, infere-se do tema sob enfoque que a edição de Lei Complementar nº 135/2010, indubitavelmente, fortaleceu a sociedade e o regime democrático, conquista que não pode nem deve ser maculada com o seu uso em colisão com a *mens legis* e conteúdo principiológico do art. 16 da Constituição Federal, que, como sabido, constitui-se em garantia individual do cidadão-eleitor.

Mercê dessas considerações no plano jurídico-conceitual e filosófico, considerando a amplitude e complexidade da Lei Complementar nº 135/2010, que importa em vultosas consequências e modificações no sistema jurídico eleitoral, firmo convencimento pelo seu afastamento para as eleições de outubro de 2010, por se mostrar incompatível com a Constituição Federal à luz dos princípios *magno*s mencionados.

Referências

ATALIBA, Geraldo. Mudanças na Constituição. *Revista de Direito Público*. São Paulo. n. 86, 1988.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Curso de direito constitucional*. Coimbra: Almedina, 1991.

COSTA, Adriano Soares da. Ficha Limpa: jurista afirma que inelegibilidade é sanção, o que veda a retroatividade. Disponível em: <<http://adrianosoaresdacosta.blogspot.com/>>. Acesso em: 12 dez. 2010.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 12. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

MIRABETE, Julio Fabbrini. *Código penal interpretado*. São Paulo: Atlas, 1999.

NUNES, Rizzatto. *Manual de introdução ao estudo do direito*. São Paulo: Saraiva, 2005.

ROLLO, Alberto. *Elegibilidade e inelegibilidade: visão doutrinária e jurisprudencial atualizada*. Caxias do Sul, RS: Ed. Plenum, 2008.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Malheiros, 1993.

A GARANTIA FUNDAMENTAL DA ANTERIORIDADE ELEITORAL: ALGUMAS REFLEXÕES EM TORNO DA INTERPRETAÇÃO DO ART. 16 DA CONSTITUIÇÃO

ANDRÉ RUFINO DO VALE¹

Resumo

O artigo sugere algumas bases teóricas de possíveis técnicas de interpretação e modos de argumentação jurídica em torno do artigo 16 da Constituição. Ao longo das reflexões desenvolvidas sobre a garantia fundamental da anterioridade eleitoral, as seguintes perspectivas são trabalhadas: 1) a norma constitucional do art. 16 como *regra* que fornece *razões peremptórias*; 2) a garantia fundamental da anterioridade eleitoral como *trunfo contra a maioria*; 3) a interpretação e a argumentação jurídicas fundadas em direitos fundamentais; 4) o papel da jurisdição constitucional na proteção dos direitos fundamentais.

Palavras-chave: Direitos e garantias fundamentais. Anterioridade eleitoral. Interpretação constitucional. Argumentação jurídica. Jurisdição constitucional.

Abstract

The article suggests some theoretical basis for possible techniques of interpretation and forms of legal reasoning at the article 16 of the

¹ Mestre em Direito pela Universidade de Brasília. Especialista em Argumentação Jurídica pela Universidade de Alicante, Espanha. Professor do Instituto Brasiliense de Direito Público. Editor-chefe do Observatório da Jurisdição Constitucional. Procurador federal cedido ao STF para o cargo de assessor de ministro.

Constitution. In the course of the reflections about the fundamental guarantee of electoral anteriority, the following perspectives are worked: 1) the constitutional norm of the article 16 as a *rule that* provides peremptory reasons; 2) the fundamental guarantee of electoral anteriority as a trump against the majority; 3) interpretation and legal reasoning based on fundamental rights; 4) the role of the judicial review on the protection of fundamental rights.

Keywords: Fundamental rights and guarantees. Electoral anteriority. Constitutional interpretation. Legal reasoning. Judicial review.

1 A divergência interpretativa

O art. 16 da Constituição, que consagra o denominado princípio da anterioridade ou da anualidade eleitoral, sempre foi objeto de profunda divergência interpretativa entre os juristas. Três dos julgamentos mais representativos da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal (STF) sobre o tema² foram decididos por uma maioria apertada de 6 votos a 5, o que pode configurar uma amostra fidedigna do desacordo que paira na comunidade jurídica em torno do que seja a melhor interpretação dessa norma constitucional.

A divergência pode ser originada de diversos fatores. Um jurista pragmático diria que ela é eminentemente política e que também pode resultar do fato de os casos mais relevantes serem julgados pelo STF em circunstâncias fáticas muito peculiares³.

² ADI 354 Rel. Min. Octavio Gallotti, julg. em 24.9.1990; RE 129.392, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, julg. em 17.6.1992; RE 633.703, Rel. Min. Gilmar Mendes, julg. em 23.3.2011.

³ Por exemplo, os pragmáticos afirmariam que, uma vez o período eleitoral já iniciado e sob a plena vigência da lei eleitoral contestada, os ministros da Corte Suprema que também compõem o Tribunal Superior Eleitoral acabam defendendo a interpretação do art. 16 que mantenha a aplicação da lei eleitoral e assim possibilite o transcurso da competição eleitoral sem maiores sobressaltos. E, de fato, foi isso que ocorreu nos julgados mais importantes da Suprema Corte sobre o assunto: ADI 354 Rel. Min. Octavio Gallotti, julg. em 24.9.1990; RE 129.392, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, julg. em 17.6.1992; RE 633.703, Rel. Min. Gilmar Mendes, julg. em 23.3.2011. A exceção está apenas no voto do Ministro Marco Aurélio no julgamento do RE 633.703.

Nessa perspectiva, o pragmático também diria que a prática judicial de se observar a *teleologia* da norma constitucional⁴ – e assim tentar identificar o *casuismo* da lei eleitoral questionada – em verdade termina por ocultar as preferências políticas pessoais dos eminentes magistrados⁵. A divergência, nesse sentido, seria tão natural quanto aquela desenvolvida entre as pessoas sobre temas políticos. O recorrente placar de 6 a 5 na mais alta Corte do país, portanto, não encontraria nenhuma solução no aperfeiçoamento das técnicas da metodologia jurídica (ou da argumentação jurídica, em termos atuais) aplicáveis à interpretação do art. 16 da Constituição. No jargão mais radical professado pelos denominados “realistas”, a decisão concreta sobre a norma constitucional continuaria a depender do que “os juízes tomaram no café da manhã”, e nada mais do que isso.

O ceticismo dos juristas pragmáticos (ou “realistas”) desestimula qualquer pretensão de racionalidade das decisões formadas em torno do art. 16 da Constituição. Por isso, ele deve ser de pronto abandonado, se o desejo da comunidade jurídica for alcançar o aperfeiçoamento cada vez maior das técnicas de justificação dessas decisões. De toda forma, pode ser útil a ideia de que a interpretação teleológica comumente praticada pelos tribunais acabe camuflando o que na verdade é apenas o resultado da diversidade de opiniões políticas dos magistrados.

Por outro lado, os juristas (a maioria deles) realmente acreditam que os problemas interpretativos em torno do art. 16 decorrem da falta de consenso na comunidade jurídica sobre o significado semântico da expressão “processo eleitoral”. Assim, eles discutem enfaticamente sobre os melhores sentidos linguísticos desse componente textual do dispositivo

⁴ Essa prática encontra sua origem na própria jurisprudência do STF: ADI n° 3.345, Rel. Min. Celso de Mello, julg. 25.8.2005; ADI n.º 3.741, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, DJ 23.2.2007; ADI 3.685, Rel. Min. Ellen Gracie, DJ 10.8.2006; ADI-MC 4.307, Rel. Min. Cármen Lúcia, DJ 5.3.2010.

⁵ Na prática, diria o pragmático, o que é *casuismo* para um não o é para o outro, como sói ocorrer nos casos em que o *casuismo* vem camuflado pelas melhores intenções de se fazer prevalecer a ética na política.

constitucional. Alguns defendem que o seu significado estaria restrito às normas eleitorais de caráter processual ou instrumental; outros argumentam que isso seria uma visão tacanha da garantia constitucional e sustentam que ela também abarcaria o direito eleitoral de índole material ou substantiva. Dessa forma, eles continuam trabalhando com a hipótese de que a verdadeira solução para o problema está na construção de um consenso entre a maioria dos juristas sobre o significado semântico da expressão “processo eleitoral”, o que poderia ser impulsionado por uma firme jurisprudência do STF – e também do Tribunal Superior Eleitoral – a respeito do tema.

Talvez esses juristas estejam completamente equivocados. Primeiro, parece óbvio que, a menos que se acredite tanto na força do efeito vinculante, as decisões da Corte Suprema não teriam a condição de impor tal consenso. Segundo, é bem provável que a almejada construção de um sentido semântico específico do dispositivo textual do art. 16, em vez de oferecer um caminho de solução, em verdade seja exatamente o foco principal de toda a instabilidade interpretativa que há mais de duas décadas (desde a Constituição de 1988) paira em torno desse denominado princípio da anterioridade eleitoral. Terceiro, essa forma de interpretar a norma constitucional é própria de uma teoria semântica do Direito (tal como o positivismo jurídico)⁶ que parece pouco se adequar às demandas da interpretação e da argumentação jurídicas no contexto do constitucionalismo atual.

O fato é que os juristas precisam refletir sobre suas próprias práticas argumentativas a respeito do art. 16 da Constituição de 1988. Os modos de argumentação, que se voltam primordialmente para o sentido semântico da expressão “processo eleitoral” e para a identificação do casuísmo da legislação, poderiam dar lugar a uma atitude interpretativa desenvolvida em torno do significado da

⁶ Sobre as críticas ao positivismo como teoria semântica do direito, vide: DWORKIN, Ronald. *Law's Empire*. Cambridge: Belknap-Harvard; 1986.

garantia fundamental da anterioridade eleitoral no contexto do Estado Democrático de Direito.

O propósito do presente artigo é apenas sugerir algumas bases teóricas de possíveis técnicas de interpretação e modos de argumentação em torno do art. 16 da Constituição. Ao longo das reflexões desenvolvidas sobre a interpretação do art. 16 – algumas, deve-se reconhecer, meramente repetitivas do que já se encontra na doutrina –, as seguintes perspectivas serão trabalhadas: 1) a norma constitucional do art. 16 como *regra* que fornece *razões peremptórias*; 2) a garantia fundamental da anterioridade eleitoral como *trunfo contra a maioria*; 3) a interpretação e a argumentação fundadas em direitos fundamentais; 4) o papel da jurisdição constitucional na proteção dos direitos fundamentais.

2 O art. 16 da Constituição de 1988

O art. 16 da Constituição positiva o princípio da anualidade ou princípio da anterioridade eleitoral. Na redação originária de 1988, o referido dispositivo prescrevia que “a lei que alterar o processo eleitoral só entrará em vigor um ano após a sua promulgação”. Nesses termos, a norma constitucional estabelecia que a lei modificadora do processo eleitoral, uma vez publicada, ficaria com sua vigência condicionada ao transcurso do prazo de um ano após a publicação. Atingia-se, com isso, a própria vigência da lei eleitoral, em qualquer tempo que fosse publicada. A *vacatio legis* de um ano acabou criando dificuldades para a devida regulamentação dos processos eleitorais, na medida em que impedia a vigência imediata da legislação editada mesmo em períodos não eleitorais.

A Emenda Constitucional nº 4, de 1993 (DOU, 15.9.1993), alterou a redação do art. 16, o qual passou a estabelecer que “a lei que alterar o processo eleitoral entrará em vigor na data de sua publicação, não se aplicando à eleição que ocorra até um ano

da data de sua vigência". O aperfeiçoamento técnico-redacional teve o propósito de conferir plena vigência à lei eleitoral, condicionando apenas a sua eficácia jurídica (aplicabilidade) em relação às eleições que se realizarem até um ano após a sua publicação (início da vigência). A correção técnica foi salutar, na medida em que permitiu realizar, de forma mais adequada, a intenção do constituinte de impedir mudanças abruptas na legislação no transcurso do ano eleitoral.

De toda forma, o conteúdo e a teleologia do princípio consagrado no art. 16 não foram modificados pela EC 4/93. Tal como assegurado no texto originário da Constituição de 1988, o princípio da anterioridade eleitoral traduz um postulado de *segurança jurídica* para as eleições, que impõe a sustação da eficácia jurídica (aplicabilidade) de toda lei que, publicada no transcurso do ano eleitoral, altere o processo eleitoral. Levando-se em consideração que, de acordo com a Lei Eleitoral (Lei 9.504/97, art. 1º), as eleições realizam-se no primeiro domingo do mês de outubro do ano eleitoral, isso significa, na prática, que a lei que altere o processo eleitoral deverá ser publicada até o início do mês de outubro do ano anterior. Em suma, o ano eleitoral transcorre de outubro a outubro, e, dentro desse período, a lei que altere o processo eleitoral será publicada e entrará em vigor, mas não poderá ser aplicada ao pleito eleitoral em curso. Daí a metáfora que comumente é utilizada para explicar o significado dessa regra constitucional: não se podem alterar as regras do jogo uma vez o jogo iniciado. Em suma, não se podem modificar as regras do processo eleitoral uma vez este já foi iniciado.

O princípio da anterioridade constitui uma inovação do constituinte de 1988. As Constituições anteriores não previam norma desse jaez. Ela foi inserida no texto constitucional de 1988 com um objetivo muito claro e conhecido: pôr um ponto final no costume então vigente de se alterar a legislação eleitoral no ano das eleições, muitas vezes para se favorecer o grupo político majoritário. Assim, a partir de 1988, a regra da anualidade eleitoral passou a constituir uma barreira constitucional contra as *leis casuísticas* editadas no curso do processo eleitoral.

Na medida em que tem por objetivo primordial impedir o casuísmo e assim dar efetividade à exigência de segurança jurídica para os pleitos eleitorais, o princípio da anterioridade assume um inegável conteúdo ético e moralizador. Como bem destaca Manoel Gonçalves Ferreira Filho, “trata-se de norma moralizadora que impede mudanças *ad hoc* no processo eleitoral”⁷. Fávila Ribeiro também ressalta que esse preceito constitucional “revela elevado propósito moralizador e do mais alto sentido estratégico para evitar continuem a ser empregadas leis, emitidas às vésperas dos pleitos, para proveito das forças políticas dominantes”⁸. Nesse sentido, não se pode negar que a segurança jurídica, como exigência do Estado de Direito, também dispõe de um elemento componente de ética jurídica, tal como já dizia Karl Larenz em sua conhecida obra sobre o “Direito Justo” (*Richtiges Recht*)⁹. O princípio da anterioridade eleitoral, portanto, tem um dos seus fundamentos axiológicos no princípio da segurança jurídica, na qualidade de *princípio da confiança*. A vigência da legislação eleitoral na data de início do ano eleitoral gera nos cidadãos (eleitores e candidatos) e nos partidos políticos um sentimento de confiança na sua imutabilidade; a confiança de que as regras do jogo não serão modificadas; e se o forem, tais modificações não terão aplicabilidade ao pleito eleitoral em curso. No Estado Democrático de Direito, a proteção dessa confiança assume um valor ético jurídico fundamental.

A submissão das mudanças legislativas quanto ao processo eleitoral à regra da anualidade também busca fundamento na necessidade de se preservar a *igualdade de oportunidades* nas competições eleitorais. A garantia de que o pleito será regido por um conjunto preciso e delimitado de normas previamente conhecidas e consolidadas desde o início do ano eleitoral promove a isonomia de condições entre os

⁷ FILHO, Manoel Gonçalves Ferreira. *Comentários à Constituição brasileira de 1988*. Vol. 1. 2ª Ed. São Paulo: Saraiva; 1997, p. 130.

⁸ RIBEIRO, Fávila. *Comentários à Constituição*. 2º Vol. Rio de Janeiro: Freitas Bastos; 1988, p. 273.

⁹ LARENZ, Karl. *Derecho Justo. Fundamentos de Ética Jurídica*. Madrid: Civitas; 2001, p. 95.

diversos grupos políticos, os quais ficam todos igualmente submetidos ao mesmo conjunto de normas regulatórias da disputa eleitoral. O princípio da anterioridade, dessa forma, contém uma presunção de que qualquer mudança no processo eleitoral configura um fator de desequilíbrio entre as diversas forças políticas adversárias. Parte-se do pressuposto de que a alteração legislativa poderá ser utilizada por um ou outro grupo político em proveito próprio. Como se verá adiante, a regra da anualidade não distingue entre leis gerais e abstratas que sejam editadas com vistas à moralização das eleições e outras leis específicas supostamente destinadas ao favorecimento de certos segmentos políticos. A eficácia do princípio da anterioridade eleitoral, como corolário da igualdade de oportunidades, não fica condicionada a qualquer diferenciação entre as leis eleitorais gerais e abstratas (as quais atingem a todos de forma igual) e leis casuísticas (destinadas a favorecer um grupo político específico). Qualquer lei que altere o processo eleitoral, por constituir uma ameaça à isonomia entre os concorrentes, está submetida à regra da anualidade.

O caráter fundamental dessa norma constitucional para o sistema do Direito Eleitoral torna-a um princípio vinculante para toda a atividade estatal, seja legislativa, executiva ou judicial. Em razão de sua fundamentalidade formal e material para a ordem jurídica do Direito Político-Eleitoral, convencionou-se denominá-la de *princípio* da anualidade ou da anterioridade eleitoral, apesar de apresentar estrutura normativa de *regra*, com condições de aplicação bem delimitadas, que fornecem *razões peremptórias* para sua incidência nos casos concretos¹⁰. Dessa forma, ela não se submete, pelo menos em princípio, a ponderações com outros valores e princípios constitucionais que visem relativizá-la ou afastá-la em circunstâncias especiais. A norma constitucional do art. 16 apresenta hipótese de incidência bem definida (publicação de lei alteradora do processo eleitoral), com a consequência jurídica detalhada

¹⁰ Cfr.: DO VALE, André Rufino do. Estrutura das normas de direitos fundamentais. São Paulo: Saraiva; 2009.

(suspensão da aplicabilidade dessa lei na eleição que ocorrer até um ano da data do início de sua vigência). Ocorridos os pressupostos fáticos para sua incidência, não poderá (*prima facie*) ser afastada ou superada em razão da aplicação de outros princípios constitucionais. Assim, não se poderá alegar que uma determinada lei eleitoral não se submete à regra da anualidade porque visa efetivar valores constitucionais de maior peso ou importância, como a ética, a moralidade ou a probidade na política. A norma do art. 16 fornece uma razão peremptória para a sustação da eficácia jurídica de qualquer lei que altere o processo eleitoral e seja publicada no decurso do ano eleitoral.

A função do princípio da anterioridade eleitoral no sistema jurídico se assemelha àquela cumprida pela norma do art. 150, inciso III, alíneas b e c, da Constituição, que traduz o princípio da anterioridade tributária como limite ao poder estatal de tributação. Segundo esse princípio da ordem jurídica tributária, a lei que instituir ou aumentar tributo não poderá ser aplicada no mesmo exercício financeiro (1º de janeiro a 31 de dezembro do ano respectivo) em que for publicada, ou, no caso de ser publicada nos 3 meses finais do exercício financeiro (outubro, novembro e dezembro do ano respectivo), antes de decorridos noventa dias da data dessa publicação.

O Supremo Tribunal Federal considera o princípio da anterioridade tributária como uma garantia fundamental do cidadão-contribuinte¹¹ e assim também tem considerado o princípio da anterioridade eleitoral¹². O princípio da anterioridade eleitoral, dessa forma, constitui uma *garantia fundamental* do cidadão-eleitor, do cidadão-candidato e dos partidos políticos. A jurisprudência do STF fixou a noção de que o art. 16 é garantia de um “devido processo legal eleitoral”, expressão originada do voto do ministro Sepúlveda Pertence no julgamento da ADI 354¹³.

¹¹ ADI 939, Rel. Min. Sydney Sanches, DJ 17.12.1993.

¹² ADI 3.685, Rel. Min. Ellen Gracie, julg. em 22.3.2006.

¹³ ADI 354, Rel. Min. Octavio Gallotti, julg. em 24.9.1990.

Com efeito, a efetividade dos direitos fundamentais apenas pode ser assegurada por meio de um sistema de normas de organização e procedimento que conceda aos indivíduos os instrumentos aptos a tornar viável o pleno exercício dos direitos, assim como os mecanismos processuais destinados à impugnação das lesões ou ameaças de lesão a esses direitos. O pleno exercício de direitos políticos por seus titulares (eleitores, candidatos e partidos) é assegurado pela Constituição brasileira por meio de um sistema de normas que conformam o que se poderia denominar de *devido processo legal eleitoral*. Na medida em que estabelecem as garantias fundamentais para a efetividade dos direitos políticos, essas regras também compõem o rol das normas denominadas cláusulas pétreas e, por isso, estão imunes a qualquer reforma que vise restringi-las ou subtraí-las. O art. 16 da Constituição, ao submeter a alteração legal do processo eleitoral à regra da anualidade, constitui uma garantia fundamental para o pleno exercício de direitos políticos. Por isso, compõe o plexo de garantias constitucionais que conformam o devido processo legal eleitoral.

Na qualidade de garantia fundamental do pleno exercício de direitos políticos, o princípio da anterioridade eleitoral representa, dessa forma, uma genuína *cláusula pétrea*, e assim está protegida contra o poder de reforma constitucional¹⁴. Emendas constitucionais podem modificar aspectos técnico-redacionais do dispositivo do art. 16, tal como o fez a EC 4/93, mas não podem atingir o conteúdo essencial da norma constitucional que preserva a regra da anualidade como garantia da cidadania política.

Apesar de apresentar estrutura de regra, com condições de aplicação e consequências jurídicas detalhadas, a norma do art. 16 da Constituição suscita controvérsias quanto ao significado de palavras e expressões textuais nele empregadas pelo legislador constituinte. Discute-se, em suma, o alcance da palavra “lei” e da expressão “processo eleitoral”. Os parâmetros para a interpretação desses signos linguísticos foram fixados

¹⁴ ADI 3.685, Rel. Min. Ellen Gracie, julg. em 22.3.2006.

ao longo dos anos pela jurisprudência do Supremo Tribunal Federal.

3 A jurisprudência do STF

Desde o advento da Constituição de 1988, o Supremo Tribunal Federal construiu uma robusta jurisprudência sobre o princípio da anterioridade eleitoral¹⁵, da qual podem ser extraídos os parâmetros para a interpretação da norma do art. 16 da Constituição.

O primeiro critério relaciona-se ao significado da palavra “lei”. De acordo com a jurisprudência do STF, o vocábulo “lei” contido no texto do art. 16 da Constituição tem sentido amplo, isto é, abrange a *lei ordinária*, a *lei complementar*, a *emenda constitucional* e qualquer espécie normativa de caráter *autônomo, geral e abstrato*, que seja emanada do Congresso Nacional no exercício da competência privativa da União para legislar sobre Direito Eleitoral (art. 22, I, da Constituição)¹⁶.

Quanto à interpretação da expressão “processo eleitoral”, é possível identificar duas fases na jurisprudência do STF. Na primeira fase, os votos dos ministros que capitanearam as teses vencedoras na ADI 345 desenvolveram o raciocínio segundo o qual a expressão “processo eleitoral” contida no art. 16 da Constituição abrangeria apenas as normas eleitorais de caráter instrumental ou processual e não aquelas que dizem respeito ao

¹⁵ RE 129.392, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, julg. em 17.6.1992; ADI n.º 733, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJ 16.6.1995; ADI n.º 718, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJ 18.12.1998; ADI n.º 354, Rel. Min. Octavio Gallotti, DJ 22.6.2001; ADI n.º 3.345, Rel. Min. Celso de Mello, julg. 25.8.2005; ADI n.º 3.741, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, DJ 23.2.2007; ADI 3.685, Rel. Min. Ellen Gracie, DJ 10.8.2006; ADI-MC 4.307, Rel. Min. Cármen Lúcia, DJ 5.3.2010; RE 633.703, Rel. Min. Gilmar Mendes, julg. em 23.3.2011.

¹⁶ ADI n.º 733, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJ 16.6.1995; ADI n.º 718, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJ 18.12.1998; ADI 3.685, Rel. Min. Ellen Gracie, DJ 10.8.2006. ADI-MC 4.307, Rel. Min. Cármen Lúcia, DJ 5.3.2010.

Direito Eleitoral material ou substantivo¹⁷. Esse entendimento, no entanto, perdeu relevância e ficou praticamente esquecido quando a Corte, com a composição substancialmente modificada, passou a adotar como prevalecente a interpretação do art. 16 levada a efeito pelos ministros que na referida primeira fase ficaram vencidos¹⁸.

Assim, a partir do julgamento da ADI 3.345 – e, em seguida, nas ADI 3.685, 3.741 e ADI-MC 4.307 – o Tribunal passou a considerar que a interpretação do art. 16 da Constituição deve levar em conta o significado da expressão “processo eleitoral” e a *teleologia* dessa norma constitucional, de acordo com os seguintes parâmetros:

1. O processo eleitoral constitui um complexo de atos que visa receber e transmitir a vontade do povo e que pode ser subdividido em três fases: a) a *fase pré-eleitoral*, que vai desde a escolha e apresentação das candidaturas até a realização da propaganda eleitoral; b) a *fase eleitoral* propriamente dita,

¹⁷ Vide, por exemplo, os votos dos ministros Paulo Brossard, Moreira Alves, Néri da Silveira no julgamento da ADI 354 Rel. Min. Octavio Gallotti, DJ 22.6.2001.

¹⁸ No julgamento da ADI 354, em 24.9.1990, os votos vencedores (ministros Octavio Gallotti – relator, Paulo Brossard, Célio Borja, Sydney Sanches, Moreira Alves e Néri da Silveira) basearam-se em fundamentos que podem ser agrupados em três vertentes: 1) a norma eleitoral que trata de um determinado modo de apuração de votos e, dessa forma, diz respeito apenas à interpretação da vontade do eleitor, pode ter eficácia imediata sem desrespeitar o princípio da anterioridade eleitoral (Octavio Gallotti e Célio Borja); 2) a expressão “processo eleitoral” contida no art. 16 da Constituição abrange apenas as normas eleitorais de caráter instrumental ou processual e não aquelas que dizem respeito ao direito eleitoral material ou substantivo (Paulo Brossard, Moreira Alves, Néri da Silveira); 3) o art. 16 visa impedir apenas alterações casuísticas e condenáveis do ponto de vista ético, e sua interpretação deve levar em conta as peculiaridades nacionais, o “Brasil real e não o Brasil teórico” (Sydney Sanches). Na ocasião, ficaram vencidos os ministros Marco Aurélio, Carlos Velloso, Celso de Mello, Sepúlveda Pertence e Aldir Passarinho, cujos votos, vistos em conjunto, entenderam que a interpretação do art. 16 deve levar em conta dois aspectos fundamentais: o significado da expressão “processo eleitoral” e a teleologia da norma constitucional. Após o julgamento da ADI 354, no início da década de 1990, a Corte somente voltou a se pronunciar sobre o art. 16 da Constituição no ano de 2005, ao apreciar a ADI 3.345, Rel. Min. Celso de Mello. Com a composição da Corte modificada substancialmente, iniciou-se uma segunda fase na jurisprudência sobre o art. 16, na qual passaram a prevalecer os parâmetros de interpretação definidos pelos votos vencidos na ADI 354, especialmente os dos ministros Celso de Mello, Sepúlveda Pertence, Carlos Velloso e Marco Aurélio.

que compreende o início, a realização e o encerramento da votação; c) a *fase pós-eleitoral*, que se inicia com a apuração e a contagem de votos e finaliza com a diplomação dos candidatos;

2. A teleologia da norma constitucional do art. 16 é impedir a *deformação* do processo eleitoral mediante alterações nele inseridas de forma *casuística* e que interfiram na *igualdade de participação* dos partidos políticos e de seus candidatos¹⁹.

Como se vê, o STF compreende o processo eleitoral como sendo composto por três fases. Em verdade, tal entendimento jurisprudencial deve ser interpretado de forma a compreender o processo eleitoral *em sentido amplo*, formado por fases eleitorais cujo início coincide com o marco inicial do ano eleitoral (primeiro domingo de outubro do ano anterior) e vai até a diplomação dos eleitos. Alterar o processo eleitoral, nesse sentido, significa modificar as regras que disciplinam todas essas fases eleitorais, desde o alistamento, a fixação do domicílio eleitoral e a filiação partidária, passando pela escolha e pelo registro de candidaturas, regime de desincompatibilização, condições de elegibilidade e causas de inelegibilidade, funcionamento dos partidos, até a disciplina da propaganda e campanha eleitorais, normas de votação e critérios de apuração de votos, proclamação dos resultados e diplomação dos eleitos²⁰.

¹⁹ Nesses termos, vide voto do Min. Gilmar Mendes, Relator, no RE 633.703, julg. em 23.3.2011.

²⁰ Tal entendimento coincide com o de Fávila Ribeiro, cujo pensamento pode ser apreendido em suas próprias palavras, como descrito a seguir: “Mas, por verdade, em que consiste alterar o processo eleitoral, objeto de vedação constitucional? São mudanças adotadas, em preceitos ordinários, atingindo o sistema eleitoral em qualquer de seus elementos constitutivos, percorrendo todas as suas fases, do alistamento, registro de candidaturas, funcionamento das seções de votação, regime de inelegibilidade, disciplinamento de domicílio eleitoral, permuta do campo da disputa com base em circunscricional ou distrital, desincompatibilizações, regras de impugnações, filiações partidárias, fundação, funcionamento e regime disciplinar dos partidos, distribuição das sobras no cociente eleitoral, acessibilidade e limitações nas atividades de propaganda, culminando na proclamação e diplomação dos eleitos, com os procedimentos pertinentes a cada uma dessas esferas funcionais”. RIBEIRO, Fávila. *Comentários*

Esse sentido amplo da expressão “processo eleitoral” foi confirmado no julgamento da ADI 3.685, no qual o Supremo Tribunal considerou que a EC nº 52, publicada no dia 8 de março do ano eleitoral de 2006, para alterar o regime de formação das coligações partidárias (“verticalização” das coligações), interferia no processo eleitoral e, dessa forma, deveria respeitar a regra da anualidade eleitoral²¹.

Na jurisprudência mais recente do STF, o caso mais importante sobre a interpretação do art. 16 da Constituição, indubitavelmente, é o denominado “caso Ficha Limpa” (RE 633.703²²), no qual o Tribunal decidiu que a LC 135/2010 (mais conhecida como “Lei da Ficha Limpa”), que alterou as regras de inelegibilidade constantes da LC 64/90, não poderia ser aplicada às eleições de 2010, em razão de ter sido publicada no dia 4 de junho desse mesmo ano de 2010. No voto condutor da posição majoritária e vencedora no Tribunal, o relator, ministro Gilmar Mendes, teceu considerações contundentes sobre o significado da expressão “processo eleitoral” contida no art. 16 da Constituição, confirmando, novamente, o sentido amplo já acolhido em julgados anteriores, especialmente o da referida ADI 3.685²³.

à Constituição. 2º Vol. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1988. p. 273.

²¹ ADI 3.685, Rel. Min. Ellen Gracie, julg. em 22.3.2006.

²² RE 633.703, Rel. Min. Gilmar Mendes, julg. em 23.3.2011.

²³ Estas são as palavras do ministro: “Nesse sentido, com todas as vênias, não pode ser coerente o argumento, adotado no Tribunal Superior Eleitoral, segundo o qual a LC 135/2010 é aplicável a esta eleição porque publicada antes das convenções partidárias, data na qual se iniciaria o processo eleitoral. Esse sequer é o conceito de processo eleitoral presente na jurisprudência do STF, como já analisado. Se levarmos a sério a jurisprudência, teremos de concluir que a LC 135/2010 interferiu numa fase específica do processo eleitoral, qualificada na jurisprudência como a *fase pré-eleitoral*, que se inicia com a escolha e a apresentação das candidaturas pelos partidos políticos e vai até o registro das candidaturas na Justiça Eleitoral. E, frise-se, essa fase não pode ser delimitada temporalmente entre os dias 10 e 30 de junho, no qual ocorrem as convenções partidárias, pois o processo político de escolha de candidaturas é muito mais complexo e tem início com a própria filiação partidária do candidato, em outubro do ano anterior. A EC nº 52, que tratou da chamada “verticalização” das coligações, foi publicada em 8 de março de 2006, isto é, muito antes das convenções partidárias. E o STF, no julgamento da ADI 3.685, considerou que ela interferia no processo eleitoral e, portanto, deveria respeitar o princípio da anterioridade eleitoral. Isso porque o processo eleitoral, no entendimento do Tribunal, abarca o processo de definição das coligações e de articulação política de

A decisão no caso Ficha Limpa é extremamente importante não exatamente por ter consolidado tal entendimento em torno da expressão “processo eleitoral”, mas, especialmente, por ter aberto uma nova linha de interpretação do art. 16 da Constituição, qualificando-o como uma garantia fundamental das minorias, a qual exige a atuação firme da jurisdição constitucional na sua proteção²⁴.

estratégias eleitorais, que não ocorre somente nas convenções partidárias. [...] Como se vê, a fase pré-eleitoral de que trata a jurisprudência desta Corte não coincide com as datas de realização das convenções partidárias. Ela começa muito antes, com a própria filiação partidária e a fixação de domicílio eleitoral dos candidatos, assim como o registro dos partidos no Tribunal Superior Eleitoral. A competição eleitoral se inicia exatamente um ano antes da data das eleições e, nesse interregno, o art. 16 da Constituição exige que qualquer modificação nas regras do jogo não terá eficácia imediata para o pleito em curso”. RE 633.703, Rel. Min. Gilmar Mendes, julg. em 23.3.2011.

²⁴ Essa face especial do art. 16, não vislumbrada em julgados anteriores, foi destacada pelo voto do ministro Gilmar Mendes: “O princípio da anterioridade eleitoral constitui uma garantia fundamental também destinada a assegurar o próprio exercício do direito de minoria parlamentar em situações nas quais, por razões de conveniência da maioria, o Poder Legislativo pretenda modificar, a qualquer tempo, as regras e os critérios que regerão o processo eleitoral. Se hoje admitirmos que uma nova lei pode ser publicada dentro do prazo de um ano que antecede a eleição para aumentar os prazos de inelegibilidade e atingir candidaturas em curso, amanhã teremos que também admitir que essa mesma lei possa ser novamente alterada para modificar os mesmos prazos de inelegibilidade com efeitos retroativos. E assim a cada pleito eleitoral os requisitos de elegibilidade ficariam à mercê das vontades políticas majoritárias. Nesse caminho, que pode seguir ao infinito, os direitos de participação política invariavelmente serão atingidos em seu núcleo essencial, que funciona como limite dos limites (*Schranken-Schranken*) aos direitos fundamentais. E não se utilize o argumento de que a lei tem fundamentos éticos evidentes, porque amanhã essas bases morais poderão camuflar perigosos interesses políticos. A aplicação do princípio da anterioridade não depende de considerações sobre a moralidade da legislação. O art. 16 é uma barreira objetiva contra abusos e desvios da maioria, e dessa forma deve ser aplicada por esta Corte. Não se pode descartar, nesse contexto, a necessidade de proteção das minorias. E a proteção das minorias parlamentares exige reflexão acerca do papel da jurisdição constitucional nessa tarefa. [...] A jurisdição constitucional cumpre a sua função quando aplica rigorosamente, sem subterfúgios calcados em considerações subjetivas de moralidade, o princípio da anterioridade eleitoral previsto no art. 16 da Constituição, pois essa norma constitui uma garantia da minoria, portanto, uma barreira contra a atuação sempre ameaçadora da maioria. O argumento de que a lei é de iniciativa popular não tem aqui peso suficiente para minimizar ou restringir o papel contramajoritário da jurisdição constitucional. É compreensível a ação das várias associações e das várias organizações sociais tendo em vista a repercussão que esse tema tem na opinião pública. Sabemos que, para temas complexos em geral, há sempre uma solução simples e em geral errada. E para esse caso a população passa a acreditar que a solução para a improbidade administrativa, para as mazelas da vida política, é a Lei da Ficha Limpa. A partir daí há, na verdade, a tentativa de aprisionar, o que nos dificulta enormemente a missão nesta Corte, como em outros casos, porque acabamos tendo de nos pronunciar de forma contramajoritária, claro,

A partir desses entendimentos, delineados no julgamento do caso Ficha Limpa, é possível fazer novas reflexões sobre a garantia fundamental da anterioridade eleitoral no Estado Democrático de Direito, que podem dar início a uma paulatina construção de um novo paradigma de interpretação do art. 16 da Constituição.

4 Trunfo contra a maioria

No Estado Democrático de Direito, a garantia fundamental da anterioridade eleitoral constitui um *trunfo contra a maioria*.

tendo em vista a opinião pública, segundo as pesquisas manifestadas de opinião. Mas esta é a missão desta Corte: aplicar a Constituição, ainda que contra a opinião majoritária. Esse é o *ethos* de uma Corte Constitucional. É fundamental que tenhamos essa visão. [...] Tenho a impressão de que este é um caso exemplar que nós temos de tensão entre jurisdição constitucional e democracia. Evidente que a expectativa dessa chamada opinião pública era no sentido de que nós nos pronunciássemos pela aplicação imediata da Lei da Ficha Limpa, até que descobrissem que essa solução seria um atentado contra a própria democracia. A Lei da Ficha Limpa (LC 135/2010) resultou de projeto de iniciativa popular, subscrito por mais de um milhão e seiscentos mil cidadãos brasileiros. O fato é apresentado pelos diversos meios de comunicação como representativo de uma pujante vontade popular de retirar do processo eleitoral cidadãos que tenham vida pregressa não condizente com a probidade e a moralidade necessárias para o exercício dos cargos políticos. Dessa forma, acabou-se construindo e estimulando um sentimento popular extremamente negativo em torno do julgamento da constitucionalidade dessa lei no Supremo Tribunal Federal. Toda a população passa a acreditar que se esta Corte, ao se aprofundar no exame da Lei da Ficha Limpa, decide pela não aplicação dessa lei às eleições de 2010 ou encontra em um ou outro dispositivo específico da lei problemas de constitucionalidade, é porque ela é a favor ou pelo menos compactua com a corrupção na política. O fato de a lei estar sob o crivo da Suprema Corte do Brasil é levado ao público em geral como uma ameaça à Lei da Ficha Limpa e à moralidade nas eleições. É dever desta Corte esclarecer, por meio deste julgamento, o papel que cumpre na defesa da Constituição. Por isso, acredito que nós estamos, hoje, cumprindo bem a missão, o *ethos* para o qual esta Corte se destina. O catálogo de direitos fundamentais não está à disposição; ao contrário, cabe a esta Corte fazer esse trabalho diuturno, exatamente porque ela não julga cada caso individualmente, mas, quando julga o caso, ela o faz nessa perspectiva de estar definindo temas. Cabe a esta Corte fazer, diuturnamente, essa pedagogia dos direitos fundamentais, contribuindo para um processo civilizatório elevado”. RE 633.703, Rel. Min. Gilmar Mendes, julg. em 23.3.2011.

O *trunfo*, como metáfora representativa de uma concepção forte de direitos individuais, pode ser encontrado na obra de Ronald Dworkin²⁵. Um dos pontos centrais da teoria do Direito de Dworkin está na defesa da fundamentalidade e primordialidade dos direitos em face dos cálculos utilitaristas do Estado²⁶. A partir dessa ideia, Dworkin formula um *conceito antiutilitarista dos direitos*²⁷, o qual pode ser assim descrito: se um indivíduo tem direito a algo, então o Estado não pode privá-lo desse direito com fundamento na realização de um interesse geral da comunidade²⁸. Nessa concepção antiutilitarista, os direitos são verdadeiros “trunfos” (*trumps*) em face de decisões políticas tomadas com base na persecução de objetivos

²⁵ DWORKIN, Ronald. *Taking rights seriously*. Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press; 1978. Para uma crítica a essa concepção, vide: WALDRON, Jeremy. *Law and disagreement*. New York: Oxford University Press, 1999.

²⁶ Este é o autêntico leitmotiv da teoria de Dworkin, como ressalta Javier de Lucas. Vide: LUCAS, Javier de. Una consecuencia de la tesis de los derechos: la desobediencia civil segun R. Dworkin. *Doxa*, n. 2, p. 197, 1985. Sobre a centralidade da tese dos direitos na teoria de Dworkin, vide também: TOLONEN, Hannu. Reglas, principios y fines: la interrelación entre derecho, moral y política. AARNIO, Aulis; GARZÓN VALDÉS, Ernesto; UUSITALO, Jyrki. La normatividad del derecho. Barcelona: Gedisa, 1997. p. 73.

²⁷ O conceito antiutilitarista de Direito formulado por Dworkin também não escapou às críticas de Herbert Hart. A respeito do debate entre Dworkin e Hart sobre utilitarismo e direitos, vide: HART, Herbert. *Entre utilidad y derechos*. Bogotá: Universidad Externado de Colômbia, 2002. DWORKIN, Ronald. *Temos direito à pornografia?* In: *Uma questão de princípio*. São Paulo: Martins Fontes, 2001. p. 497.

²⁸ Os seguintes trechos da obra de Dworkin bem expressam este conceito: “Se uma pessoa tem um direito a alguma coisa, então é errado que o governo a prive desse direito, mesmo que seja do interesse geral proceder assim. Este sentido do que constitui um direito – que poderia ser chamado de conceito antiutilitarista de um direito – parece-me muito próximo do sentido de direito que, nos últimos anos, tem sido empregado principalmente nos escritos e na argumentação políticos e jurídicos. Esse sentido destaca o conceito bem definido de um direito individual contra o Estado, conceito que está, por exemplo, no cerne da teoria constitucional nos Estados Unidos. [...] Nos casos em que a restrição à liberdade for suficientemente grave ou severa, é verdadeiro afirmar que o governo não está autorizado a impor essa restrição, apenas porque ela seria imposta no interesse geral. O governo não está autorizado, por exemplo, a restringir a liberdade de expressão sempre que lhe parecer que isso contribuirá para o aumento do bem-estar geral. [...] Essa ideia – a de que os direitos individuais podem conduzir à utilidade geral – pode ou não ser verdadeira, mas ela é irrelevante para a defesa dos direitos enquanto tais, pois quando afirmamos que alguém tem um direito de expressar livremente suas opiniões, no sentido político relevante, queremos dizer que ele tem o direito de fazê-lo, mesmo quando isso não for de interesse geral. Se queremos defender os direitos individuais no sentido em que os reivindicamos, devemos tentar descobrir alguma coisa que, além da utilidade, sirva de argumento em favor deles”. DWORKIN, Ronald. *Taking rights seriously*. Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press, 1978.

coletivos da comunidade. A teoria de Dworkin, dessa forma, é representativa de uma “concepção deontológica dos direitos”²⁹.

A metáfora do trunfo foi recentemente reformulada por Jorge Reis Novais para enfatizar a vocação contramajoritária dos direitos fundamentais no Estado Democrático de Direito³⁰. Segundo o constitucionalista português, no Estado Democrático de Direito, ter um direito fundamental significa possuir um trunfo contra o Estado, ou seja, contra o governo democraticamente legitimado, o que pressupõe, num regime político fundado na regra da maioria, ter um trunfo contra a maioria, mesmo quando esta toma decisões seguindo os procedimentos democráticos instituídos. Essa imagem dos direitos fundamentais como trunfos – que, tal como no jogo de cartas, prevalecem sobre todos os naipes – remete à conhecida tensão imanente (que, em verdade, também pode ser traduzida como uma relação de reciprocidade e complementaridade) entre direitos fundamentais e democracia, constitucionalismo e democracia ou, em última análise, entre jurisdição constitucional e democracia.

A noção dos direitos como trunfos adquire pleno sentido quando expressa a ideia de proteção da autonomia e da liberdade da minoria, que não podem ser restringidas pela maioria pelo simples fato de ser maioria, pelo fato de essa autonomia se orientar num sentido rejeitado ou hostilizado pela maioria. Não pode a maioria política, ainda que formada democraticamente, impor ao indivíduo ou aos grupos minoritários as concepções de vida, de política ou de ideologia com as quais tais indivíduos e grupos não concordem, por mais valiosas que essas concepções sejam para a maioria³¹. Dessa forma, como trunfos políticos, os direitos e as garantias fundamentais concedem à minoria uma posição juridicamente

²⁹ Como bem observado por Rodolfo Arango Rivadeneira, em prefácio à tradução para o castellano do artigo de Herbert Hart “Between utility and rights” (1979). HART, Herbert L. A.. Entre utilidad y derechos. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2003.

³⁰ NOVAIS, Jorge Reis. *Direitos fundamentais: trunfos contra a maioria*. Coimbra: Coimbra Ed., 2006.

³¹ NOVAIS, Jorge Reis. *Direitos fundamentais: trunfos contra a maioria*. Coimbra: Coimbra Ed., 2006.

protegida contra a maioria; uma posição forte, a qual atua como uma trincheira de defesa contra as pretensões hegemônicas da maioria política. A ideia do trunfo reforça, assim, a importância dos direitos fundamentais na defesa dos indivíduos e grupos minoritários no Estado Democrático de Direito. Como ressalta Jorge Reis Novais,

[...] é precisamente quando se sustenta uma posição que não tem o apoio da maioria, ou, mais ainda, que é impopular aos olhos da maioria ou merece a sua rejeição ativa e até violenta, que os direitos fundamentais são verdadeiramente úteis e o conceito de Estado de Direito revela a mais-valia, a força e autonomia relativamente ao conceito de democracia.³²

E, a seguir, prossegue Reis Novais no mesmo raciocínio:

São precisamente as posições minoritárias, as posições de um indivíduo isolado ou acompanhado de outros que como ele se sentem discriminados, que estão sujeitos à pressão, muitas das vezes avassaladora e tendencialmente abusiva, por parte da maioria, que têm necessidade de se socorrer da proteção e das garantias do Estado de Direito. Essa ajuda é tão mais necessária quanto mais a posição que sustentam é impopular ou gera sentimentos de rejeição mais fortes. Pois é aí que se revela a natureza e a força do Estado de Direito e das suas instituições: o Estado de Direito, os direitos fundamentais, vêm em auxílio da posição mais débil, mais impopular ou mais ameaçada, não para a fazer prevalecer ou impor à maioria, mas para garantir ao indivíduo ou à minoria isolada o mesmo direito que têm todos a escolher livre e autonomamente os seus planos de vida, a expor e divulgar as suas posições junto dos concidadãos, a ter as mesmas possibilidades e oportunidades que quaisquer outros para

³² NOVAIS, Jorge Reis. Direitos Fundamentais: trunfos contra a maioria. op. cit., p. 34.

apresentar e defender as suas concepções, opiniões ou projetos, isto é, a competir com armas iguais no livre mercado das ideias³³.

A ideia dos direitos como trunfos, longe de ser uma mera construção teórica, constitui uma exigência prática do reconhecimento da *força normativa da Constituição*. Levar a Constituição a sério significa, nesse aspecto, assentar que a maioria não pode, com sua natural prepotência, pôr em causa aquilo que a Constituição protege como direito fundamental³⁴. Se a Constituição proíbe a pena de morte, por mais que a maioria entenda que a introdução de exceções a essa garantia constitucional trará benefícios a toda a sociedade, e mesmo que a maioria da população apoie enfaticamente o abrandamento dessa proibição (principalmente quando ocorrem fatos criminosos que causam a comoção nacional), a natureza de trunfo da garantia constitucional impede, peremptoriamente, qualquer tentativa de implementação dessas mudanças.

Essas noções são extremamente relevantes para se entender o significado da garantia fundamental da anterioridade eleitoral no Estado Democrático de Direito, pois, da mesma forma, se a Constituição proíbe a eficácia imediata (no pleito eleitoral em curso) da lei eleitoral modificadora do processo eleitoral, por mais que o governo e o Congresso Nacional, legitimados democraticamente e apoiados por uma avassaladora maioria popular, todos impulsionados por um sentimento de moralização da política e de combate à corrupção, decidam que nessa hipótese há de se estabelecer uma exceção à proibição constitucional que permita a aplicação imediata da lei eleitoral (no jargão popular: “a moralização não pode esperar nem um minuto!”), o trunfo representado pela garantia constitucional impede absolutamente a efetivação dessa vontade majoritária.

Assim, na qualidade de trunfo político que é colocado pela Constituição nas mãos da minoria como instrumento de

³³ NOVAIS, Jorge Reis. *Direitos fundamentais*: trunfos contra a maioria. op. cit., p. 35.

³⁴ NOVAIS, Jorge Reis. *Direitos fundamentais*: trunfos contra a maioria. op. cit., p. 35.

proteção contra a atuação sempre ameaçadora da maioria, o art. 16 da Constituição transforma-se numa verdadeira *barreira objetiva* contra qualquer tipo de alteração legislativa que interfira no processo eleitoral. Dessa forma, ele impede, de modo direto e peremptório, que toda e qualquer modificação na disciplina das eleições, vise ou não à moralização do prélio eleitoral, tenha eficácia imediata uma vez publicada no transcurso do ano eleitoral.

A necessidade de se levar em consideração a *teleologia* da norma do art. 16, como estabelecido pela jurisprudência do STF, não pode estimular o intérprete a tentar identificar tipos de casuismo legislativo e entre eles fixar distinções baseadas em critérios subjetivos de moralidade. A proteção constitucional contra as leis casuísticas em matéria eleitoral não distingue casuísmos bons ou não condenáveis (aqueles que visam à moralização do pleito eleitoral), por um lado, e casuísmos perniciosos, por outro. A alteração legislativa, por si só, já presume a existência do casuismo tendente a favorecer um ou outro grupo político e, com isso, a violar o princípio da igualdade de oportunidades na competição eleitoral.

A interpretação e aplicação do art. 16 da Constituição não pode dar margem para que, no processo de argumentação jurídica desenvolvido nos tribunais eleitorais, entrem em jogo argumentos de moralidade (fundados na tão falada moralização do processo eleitoral) que, em realidade, acabam por camuflar preferências pessoais em torno de candidatos, partidos, coligações ou ideologias políticas. O trunfo representa, nesse sentido, um obstáculo intransponível à argumentação teleológica desse tipo.

Assim, a ponderação de valores deve ser rejeitada como técnica de interpretação e aplicação do art. 16 da Constituição. A norma constitucional que consagra a garantia fundamental da anterioridade eleitoral não deve ser “sopesada” com outros princípios e valores constitucionais supostamente considerados mais valiosos ou mais “pesados” numa atividade de balanceamento.

A norma do art. 16 da Constituição fornece uma *razão de correção*³⁵, a qual funciona como uma espécie de trunfo que no discurso jurídico joga contra os argumentos teleológicos comumente desenvolvidos no sentido de afastar a sua aplicação. A garantia da anterioridade eleitoral, dessa forma, cumpre uma função negativa na argumentação jurídica, descartando as *razões utilitárias* levantadas em prol da efetivação de outros valores, tais como a probidade e a moralidade.

Isso não significa dizer que a norma do art. 16 seja insuperável ou não “derrotável” – utilizando-se como parâmetro de análise o conceito de *derrotabilidade (defeasibility)*³⁶

³⁵ As normas de direitos fundamentais, na concepção de Manuel Atienza e Ruiz Manero, constituem princípios em sentido estrito e, dessa forma, geram *razões de correção*, as quais operam como *razões últimas* na deliberação do destinatário da norma; isto é, uma vez determinada a prevalência de um princípio em sentido estrito, o seu destinatário deve realizar a ação por ele prescrita, desconsiderando as consequências dessa ação. Assim, se existe uma razão de correção para a ação X, então a negação dessa ação só pode ser justificada com razões do mesmo tipo (baseadas em princípios), que tenham um maior peso, mas não em razões utilitárias (baseadas em diretrizes políticas), que demonstrem que a ação X é incompatível com a consecução de um certo fim. Desse modo, as razões de correção têm o poder de descartar qualquer argumento de tipo teleológico ou consequencialista fornecido pelas razões utilitárias. ATIENZA, Manuel; RUIZ MANERO, Juan. *Las piezas del derecho: teoría de los enunciados jurídicos*. 2. ed. Barcelona: Ariel, 2004. p. 162. Sobre os distintos tipos de razões, vide também: ATIENZA, Manuel. *El Derecho como argumentación*. Barcelona: Ariel; 2009. p. 203 e ss.

³⁶ A ideia de “derrotabilidade” (*defeasibility*) das normas tem sido atualmente revigorada na teoria do Direito por meio das discussões acerca da distinção entre princípios e regras. Os antecedentes do uso da noção de *defeasibility* na teoria do Direito remontam aos primeiros escritos de Herbert Hart, nos quais o autor utilizava esse adjetivo para qualificar uma condição *sui generis* dos conceitos jurídicos, que se manifesta na impossibilidade de se prever todas as hipóteses de sua aplicação, ou seja, na impossibilidade de enumeração das exceções à aplicação de um conceito jurídico. Apesar de Hart posteriormente abandonar esse tipo de análise dos conceitos jurídicos, a ideia de derrotabilidade permaneceu em escritos posteriores com relação às normas jurídicas. As normas derrotáveis ou abertas são normas que estão sujeitas a exceções implícitas que não podem ser previamente enumeradas de forma exaustiva. Assim, para Hart, as normas são necessariamente derrotáveis, pois, por mais que se intente, não se pode prever todas as hipóteses em que sua aplicação poderá ser afastada. HART, Herbert. *Pós-escrito*. In: *O conceito de direito*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian; 1996. Sobre o tema da derrotabilidade das normas, vide: HAGE, Jaap; PECZENIK, Alexander. *Law, morals and defeasibility*. *Ratio Juris*, v. 13, n. 3, p. 305-325, Sept. 2000. RODRÍGUEZ, Jorge. *La derrotabilidad de las normas jurídicas*. *Isonomía*, n. 6, abr. 1997. BAYÓN, Juan Carlos. *Derrotabilidad, indeterminación del derecho y positivismo jurídico*. In: *Isonomía*, n. 13, Oct. 2000. *Idem*. *Why is legal reasoning defeasible?* *Diritti&questioni pubbliche*, n. 2, ago. 2002. RÓDENAS,

construído pelas mais recentes correntes da teoria do Direito e, mais especificamente, pelas teorias dos enunciados jurídicos. Não se pode aqui amenizar o postulado segundo o qual todas as normas jurídicas, pelo simples fato de conviverem num sistema jurídico de regras e princípios, estão sujeitas (*all things considered*)³⁷ a serem afastadas (não necessariamente invalidadas) em circunstâncias especiais. Em verdade, o que se pode afirmar é que a regra do art. 16, com sua estrutura normativa fechada de condições de aplicação e consequência jurídica bem delimitadas, pressupõe uma ponderação já realizada pelo constituinte, a qual resulta numa norma (regra) que fornece razões peremptórias para sua aplicação aos casos concretos e que muito dificilmente pode ser superada, o que apenas poderia ocorrer, teoricamente, em hipóteses excepcionalíssimas, nas quais estejam presentes razões igualmente fortes (as quais sejam originadas de direitos e garantias que também tenham a qualidade de trunfos). Tais hipóteses são difíceis de serem vislumbradas e acabam sendo um mero pressuposto teórico. De toda forma, é suficiente afirmar (e isso deveria ser quase uma obviedade) que razões fundadas na moralização da política não podem entrar num processo de ponderação com a garantia constitucional da anterioridade eleitoral.

Nesse sentido, também tem algum valor didático (de uma ideia regulativa) a distinção entre *argumentos de princípio* e *argumentos de política* formulada por Ronald Dworkin³⁸.

Ángeles. En la penumbra: indeterminación, derrotabilidad y aplicación judicial de normas. *Doxa*, n. 24, 2001. NAVARRO, Pablo; RODRÍGUEZ, Jorge. Derrotabilidad y sistematización de normas jurídicas. *Isonomía*, n. 13, Oct. 2000. PAZOS, María Inés. Derrotabilidad sin indeterminación.: *Doxa*, n. 25, 2002. CELANO, Bruno. "Defeasibility" e bilanciamento: sulla possibilità di revisioni stabili. *Diritti & questioni Pubbliche*, n. 2, ago. 2002; WEINBERGER, Ota. Prima facie ought: a logical and methodological enquiry. *Ratio Juris*, v. 12, n. 3, p. 239-251, Sep. 1999. ALCHOURRÓN, Carlos. Sobre derecho y lógica. *Isonomía*, n. 13, Oct. 2000.

³⁷ Em suma, a expressão representa o raciocínio jurídico baseado na completa informação de todas as circunstâncias relevantes do caso. Sobre o significado do direito ou de normas *all things considered* no raciocínio jurídico, vide: PECZENIK, Aleksander. *On law and reason*. Springer, Law and Philosophy Library 8. 2009, p. 62-63, 203-206, 253-254.

³⁸ A distinção entre argumentos de princípio (arguments of principle) e argumentos de política (arguments of policy), serve de base para a teoria da adjudicação dos direitos a conhecida tese dos direitos (*right thesis*) formulada por Ronald Dworkin. Os argumentos

A argumentação jurídica desenvolvida em torno do art. 16 da Constituição deve ser estruturada por argumentos de princípio, fundados nos direitos fundamentais dos cidadãos (eleitores e candidatos) e dos partidos políticos. Os argumentos de política – os quais visam demonstrar que a consecução de determinado objetivo coletivo trará maiores benefícios à comunidade ou tornará efetivo um estado de coisas considerado valioso pela sociedade – são liminarmente derrotados pelo trunfo representado pela garantia fundamental da anterioridade eleitoral.

5 A interpretação e a argumentação baseadas em direitos fundamentais

A argumentação baseada nos direitos fundamentais deve permear o processo de interpretação e aplicação do art. 16 da Constituição. Isso implica uma mudança paradigmática na atitude interpretativa dos juristas em torno dessa norma constitucional, a qual vinha sendo caracterizada pela procura dos sentidos semânticos da expressão “processo eleitoral” e pela identificação do casuísmo da lei.

Essa mudança já podia ser vislumbrada no julgamento da ADI 3.685³⁹, no qual o Supremo Tribunal Federal levou em consideração um critério de aferição das restrições aos direitos e garantias fundamentais do cidadão eleitor, do cidadão candidato e dos partidos políticos. O ministro Gilmar Mendes deu início a esse câmbio na perspectiva de interpretação do art. 16 da Constituição, nos seguintes termos:

de princípio justificam uma decisão política, demonstrando que essa decisão respeita ou garante os direitos de um indivíduo ou de um grupo. Por outro lado, os argumentos de política justificam uma decisão política mostrando que a decisão fomenta ou protege algum objetivo coletivo da comunidade. Nos termos da teoria de Dworkin, os direitos individuais não podem ser restringidos com base em argumentos de política que tendem a justificar que essas restrições são necessárias para a promoção de um estado de coisas considerado valioso pela comunidade. Apenas os argumentos de princípio, que se fundamentam na igual proteção do direito de outro indivíduo que será afetado, poderão justificar uma restrição de direitos individuais. DWORKIN, Ronald. Hard Cases. Harvard Law Review, v. 88, p. 1058-1060, 1974-1975.

³⁹ ADI 3.685, Rel. Min. Ellen Gracie, julg. em 22.3.2006.

O art. 16 da Constituição, ao submeter a alteração legal do processo eleitoral à regra da anualidade, constitui uma garantia fundamental para o pleno exercício de direitos políticos. As restrições a essa regra trazidas no bojo de reforma constitucional apenas serão válidas na medida em que não afetem ou anulem o exercício dos direitos fundamentais que conformam a cidadania política. Portanto, é preciso analisar em que medida a EC nº 52/2006, ao afastar a aplicação da regra da anualidade do art. 16, restringiu ou anulou o pleno exercício da cidadania política por parte de seus titulares: partidos políticos; cidadãos-candidatos; e cidadãos-eleitores.

No julgamento do RE 633.703, novamente o ministro Gilmar Mendes adotou uma perspectiva diferenciada de interpretação e de argumentação em torno do art. 16 da Constituição, a qual está representada nos seguintes trechos de seu voto:

Em verdade, a questão não está tanto em saber se a LC 135/2010 interfere no processo eleitoral – o que resulta óbvio por meio das análises anteriores, baseadas em dois parâmetros jurisprudenciais –, mas se ela de alguma forma restringe direitos e garantias fundamentais do cidadão-eleitor, do cidadão-candidato e dos partidos políticos e, desse modo, atinge a igualdade de chances (*Chancengleichheit*) na competição eleitoral, com consequências diretas sobre a participação eleitoral das minorias. Se a resposta a essa questão for positiva, então deverá ser cumprido o mandamento constitucional extraído do princípio da anterioridade (art. 16) na qualidade de garantia fundamental componente do plexo de garantias do devido processo legal eleitoral. Essa perspectiva de análise, que leva em conta a restrição de direitos e garantias fundamentais, é mais objetiva do que aquela que segue uma identificação subjetiva do

casuismo da alteração eleitoral. A experiência – inclusive da jurisprudência do STF – demonstra que a identificação do *casuismo* acaba por levar à distinção subjetiva entre *casuismos bons ou não condenáveis* (alterações ditas louváveis que visam à moralidade do pleito eleitoral) e *casuismos ruins ou condenáveis*, com o intuito de submeter apenas estes últimos à vedação de vigência imediata imposta pelo art. 16 da Constituição (vide julgamento da ADI 354, especificamente o voto do Ministro Sydney Sanches).

A interpretação do art. 16 requer algo mais que uma mera técnica de subsunção lógica (a qual pressupõe a definição da amplitude semântica da expressão “processo eleitoral”) e uma argumentação teleológica (identificação do *casuismo*) que, em conjunto, acabam por desvirtuar o significado da garantia da anterioridade eleitoral.

É bem verdade que a argumentação de tipo lógico dedutivo poderá ser necessária (e útil) em alguma medida, tendo em vista que a norma do art. 16, na qualidade de regra, cobrará uma definição concreta do intérprete de suas condições de aplicação. Aspectos temporais – data de publicação da lei eleitoral, calendário do ano eleitoral, etc. – podem fornecer critérios objetivos úteis à atividade de subsunção. Nesse sentido, também os termos e expressões textuais contidos no dispositivo constitucional – “lei”, “processo eleitoral”, “vigor”, “vigência” – deverão ser compreendidos pelo intérprete. Não obstante, eles não devem ser entendidos como meros signos linguísticos à procura de teorias semânticas sobre seus sentidos possíveis. Talvez tenha sido essa a razão pela qual muitos juristas acreditaram – e muitos ainda acreditam – que o termo “processo” faria referência, por seu sentido literal e óbvio, às normas de caráter procedimental ou instrumental do Direito Eleitoral. Ao contrário, o “processo eleitoral” constitui um conceito interpretativo que deve ser compreendido num processo hermenêutico mais complexo, cujo eixo principal seja a busca do significado da garantia fundamental da anterioridade eleitoral no Estado Democrático de Direito.

Assim, o intérprete do art. 16 não deverá partir da questão: “a lei eleitoral trata de matéria de “processo eleitoral”?” – como a maioria dos juristas está acostumada a fazer. Isso apenas levaria ao círculo vicioso da incessante procura pelo sentido linguístico dessa expressão textual. O intérprete deverá problematizar o confronto entre a lei eleitoral e a garantia fundamental do art. 16 perguntando-se: “a lei eleitoral restringe os direitos políticos fundamentais dos cidadãos (eleitores e/ou candidatos) e partidos políticos?”. A partir desse problema central, ele poderá desencadear todo um processo de argumentação baseada na compreensão dos direitos fundamentais na democracia, especialmente da garantia fundamental da anterioridade eleitoral. No *iter* argumentativo, a noção de *direitos como trunfos* poderá exercer um papel definitivo, ao fornecer as razões necessárias para a prevalência da garantia constitucional. A resposta positiva à referida questão central – há restrição a direitos políticos? – fará surgir o trunfo da garantia fundamental da anterioridade eleitoral, a qual impedirá a aplicabilidade imediata da lei eleitoral.

É certo, por outro lado, que essa linha de interpretação e de argumentação em torno do art. 16 levará o intérprete aos meandros da teoria dos direitos fundamentais, nos quais as controvérsias também se fazem presentes. Alguns poderiam então dizer que – se a procura é por maior racionalidade das decisões – não faz diferença passar de uma teoria semântica a respeito da expressão “processo eleitoral” para uma teoria da restrição a direitos políticos, pois, nesse câmbio, o intérprete seria levado ao problema, ainda mais difícil, de se tentar definir o conteúdo ou o núcleo essencial do direito político em questão. Tal argumento, porém, seria claramente falacioso, na medida em que confundiria a questão da constitucionalidade da restrição de direitos políticos pela lei eleitoral com o problema, distinto, da mera verificação da existência de restrição desses direitos políticos. Em outros termos, esse argumento desconsideraria o fato de que uma coisa é a constitucionalidade da lei eleitoral (se a restrição dos direitos, acaso existente, é inconstitucional

ou não), hipótese na qual não se leva em conta o parâmetro constitucional do art. 16; e outra coisa é o fato da restrição em si (constitucional ou não), que leva à postergação anual da eficácia da lei eleitoral, tal como determina o art. 16. Assim, utilizando-se o exemplo elucidativo da denominada Lei da Ficha Limpa (LC 135/2010), não se deve confundir a questão de se a lei, ao criar novas hipóteses de inelegibilidade, restringe de forma inconstitucional as garantias da irretroatividade da lei ou da presunção de não culpabilidade (um confronto que ocorre entre a lei eleitoral e o art. 5º, incisos XXXVI e LVII), com a outra questão, distinta, de se essa mesma lei afeta ou limita o pleno exercício de direitos políticos (de forma inconstitucional ou não) e, desse modo, somente poder ter eficácia nas eleições que se realizarem após transcorrido um ano da data de sua entrada em vigor. Portanto, na prática, o intérprete poderá não necessitar, num primeiro momento, de proceder ao exame da constitucionalidade da restrição dos direitos políticos, se o seu parâmetro constitucional de análise for apenas o art. 16. E, inclusive, é recomendável que essa delimitação e separação das questões sejam realizadas na argumentação jurídica desenvolvida no âmbito do controle da constitucionalidade da lei eleitoral.

Ademais, não se pode negar que tal argumentação baseada em direitos tem um maior potencial de construir decisões racionalmente fundamentadas do que o recurso aos sentidos semânticos do texto do art. 16, na medida em que o processo de justificação poderá ser permeado pela construção de teorias interpretativas sobre os direitos constitucionais e teorias políticas sobre a democracia, as quais permitam a melhor compreensão da garantia fundamental da anterioridade eleitoral e seu papel no Estado Democrático de Direito. Tais temas não podem ser aprofundados aqui, mas, do que ficou exposto, já se podem extrair interessantes perspectivas para a interpretação e a argumentação jurídicas em torno do art. 16 da Constituição.

6 O papel da jurisdição constitucional na proteção da garantia fundamental da anterioridade eleitoral

As técnicas de interpretação e os modos de argumentação acima delineados tornam indispensável a atuação da jurisdição constitucional na proteção da garantia constitucional da anterioridade eleitoral.

Isso decorre, em primeiro lugar, de uma razão muito simples: entregar a decisão sobre a prevalência do trunfo da minoria sobre as pretensões da maioria a instâncias de deliberação políticas dominadas pela própria maioria seria como “colocar as raposas para vigiar o galinheiro”.

Em hipóteses muitos comuns, nas quais a maioria, formada por aqueles que comandam os poderes Executivo e Legislativo, apoiados amplamente pela população (ao menos pelos principais grupos representativos da sociedade), tenta impor suas próprias opções políticas, o Poder Judiciário, especialmente a Corte Constitucional, será a única instância sobre a qual a minoria poderá depositar a confiança e a esperança de que seus direitos serão efetivamente assegurados.

A jurisdição constitucional, dessa forma, cumpre um importante papel na proteção dos direitos e das garantias fundamentais. Portanto, a posição aqui defendida é completamente oposta àquelas que, baseadas na obra de Jeremy Waldron⁴⁰, sustentam que os parlamentos, na medida em que

⁴⁰ Os argumentos utilizados por Waldron são basicamente quatro: 1) a defesa de uma teoria moral baseada em direitos (Dworkin) não leva necessariamente a propugnar pelo estabelecimento de uma declaração de direitos e de um órgão de controle de constitucionalidade de acordo com o modelo norte-americano; 2) os filósofos políticos liberais devem ser, precisamente, os primeiros a duvidar da oportunidade de canonizar direitos em um documento legal se isso acarreta, ao fim e ao cabo, um indubitável obstáculo ao debate político democrático em torno desses direitos; 3) a filosofia política recente não tem prestado atenção suficiente aos processos de tomada de decisões em circunstâncias de radical desacordo; 4) o respeito aos direitos de participação política é incompatível com a criação de uma instituição encarregada da revisão e adaptação dos

comportam os efetivos canais de participação popular, seriam as instâncias mais adequadas para a solução dos “desacordos” em torno dos direitos fundamentais⁴¹.

Nesse sentido, novamente pode ser referido o estudo de Jorge Reis Novais sobre os direitos como trunfos, no qual ele afirma o seguinte:

[...] se os direitos fundamentais são trunfos contra a maioria, não poderia ser essa mesma maioria, mas antes um órgão próprio, independente e especializado, a verificar e reconhecer essa qualidade. Dar ao “adversário” no jogo a possibilidade de certificar pontualmente a qualidade de *trunfo*, não só subverteria as regras do jogo, como acabaria com a própria ideia de *trunfo*; dar à maioria democrática a possibilidade de determinar, em última instância, a força concreta de resistência de um direito fundamental seria subverter as regras do Estado de Direito e por em causa a própria ideia de direitos fundamentais⁴².

A jurisdição constitucional, quando aplica rigorosamente o art. 16 da Constituição, cumpre sua função primordial de assegurar os direitos e as garantias fundamentais, especialmente as garantias que permitem o pleno exercício dos direitos políticos, a regularidade dos pleitos eleitorais, enfim, a

direitos fundamentais em uma conjuntura de desacordo e mudança social. WALDRON, Jeremy. *Law and disagreement*. New York: Oxford University Press; 1999. Sobre o tema, vide, também: DELTORO, Pablo de Lora. *La interpretación originalista de la Constitución: una aproximación desde la Filosofía Del Derecho*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1998.

⁴¹ Não se pode negar, nesse sentido, que a defesa aqui empreendida de algumas técnicas de interpretação constitucional e de modos de argumentação jurídica em torno da garantia fundamental da anterioridade eleitoral encontram inspiração em algo parecido com o que sustentado por Dworkin em sua “leitura moral da Constituição”. DWORKIN, Ronald. *Freedom’s Law: the moral reading of the American Constitution*. Cambridge: Harvard University Press; 1996. DWORKIN, Ronald. *La lectura moral y la premisa mayoritarista*. In: KOH, Harold Hongju; SLYE, Ronald C. (Comp.). *Democracia deliberativa y derechos humanos*. Trad. Paola Bergallo y Marcelo Alegre. Barcelona: Gedisa; 2004. DWORKIN, Ronald. *Law’s Empire*. Cambridge: Belknap-Harvard; 1986.

⁴² NOVAIS, Jorge Reis. *Direitos fundamentais: trunfos contra a maioria*. op. cit., p. 48.

efetividade dos valores democráticos. A atuação da jurisdição constitucional, nesse sentido, não deveria atrair sequer as objeções daqueles que, inspirados na obra de John Hart Ely⁴³, apenas admitem a *judicial review* como mecanismo de desobstrução dos canais de participação política e de proteção da regularidade dos procedimentos democráticos. Isso porque, neste aspecto, a jurisdição constitucional exerce o papel que lhe é inerente: o de proteção dos direitos políticos das minorias contra as pretensões da maioria, como já enfatizava Hans Kelsen em suas magistrais lições sobre o papel da jurisdição constitucional na democracia⁴⁴. A jurisdição constitucional exerce, nesse caso, uma função de “árbitro” do jogo político-eleitoral, impedindo que as forças políticas majoritárias modifiquem as regras desse jogo de forma a serem beneficiadas na competição eleitoral. Segundo a interessante metáfora utilizada por Ely, a *judicial review* funciona, nesse aspecto, como um mecanismo “antitruste” do mercado político. De toda forma, é possível afirmar que atuação contramajoritária ocorre aqui, em verdade, também em prol de uma *democracia deliberativa*, na medida em que protege a integridade do processo eleitoral e ao mesmo tempo contribui para promover as condições de pleno desenvolvimento do “ideal deliberativo” na democracia⁴⁵.

Nesse sentido, o caráter contramajoritário da jurisdição constitucional, ao contrário do que muitos pensam, protege e reforça o valor da democracia. A intransigente defesa da Constituição efetivada pela Corte Constitucional não se faz em prol de uns ou de outros, mas de todos (maioria e minoria), sem qualquer distinção. Decisões que momentaneamente podem causar um impacto extremamente negativo perante a maior parte da população (diga-se, a maioria), se analisadas

⁴³ ELY, John Hart. *Democracia y desconfianza. Una teoría del control constitucional*. Trad. Magdalena Holguín. Santafé de Bogotá: Siglo del Hombre Editores, Universidad de los Andes, 1997.

⁴⁴ KELSEN, Hans. *Jurisdição constitucional*. São Paulo: Martins Fontes, 2003. p. 181-182.

⁴⁵ NINO, Carlos Santiago. *La Constitución de la democracia deliberativa*. Barcelona: Gedisa; 2003. KOH, Harold Hongju; SLYE, Ronald C. (Comp.). *Democracia deliberativa y derechos humanos*. Trad. Paola Bergallo y Marcelo Alegre. Barcelona: Gedisa, 2004.

no contexto mais abrangente da história institucional de uma nação democrática, poderão ser reconhecidas como passos importantes para a construção da democracia e o desenvolvimento dos valores constitucionais.

Em segundo lugar, é preciso reconhecer que é na jurisdição constitucional que a interpretação e a argumentação jurídica baseadas em direitos encontram seu *locus* de desenvolvimento mais apropriado. Os processos decisórios nos parlamentos e nas cortes constitucionais seguem racionalidades próprias e distintas entre si. A jurisdição constitucional se legitima por uma *racionalidade argumentativa*, enquanto os parlamentos se fundamentam na legitimidade popular e na lógica decisória da maioria. O discurso jurídico produzido numa Corte Constitucional é direcionado para se chegar aos melhores argumentos jurídicos, que justifiquem da melhor forma possível a decisão a ser tomada; os discursos políticos estão voltados para se alcançar a maioria necessária às decisões legislativas, dar satisfação à população representada e auferir vantagens eleitorais.

Assim, afirmar que o procedimento de tomada de decisão do Supremo Tribunal segue também a lógica da maioria (de votos) – o que, nesse sentido, não o tornaria muito diferente das decisões dos parlamentos, especialmente numa situação de decisão por 6 votos a 5 –, significa, nesse aspecto, desconsiderar completamente as especificidades do *foro de argumentação* que encontra condições propícias na jurisdição constitucional, mas que dificilmente poderia ser desenvolvido da mesma forma no âmbito dos parlamentos. Isso não significa dizer que a deliberação pública produzida em uma instância seja melhor do que a outra, mas apenas que elas respondem a racionalidades distintas, que devem ser levadas em conta quando se debate sobre a melhor forma de se decidir sobre os direitos e as garantias constitucionais em situações de desacordo.

Esses são temas que dificilmente poderiam ser aqui abordados com um mínimo de profundidade. O que importa

ressaltar é que a jurisdição constitucional, ao se deparar com a necessidade de interpretação e aplicação do art. 16 da Constituição, deve assumir a sua condição de foro da *razão pública*⁴⁶ no Estado Democrático de Direito, o que somente poderá ser alcançado por meio do aperfeiçoamento cada vez maior das *práticas argumentativas* nela desenvolvidas.

Por último, é importante analisar, em breves considerações, como ocorre o controle da constitucionalidade da lei eleitoral em face do art. 16 da Constituição. Por uma questão de técnica legislativa (art. 3º, III, e 8º da LC 95/98), as leis costumam conter dispositivo final cujo enunciado diz que “esta lei entrará em vigor na data de sua publicação”. Na hipótese de a lei eleitoral conter um dispositivo como este, a decisão da Corte Constitucional – ou mesmo dos tribunais eleitorais – que determine que, em virtude do comando normativo do art. 16, essa lei não poderá ter eficácia imediata, não repercutirá, de nenhuma maneira, em tal dispositivo; ou seja, em tal hipótese, não há declaração de inconstitucionalidade desse dispositivo final contido na lei eleitoral. No caso Ficha Limpa, houve quem defendesse que a decisão do STF estava a declarar a inconstitucionalidade do art. 5º da LC 135/2010, o qual, na condição de dispositivo final, dispõe apenas que “esta lei entrará em vigor na data de sua publicação”⁴⁷. Ora, esse dispositivo não conflita, de forma alguma, com o art. 16 da Constituição;

⁴⁶ RAWLS, John. O liberalismo político. Brasília: Ática, 2000.

⁴⁷ Interessante notar que a LC 135/2010 (Lei da Ficha Limpa), nesse aspecto, contém um erro grave de técnica legislativa. O art. 8º da LC 95/98, que prescreve diretrizes para a elaboração e redação das leis, determina que “a vigência da lei será indicada de forma expressa e de modo a contemplar prazo razoável para que dela se tenha amplo conhecimento, reservada a cláusula ‘entra em vigor na data de sua publicação’ para as leis de pequena repercussão”. Portanto, ao modificar prazos de inelegibilidade a poucos dias do início das convenções partidárias para escolha de candidatos, a LC 135/2010 naturalmente deveria, em observância do art. 8º da LC 95/98, conter dispositivo final com indicação expressa de prazo razoável para que todos pudessem ter conhecimento amplo de seu conteúdo. É óbvio que a LC 135/2010 não poderia ser considerada como “lei de pequena repercussão” para poder entrar em vigor na data de sua publicação. Assim, por uma mera questão de técnica legislativa, a LC 135/2010 não poderia ter qualquer aplicabilidade para as eleições de 2010. Ainda que o ordenamento constitucional não protegesse a garantia da anterioridade eleitoral (o que se considera apenas como hipótese argumentativa), a postergação da eficácia da Lei da Ficha Limpa para as eleições de 2012 decorreria de uma imposição da técnica legislativa prevista na LC 95/98.

ao contrário, ele reproduz exatamente o comando da norma constitucional, a qual prescreve que “a lei que alterar o processo eleitoral entrará em vigor na data de sua publicação [...]”.

Assim, a decisão da Corte Constitucional que, no controle *abstrato* de constitucionalidade, toma como parâmetro o art. 16, apenas repercute sobre o específico âmbito de aplicação temporal (de até um ano) da lei eleitoral, o que configuraria uma espécie de *declaração de inconstitucionalidade sem redução de texto*, ou, na linguagem utilizada pelo STF, uma *interpretação conforme a Constituição* (em sentido amplo).

Por outro lado, se o STF está a analisar, em grau de recurso, decisão do Tribunal Superior Eleitoral que determinou a aplicação imediata da lei eleitoral, em contrariedade ao disposto no art. 16 da Constituição, a hipótese é diversa do que ocorre no controle abstrato de *normas*. Nesse caso, há contrariedade entre a *decisão judicial* e a Constituição (hipótese de recurso extraordinário prevista no art. 102, III, a, da Constituição); portanto, há cassação ou reforma de *decisão judicial* (ou, no regime da repercussão geral, devolução pela forma do art. 543-B do Código de Processo Civil), mas não declaração de inconstitucionalidade de *norma*.

7 Nota conclusiva

O presente artigo não pode ser muito pretensioso em relação a uma efetiva mudança paradigmática da atitude interpretativa dos juristas em torno do art. 16 da Constituição. Ele apenas sugere algumas bases teóricas de possíveis técnicas de interpretação e modos de argumentação jurídica a respeito da garantia fundamental da anterioridade eleitoral, na seguinte perspectiva: 1) a norma constitucional do art. 16 como *regra* que fornece *razões peremptórias*; 2) a garantia fundamental da anterioridade eleitoral como *trunfo contra a maioria*; 3) a interpretação e a argumentação jurídicas fundadas em direitos

fundamentais; 4) o papel da jurisdição constitucional na proteção da garantia da anterioridade eleitoral. Se, assim, ele puder instigar críticas e reflexões e servir de ponto de partida para outros estudos sobre o tema, já terá cumprido o seu propósito inicial.

Referências

ALCHOURRÓN, Carlos. Sobre derecho y lógica. *Isonomía*, n. 13, Oct. 2000.

ATIENZA, Manuel. *El Derecho como argumentación*. Barcelona: Ariel, 2009.

_____. RUIZ MANERO, Juan. *Las piezas del derecho: teoría de los enunciados jurídicos*. 2. ed. Barcelona: Ariel, 2004.

BAYÓN, Juan Carlos. Derrotabilidad, indeterminación del derecho y positivismo jurídico. *Isonomía*, n. 13, Oct. 2000.

_____. Why is legal reasoning defeasible? *Diritti&questioni Pubbliche*, n. 2, ago. 2002.

CELANO, Bruno. "Defeasibility" e bilanciamento: sulla possibilità di revisioni stabili. *Diritti&questioni pubbliche*, n. 2, ago. 2002.

DELTORO, Pablo de Lora. *La interpretación originalista de la Constitución*. Una aproximación desde la Filosofía del Derecho. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1998.

DWORKIN, Ronald. *Taking rights seriously*. Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press, 1978.

_____. *Law's empire*. Cambridge: Belknap-Harvard, 1986.

_____. Hard cases. *Harvard Law Review*, v. 88, p. 1058-1060, 1974-1975.

_____. *Freedom's Law: the moral reading of the American Constitution*. Cambridge: Harvard University Press, 1996.

ELY, John Hart. *Democracia y Desconfianza. Una teoría del control constitucional*. Trad. Magdalena Holguín. Santafé de Bogotá: Siglo del Hombre Editores, Universidad de los Andes, 1997.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Comentários à Constituição brasileira de 1988*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1997. v. 1.

HAGE, Jaap; PECZENIK, Aleksander. Law, morals and defeasibility. *Ratio Juris*, v. 13, n. 3, p. 305-325, Sep. 2000.

HART, Herbert L. A. *Entre utilidad y derechos*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2003.

_____. *O conceito de direito*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1996.

KELSEN, Hans. *Jurisdição constitucional*. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

KOH, Harold Hongju; SLYE, Ronald C. (Comp.). *Democracia deliberativa y derechos humanos*. Trad. Paola Bergallo y Marcelo Alegre. Barcelona: Gedisa, 2004.

LARENZ, Karl. *Derecho JUSTO: fundamentos de ética jurídica*. Madrid: Civitas, 2001. p. 95.

LUCAS, Javier de. *Una consecuencia de la tesis de los derechos: la desobediencia civil segun R. Dworkin*. In: *Doxa* n° 2, Alicante, 1985, p. 197.

NAVARRO, Pablo; RODRÍGUEZ, Jorge. Derrotabilidad y sistematización de normas jurídicas. *Isonomía*, n. 13, Oct. 2000.

NINO, Carlos Santiago. *La Constitución de la democracia deliberativa*. Barcelona: Gedisa, 2003.

NOVAIS, Jorge Reis. *Direitos fundamentais: trunfos contra a maioria*. Coimbra: Coimbra Ed., 2006.

PAZOS, María Inés. Derrotabilidad sin indeterminación. *Doxa*, n. 25, 2002.

PECZENIK, Aleksander. *On law and reason*. 2009. Springer, Law and Philosophy Library; 8.

RAWLS, John. *O liberalismo político*. Brasília: Ática, 2000.

RIBEIRO, Fávila. *Comentários à Constituição*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1988. v. 2, p. 273.

RODRÍGUEZ, Jorge. La derrotabilidad de las normas jurídicas. *Isonomía*, n. 6, abr. 1997.

RÓDENAS, Ángeles. En la penumbra: indeterminación, derrotabilidad y aplicación judicial de normas. *Doxa*, n. 24, 2001.

TOLONEN, Hannu. Reglas, principios y fines: la interrelación entre derecho, moral y política. In: AARNIO, Aulis; GARZÓN VALDÉS, Ernesto; Uusitalo, Jyrki. *La normatividad del derecho*. Barcelona: Gedisa, 1997. p. 73.

WEINBERGER, Ota. Prima facie ought: a logical and methodological enquiry. *Ratio Juris*, v. 12, n. 3, p. 239-251, Sep. 1999.

WALDRON, Jeremy. *Law and disagreement*. New York: Oxford University Press, 1999.

A REPRESENTAÇÃO POLÍTICA E RELAÇÕES PATRIMONIAIS

OCTAVIO AUGUSTO DA SILVA ORZARI¹

Resumo

Este artigo pretende induzir à reflexão acerca da relação entre poder econômico e as eleições. Parte de sínteses de ideias de autores consagrados para apresentar o tratamento do abuso do poder econômico pela legislação e pelas cortes eleitorais brasileiras. Constata a influência do poder econômico sobre o comportamento político e indica ser necessária uma proporcionalidade nesta relação para a legitimidade dos representantes e para o equilíbrio da disputa eleitoral.

Palavras-chave: Eleições. Poder econômico. Abuso. Proporcionalidade. Legitimidade.

Abstract

This article aims to induce a thinking about the relation between the economic power and elections. It starts with a summary view of renowned authors and then presents the approach about economic power abuse given by the brazilian legislation and courts. Asserts that there is an influence of the economic power in the political behavior and indicates the necessity of a proportionality in this relation so that the representatives and the elections can be legitimated.

Keywords: Elections. Economic power. Abuse. Proportionality. Legitimacy.

¹ Assessor-chefe da Assessoria de Articulação Parlamentar do TSE. Advogado do Senado Federal. Pós-graduando em Ciência Política pela Universidade de Brasília (UnB).

1 Introdução

A regência das relações humanas pela economia está historicamente constatada e demonstrada. Desde o homem coletor e caçador, passando pela teoria da infraestrutura econômica de Marx, até a teoria do voto econômico originada e testada nos Estados Unidos, no século XX, percebe-se a significativa influência – que beira o determinismo – dos fatores relacionados com a escassez de bens essenciais à sobrevivência ou supridores de necessidades e desejos na ação social e política humana.

Este breve artigo tem o objetivo de fazer uma reflexão – circunscrita às limitações inerentes à magnitude do objeto em contraste com limitações temporais, de pesquisa e de alcance compreensivo do autor – acerca da ação patrimonial sobre o comportamento do eleitor, do candidato e do representante político eleito na atualidade brasileira.

Para se atingir tal pretensão em poucas linhas de análise, utilizam-se os conceitos consagrados por Weber, que sintetizam a parcela de sua obra que nos importa no presente trabalho, bem como as reflexões conclusivas de Raymundo Faoro e de Victor Nunes Leal. Por fim, são utilizadas legislação, doutrina e jurisprudência de Direito Eleitoral, com vistas à aplicação das premissas à realidade atual, tal como entendida pelo sistema de justiça eleitoral brasileiro.

2 A dominação patrimonial para Weber

Weber (1864-1920) denominou de dominação patrimonial a relação de dependência econômica existente entre o senhor e o submisso, que é fundamental para a subsistência deste último. O intelectual alemão, considerado um dos fundadores da Sociologia, em sua obra *Economia e sociedade*,

sustenta que a dependência acarreta lealdade e piedade entre as partes e é reconhecida socialmente como costume.

Há uma parte mais forte economicamente que detém terras, maneja pessoas conforme seus interesses e fornece segurança, ao menos aparente, ao servidor contra ameaças externas. Em contrapartida, obtém serviços por parte do submetido, o qual acredita, ainda, que o senhor se absterá de agir cruelmente e não o prejudicará.

O modo de produção e a religião se aliam à tradição para propiciar uma legitimidade tácita ao regime de dominação. Por preservação própria, o dominador não utilizará medidas impopulares aos olhos dos dominados, sob pena de colocar em risco o equilíbrio existente nessa relação e fazer emergir questionamentos à ordem implementada. Tal relação, segundo Weber, pode ser verificada na antiguidade egípcia, na clássica e na Idade Média.

Para o autor, a dominação patrimonial é uma ampliação da dominação patriarcal. Esta tem abrangência na comunidade doméstica e assume caráter pessoal. Tanto o chefe quanto os submetidos creem na imutabilidade (“inviolabilidade”, para Weber) do *status quo* e, com isso, retroalimentam a estrutura. Decorre daí a substituição do polo da autoridade no caso, por exemplo, de falecimento do chefe.

Dado o absolutismo do chefe, seu poder não enfrenta concorrentes e não há normas estabelecidas e aceitas que limitem sua atuação. Nesse sentido, há uma vinculação entre as partes sem a possibilidade de um terceiro árbitro ou da procura por regras que componham eventuais desacordos. A permanência do regime no tempo consolida a autoridade e reforça a impossibilidade abstrata e concreta de questionamento da tradição.

Esse contexto, somado à personalidade do elo entre chefe e dependentes, dá origem a um poder ilimitado. As pessoas ao redor do patriarca ficam sujeitas ao seu arbítrio,

sendo consideradas suas propriedades. Trata-se de um modo de relação entre pessoas tão arraigado na antiguidade que o direito romano o reconheceu abstratamente na figura do *pater familias*, diretor máximo da vida e do modo de produção de seus familiares e subordinados. Weber demonstra a presença da dominação patriarcal na sociedade romana, sendo importante considerar a influência exercida pelo direito romano, preponderante sobre vasto território durante muitos séculos, na forma como o direito moderno viria a reger as relações sociais.

Mutatis mutandis, os senhores de engenho no Brasil colonial, concentrando poder político, econômico e social e substituindo o Estado, como explica Carvalho (2004), são exemplos da dominação patriarcal e patrimonial descritas analiticamente por Weber e, tal como no caso romano e em diversos outros, as consequências históricas não podem ser perdidas de vista, justamente porque tais dominações defluem da tradição e têm guarida na aceitação tácita de sua existência e imutabilidade.

3 Patrimonialismo e coronelismo no Brasil

Raymundo Faoro, em sua obra *Os donos do poder*, na esteira de Weber, ressalta o fundamento tradicionalista do patrimonialismo, do *assim é porque sempre foi*. Faz menção ao substrato liberal da organização do Estado, como garantidor do direito de propriedade e da liberdade contratual, que serve de base para que a comunidade política conduza seus negócios privados, imiscuindo-se aos negócios públicos.

Para Faoro, a estrutura patrimonialista se amolda à realidade brasileira e aqui se estabelece, não tendo, portanto, o caráter transitório de uma fase de gradual desenvolvimento econômico, necessária para se chegar a outra mais avançada e inclusiva. E isso seria resultado da repetição do comando político por uma classe que governa em nome próprio.

Concomitante à busca de maior controle e de regulamentação das forças sociais, a elite política tem que lidar com movimentos pontuais de insatisfação geradores de conflitos, os quais vêm a ser inevitavelmente superados pela força controladora. Acenam simbolicamente às camadas sociais inferiores com o fim de iludi-las e apaziguar momentaneamente alguma pontual tensão.

A relação entre a liderança política local e os eleitores parece nascer desequilibrada do ponto de vista social e econômico e tal desequilíbrio tende a se perpetuar e fortalecer. Simbolicamente, segundo Faoro, podem ocorrer movimentos voltados à atenuação das tensões, mas que, de fato, são meras respostas retóricas à população em razão de provocações relativamente organizadas.

O preenchimento de cargos representativos por detentores de hegemonia patrimonial aparentemente acentua o abismo entre as capacidades econômicas, pois os meios para uma eventual transformação são controlados e, por conseguinte, as concessões e flexibilizações dosadas de acordo com os interesses preponderantes. Mesmo porque há o reconhecimento expresso ou tácito de que tudo vai continuar tal como está, o que em termos jurídicos, políticos e fiscalizatórios, pode ser imobilizador.

E o ordenamento jurídico embasado em uma *Constituição nominal ou semântica* é insuficiente para alterar o estado de coisas, ao contrário de um sistema *normativamente constitucional*, o qual possibilitaria a participação e o controle efetivamente democráticos. Além desses fatores, Raymundo Faoro atribui a continuidade do patrimonialismo ao modelo colonial, à passividade do povo e à tradição da dependência do comando político-econômico. O autor não vislumbra saídas à situação que constatou.

Por sua vez, o jurista e ex-ministro do Supremo Tribunal Federal Victor Nunes Leal publicou, em 1949, a versão comercial de sua tese para ingresso como professor na Faculdade Nacional

de Direito da Universidade do Brasil, atual UFRJ, com o título *Coronelismo, enxada e voto*. A obra não só é de interesse ao estudo do Direito Eleitoral, mas da História do Brasil. Por isso, é essencial uma abordagem, ainda que perfunctória, dos elementos e argumentos veiculados pelo autor.

Faz-se necessário destacar, inicialmente, que foi escrita em uma época em que o Brasil era eminentemente rural, sendo o coronelismo, segundo o autor, ínsito à preponderância da sociedade rural, ou seja, o fenômeno tenderia a se enfraquecer diante da urbanização, da evolução dos meios de comunicação, de profissões liberais, industriais ou comerciais.

Serve-se o autor de nota de Basílio de Magalhães, que explicou a origem do termo “coronelismo” como designação conferida pelos sertanejos a todo chefe político local, após a proclamação da República, por influência da configuração da Guarda Nacional. Antes da extinção da Guarda, o posto de coronel nos regimentos municipais era concedido a quem já detinha poder local, geralmente os mais abastados fazendeiros. Então, os líderes com maior influência política local passaram a ser tratados como “coronéis”, perpetuando-se o vocábulo na realidade política. Era, para a época, o poder privado econômico e social na área rural se reproduzindo na estrutura representativa eleitoral.

A formação de um eleitorado rural na Primeira República e a adoção da forma federativa de Estado foram fatores que, segundo o autor, fomentaram o coronelismo. Os hegemônicos, além de incrementarem seu poder político local, colocavam-se na posição de credores frente às autoridades estaduais e federais na medida em que se propunham a assegurar a manutenção no poder daqueles que obtinham votos dentro de seu território controlado. Por outro lado, a submissão do município a outras esferas federativas era patente em razão do controle do orçamento público, fator estrutural federativo que deve ser considerado ao se analisarem os sistemas representativos.

Os coronéis propagavam seu poder por meio da troca de favores e também pelo uso declarado da violência. Vale arrematar as observações acima com a transcrição do seguinte trecho:

Qualquer que seja, entretanto, o chefe municipal, o elemento primário desse tipo de liderança é o “coronel”, que comanda discricionariamente um lote considerável de *votos de cabresto*. A força eleitoral empresta-lhe prestígio político, natural coroamento de sua privilegiada situação econômica e social de dono de terras. Dentro da esfera própria de influência, o “coronel” como que resume em sua pessoa, sem substituí-las, importantes instituições sociais. (LEAL, 1986, p. 23)

Não menos eloquentes são as palavras de Domingos Velasco, citado pelo autor:

É o fazendeiro, o “coronel”, quem assiste o jeca nas suas dificuldades da vida, é quem lhe dá um trecho de terra para cultivar, é quem lhe fornece remédios, é quem o protege das arbitrariedades dos governos, é seu intermediário junto às autoridades. Criou-se desta forma, desde a colônia, um poder que a lei desconhece, mas que é um poder de fato e incontestável, imposto pelas contingências do meio. (*Apud* LEAL, 1986, p. 24).

Fica evidente que o coronel tinha comando sobre o conteúdo do voto, o que pressupõe um sistema de votação desprovido de respaldo jurídico para o sigilo do voto e de vontade material de preservação da intenção eleitoral.

Somente com o advento do Código Eleitoral de 1932 o voto secreto foi juridicamente implantado², o que não inibiu

² Art. 56. O sistema de eleição é o do sufrágio universal direto, voto secreto, e Art. 57.

fraudes posteriores, embora as legislações subsequentes não tenham deixado de contemplar e discorrer sobre o voto sigiloso.

Após a proclamação da República, as Leis Federais nº 35/1892 e nº 1.269/1904, esta última chamada de Lei Rosa e Silva, previam o voto secreto, mas eram meramente simbólicas, pois concomitantemente admitiam o voto “descoberto”, ou seja, com o conhecimento da manifestação de vontade do eleitor. Isso explica, em parte, a frustração no saneamento de fragilidades no sistema representativo na época. Fica evidente, portanto, que o controle dos votos era facilmente exercido pelos poderosos locais.

4 O abuso de poder econômico no Direito vigente

Para completa apreensão da expressão técnica de Direito Eleitoral “abuso de poder econômico”, é necessário indagar qual seria o significado de “econômico”. A doutrina indica que o termo deve ser considerado no sentido de valor patrimonial, monetário, de posse de bens. E “poder” tem a conotação de relação de superioridade, de hierarquia de potencial econômico, indicando a possibilidade de influência e determinação sobre outrem. Nesse sentido, o poder deve ser limitado, regulado, evitando-se o abuso, o que se faz com o estabelecimento de leis e com a atuação dos órgãos de controle.

Resguarda o sigilo do voto um dos processos mencionados abaixo.

I – Consta o primeiro das seguintes providências:

- 1) uso de sobrecartas-oficiais, uniformes, opacas, numeradas de 1 a 9 em séries, pelo presidente, à medida que são entregues aos eleitores;
- 2) isolamento do eleitor em gabinete indevassável, para o só efeito de introduzir a cédula de sua escolha na sobrecarta e, em seguida, fechá-la;
- 3) verificação da identidade da sobrecarta, à vista do número e rubricas;
- 4) emprego de uma suficientemente ampla para que se não acumulem as sobrecartas na ordem em que são recebidas.

II – Consta o segundo das seguintes providências:

- 1) registro obrigatório dos candidatos, até cinco dias antes da eleição;
- 2) uso das máquinas de votar, regulado oportunamente pelo Tribunal Superior, de acordo com o regime deste Código.

O abuso de meios patrimoniais se configura por ações ilícitas na utilização da disponibilidade patrimonial do agente de modo a interferir em seu benefício no certame eleitoral. Há, portanto, a ideia de comércio e venalização do processo eleitoral e, por conseguinte, da gestão que se sucede às eleições. Com o abuso de poder econômico, o propósito de eleições igualitárias e livres é desvirtuado e a democracia justa e participativa, corroída, em prejuízo do interesse público.

O abuso de poder econômico, entendido no senso comum como a malversação do patrimônio em prol de uma candidatura, acarreta diversas consequências jurídicas de acordo com o Direito Eleitoral positivo brasileiro. A ilicitude pode se enquadrar em uma gama de dispositivos legais, como se verá a seguir.

Tanto no âmbito penal quanto no eleitoral, o bem jurídico tutelado é a supremacia da vontade popular, alicerce máximo de toda a ordem constitucional brasileira (Art. 1º, parágrafo único, da Constituição Federal). Os valores da democracia participativa, da liberdade do voto, da cidadania, da dignidade da pessoa humana e do pluralismo político como fundamentos da República (Art. 1º, II, III e V, da Constituição Federal) são protegidos pela legislação infraconstitucional.

Na esfera criminal, o art. 299 do Código Eleitoral – Lei nº 4.737/65 – prevê o delito de corrupção eleitoral, que abrange as condutas da corrupção ativa e passiva do Código Penal.

A Lei nº 9.504/97 – Lei das Eleições – contém diversos dispositivos que tratam do abuso do poder econômico. Seu art. 18, § 2º, trata dos gastos que exorbitam os valores máximos declarados, cominando a sanção de multa. O art. 25 traz norma relativa ao uso inadequado de verbas pelo partido político e a sanção de perda de quota do Fundo Partidário, sem prejuízo de responsabilização por abuso do poder econômico.

O art. 30-A, na redação dada pela Lei nº 12.034/09, versa sobre o início do procedimento para investigação de abuso no

que diz respeito a arrecadação e gastos. Ainda, o art. 41-A, que foi acrescentado pela Lei nº 9.840/99, trata da captação ilícita de sufrágio, prevendo pena de multa e de cassação do registro ou diploma para o candidato que doar, oferecer, prometer ou entregar qualquer bem ou vantagem ao eleitor com o fim de obtenção do voto.

Vale observar que a Lei nº 9.840/99 foi gerada por projeto de lei de iniciativa popular, um dos mecanismos de democracia direta constantes do art. 14, III, da Constituição Federal, o que denota a preocupação da população acerca dos padrões éticos praticados e desejados na disputa por cargos eletivos e a receptividade e sensibilidade do Congresso Nacional a manifestações nesse sentido.

Por fim, devem ser observados os dispositivos abaixo transcritos da Lei de Inelegibilidades (Lei Complementar nº 64/90), com as atualizações da Lei da Ficha Limpa (Lei Complementar nº 135/2010), a qual também resultou de projeto de lei de iniciativa popular:

Art. 22. Qualquer partido político, coligação, candidato ou Ministério Público Eleitoral poderá representar à Justiça Eleitoral, diretamente ao Corregedor-Geral ou Regional, relatando fatos e indicando provas, indícios e circunstâncias e pedir abertura de investigação judicial para apurar 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, obedecido o seguinte rito:

[...]

XIV – julgada procedente a representação, ainda que após a proclamação dos eleitos, o Tribunal declarará a inelegibilidade do representado e de quantos hajam contribuído para a prática do

ato, cominando-lhes sanção de inelegibilidade para as eleições a se realizarem nos 8 (oito) anos subsequentes à eleição em que se verificou, além da cassação do registro ou diploma do candidato diretamente beneficiado pela interferência do poder econômico ou pelo desvio ou abuso do poder de autoridade ou dos meios de comunicação, determinando a remessa dos autos ao Ministério Público Eleitoral, para instauração de processo disciplinar, se for o caso, e de ação penal, ordenando quaisquer outras providências que a espécie comportar;

XVI – para a configuração do ato abusivo, não será considerada a potencialidade de o fato alterar o resultado da eleição, mas apenas a gravidade das circunstâncias que o caracterizam.

Um regime, para ser plenamente democrático, não pode expor a normalidade e a legitimidade do processo de escolha de representantes à influência do poder econômico de modo a desequilibrar o pleito ou sujeitar os votantes a pressões ou arbítrios.

Por isso, as condutas relacionadas com o abuso de poder econômico devem se revestir de potencialidade ou capacidade de interferir na vontade do eleitor e nas eleições. Nesse sentido é o atual posicionamento do Tribunal Superior Eleitoral (*os fatos abusivos devem ter aptidão para interferir no pleito* – RCED nº 767, de 25/02/2010), em contraposição à posição anterior, a qual exigia prova cabal do nexo de causalidade entre a conduta abusiva e o comprometimento da retidão e legalidade da eleição.

Verifica-se que tal entendimento foi positivado no inciso XVI do art. 22 da Lei das Inelegibilidades, com o acréscimo feito pela Lei da Ficha Limpa. O dispositivo deixa claro que não é necessária a inversão da ordem dos mais votados, com a consequente alteração do resultado, para que se configure o abuso, de modo que a nova redação irradia efeitos na interpretação das demais normas que visam coibir excessos econômicos.

Considerando que o voto é secreto, para a conclusão jurídica de que houve uma conduta abusiva, faz sentido não se exigir a comprovação de que ocorreu concreta interferência na vontade do eleitor, pois tal prova seria inviável na prática. As condutas ilegais devem afetar negativamente o ambiente da disputa democrática, em prejuízo do idôneo resultado das eleições e da democracia como um todo.

Vale observar que os modelos positivados de abuso de poder econômico não exaurem as possibilidades dos abusos. Estes podem se verificar das mais diversas maneiras e não se enquadrar em uma das hipóteses abstratas.

A realidade social, nos diferentes campos do Direito, é muito mais ampla do que pode prever, discutir e aprovar o legislador. E as condutas humanas, mormente daqueles que visam burlar a lei, são realizadas com mais criatividade do que pode acompanhar o ordenamento. A celeridade das transformações sociais em contraponto ao estanque ordenamento, fenômeno dos mais intrigantes da sociologia jurídica que escapa aos propósitos deste trabalho, é observação que ilustra que não é tão simples atribuir às omissões legais as razões para verificação de uma ampliação quantitativa e qualitativa de condutas irregulares. Como decorrência, exsurge a indagação, à qual, pelas razões apontadas, não se pretende oferecer uma resposta, se os esforços e pleitos por alterações legais que ampliem os modelos abstratos de enquadramento de ilicitude realmente solucionam as mazelas cotidianamente verificadas no cenário eleitoral.

Feita a digressão acima, percebe-se que o que se pode fazer para fins de avaliação do abuso do poder econômico é trazer à baila decisões da Justiça Eleitoral que afirmem de que modo ocorreu o abuso. Frise-se que os abusos aqui constatados são aqueles que a Justiça Eleitoral assim considera e, desse modo, o contexto no qual a decisão foi tomada não pode ser ignorado. Seguindo nessa linha, impende sublinhar que, para

um fato resultar em uma conclusiva decisão judicial, deve haver um sujeito legitimado que provoque o inerte sistema judiciário.

Deve-se, ademais, refletir se todos os meios de impulso da demanda foram eficientes para o fim de se obter uma resposta jurisdicional, ou seja, deve-se considerar se o fato foi devidamente levado à autoridade competente, se houve a devida investigação pelos órgãos responsáveis, se não houve um fato extintivo do processo, se a atuação das partes se deu conforme preconizado na lei, entre outros pontos.

Vê-se, portanto, que há uma distância entre a ocorrência de uma conduta e uma resposta judicial definitiva. Quantos e quais fatos são informados ao Judiciário? Quais investigações são concluídas e por quê? Quais processos transcorrem normalmente sem que regras procedimentais acarretem sua suspensão ou extinção? Quais provas são satisfatoriamente produzidas e contraditadas para a fundamentação da decisão judicial?

As considerações sobre decisões judiciais, em suma, devem ressaltar que os fatos passam por diversos filtros sociais e jurídicos antes de o Estado afirmar, por meio do Judiciário, sua definitiva posição sobre eles.

Os vários julgamentos conclusivos sobre abuso do poder econômico demonstram que é fenômeno sociopolítico presente na sociedade brasileira e que afeta as disputas eleitorais e o sistema representativo. Note-se que, neste momento, enfatiza-se o abuso do poder econômico sem se aprofundar na interferência sobre os pleitos dos recursos utilizados em campanhas em conformidade à legislação, pois o debate se ampliaria para um exame da adequação da legislação em vigor e sobre os rumos de uma eventual reforma política.

Pela análise dos julgamentos colacionados em seguida, pode-se perceber a multiplicidade de condutas destinadas a interferir no pleito com abuso de poder econômico. Procurou-se demonstrar a diversidade por meio de processos que chegaram

ao Tribunal Superior Eleitoral, instância máxima da Justiça Eleitoral.

5 Julgamentos do TSE

Os acórdãos do Tribunal Superior Eleitoral exemplificam diversas situações de abuso de poder econômico, na acepção ampla, de acordo com os dispositivos do ordenamento vigente que se enquadram no gênero.

Este julgado revela conduta que se capitula no art. 41-A da Lei nº 9.504/97 consistente em pagamento a empregados sem a correspondente prestação de serviço:

[...]

1. Caracteriza captação ilícita de sufrágio o depósito de quantia em dinheiro em contas-salário de inúmeros empregados de empresa de vigilância, quando desvinculado de qualquer prestação de serviços, seja para a própria empresa, que é administrada por cunhado da candidata, seja para campanha eleitoral.

2. A atual jurisprudência do Tribunal não exige a prova da participação direta, ou mesmo indireta, do candidato, para fins de aplicação do art. 41-A da Lei das Eleições, bastando o consentimento, a anuência, o conhecimento ou mesmo a ciência dos fatos que resultaram na prática do ilícito eleitoral, elementos esses que devem ser aferidos diante do respectivo contexto fático. No caso, a anuência, ou ciência, da candidata a toda a significativa operação de compra de votos é fruto do envolvimento de pessoas com quem tinha forte ligação familiar, econômica e política.

3. Na hipótese de abuso do poder econômico, o requisito da potencialidade deve ser apreciado em função da seriedade e da gravidade da conduta imputada, à vista das particularidades do caso, não devendo tal análise basear-se em eventual número de votos decorrentes do abuso, ou mesmo em diferença de votação, embora essa avaliação possa merecer criterioso exame em cada situação concreta. [...]

(TSE, Recurso contra Expedição de Diploma – RCED nº 755, acórdão de 24/08/2010 – Porto Velho/RO, relator ministro Arnaldo Versiani.)

Em seguida, colaciona-se acórdão do TSE que demonstra abuso do poder econômico em razão da excessiva contratação de cabos eleitorais, com o correspondente julgamento do Tribunal Regional Eleitoral:

[...] O Tribunal Regional Eleitoral reconheceu a vultosa contratação, às vésperas da eleição, de cabos eleitorais para campanha, o que corresponderia à expressiva parcela do eleitorado, a configurar, portanto, abuso do poder econômico, bem como entendeu, diante do mesmo fato, provada a compra de votos, segundo depoimentos de testemunhas que foram considerados idôneos, julgando, afinal, procedentes os pedidos formulados em investigação judicial e ação de impugnação de mandato eletivo. [...]

(TSE, Agravo Regimental na Ação Cautelar nº 880-37.2010.6.00.0000 – Jaguaré/ES, acórdão de 01/06/2010, relator ministro Arnaldo Versiani.)

[...] Chamou-nos atenção a quantidade expressiva de recibos acostados aos autos, referentes ao suposto serviço de cabo eleitoral. Conforme se verifica das cópias dos contratos de doação anexados dos autos, todos assinados pelo recorrido Evilázio Sartório Altoé, nos dias 29 de setembro e 04 de outubro, ou

seja, às vésperas da eleição, foram 'supostamente' contratadas para 'supostamente' trabalharem como cabos eleitorais 1.965 pessoas. Tal montante corresponde, aproximadamente, a 13% (treze por cento) do eleitorado do Município de Jaguaré. [...]

(TRE/ES, Recurso Eleitoral nº 1317, acórdão de 14/12/2009, relator Sérgio Bizzotto Pessoa de Mendonça.)

A decisão abaixo constatou a compra e doação de produto com fins eleitorais ilícitos:

[...] Ação de investigação judicial eleitoral. Captação ilícita de sufrágio. Existência de prova consistente e suficiente da existência de captação ilícita de votos. Aquisição e doação de pulverizador em momento crítico do período eleitoral por interposta pessoa. Utilização de cheque de empresa do candidato para a aquisição do equipamento. Especial fim de agir caracterizado. Desnecessidade de pedido expresso de voto. [...]

(TSE, Agravo Regimental em Recurso Especial Eleitoral nº 35.804, acórdão de 18/03/2010, relatora ministra Cármen Lúcia.)

Sobre oferecimento de transporte em período eleitoral, assim decidiu o TSE:

[...] Representação. Captação ilícita de sufrágio. [...]. Deputado estadual. [...]. Oferecimento de serviços de fretes gratuitos a eleitores em comitê eleitoral de candidato. Provimento. Cassação do mandato. Aplicação de multa. [...]. II - O oferecimento de serviço gratuito de mudança para eleitores em período eleitoral, por intermédio do comitê eleitoral do candidato, configura captação ilícita de sufrágio. III - Nas hipóteses de captação de sufrágio

é desnecessária a análise da potencialidade da conduta. [...]

(TSE, Recurso Ordinário nº 1.461, acórdão de 04/02/2010, relator ministro Ricardo Lewandowski.)

O aresto seguinte versa sobre a distribuição de combustível vinculada a interesses eleitorais:

[...]. 1. A partir da moldura fática do v. acórdão recorrido, ficaram comprovadas a aquisição e a distribuição de combustível, em quantidade expressiva (1.616 litros) e atrelada a pedido de votos, a eleitores do município de Ouro Verde de Minas/MG, por parte da candidata a prefeita, ora agravante. [...]

3. No caso, os requisitos do art. 41-A estão evidenciados, uma vez que houve doação de bem (combustível) a eleitores (conduta típica), acompanhada de pedido expresso de votos (fim de obter voto) formulado pela própria candidata beneficiária (participação ou anuência do candidato). [...]

(TSE, Agravo Regimental em Recurso Especial Eleitoral nº 35.933, acórdão de 10/12/2009, relator ministro Felix Fischer.)

Situação em que houve entrega de dinheiro para a compra de votos e oferecimento de cargo no governo foi o fundamento fático do julgamento seguinte:

[...] Captação ilícita de sufrágio. Prisões em flagrante por compra de votos no dia da eleição. Apreensão de dinheiro e santinhos. Não é necessária a participação direta do candidato. [...]. 11. Cooptação de apoio de liderança política. Oferecimento de cargo no governo e entrega de dinheiro para compra de votos. Caracterização de

captação de sufrágio. 12. Celebração de convênio entre Associação e Secretaria de Estado. Período Eleitoral. Utilização dos recursos do convênio para compra de votos. [...]

(TSE, Recurso contra Expedição de Diploma nº 671, acórdão de 03/03/2009, relator ministro Eros Grau.)

Doação de eletrodoméstico e pagamento de exame médico são condutas que já foram utilizadas para influenciar em eleição, como demonstra o TSE:

[...] Captação ilícita de sufrágio. Configuração. Desnecessidade de expresse pedido de voto. [...]. A caracterização da captação ilícita de sufrágio prescinde de expresse pedido de voto, sendo suficientes a participação do candidato e a evidência do especial fim de agir. 5. Captação ilícita de sufrágio. Doação de fogão e pagamento de ecografia a eleitoras em período crítico da disputa eleitoral. Fatos praticados pelo agravante e pelo vice-prefeito eleito, segundo entendimento das instâncias inferiores. Impossibilidade do reexame de prova. [...]

(TSE, Agravo Regimental no Agravo de Instrumento nº 6.335, acórdão de 09/09/2008, relator ministro Joaquim Barbosa.)

Gratuidade no aluguel de mesas de sinuca foi a razão pela qual deputado estadual teve seu diploma cassado:

[...] Ação de impugnação de mandato eletivo. Deputado estadual. Captação ilícita de sufrágios. Cassação do diploma, declaração de inelegibilidade e aplicação de multa. Lei nº 9.504/97, art. 41-A. Oferecimento de gratuidade no aluguel de mesas de sinuca para a obtenção de votos. Captação ilícita de sufrágio caracterizada. [...]

(TSE, Recurso Ordinário nº 1.435, acórdão de 02/09/2008, relator ministro Ari Pargendler.)

6 Considerações finais

Os apontamentos acima procuram induzir à reflexão sobre a influência do poder econômico no sistema representativo. Se a economia é o fundamento sobre o qual se sustenta a sociedade, não parece haver demonstração de que ela se afastaria das relações políticas.

Porém, é imperioso que haja proporcionalidade e racionalidade no uso dos meios econômicos para que coexista com uma participação democrática, de fato e de direito, e para que o contexto da disputa eleitoral possibilite uma representação legítima da sociedade. O que está em debate, portanto, é o antes, o durante e o depois da disputa eleitoral e do período do mandato representativo.

As alterações legislativas e a atuação da Justiça Eleitoral, juntamente com outros órgãos de controle, revelam um aperfeiçoamento gradual do sistema representativo, acentuado pela ampliação da participação popular após a Constituição de 1988. Todavia, a História brasileira e o presente retrato de abusos do poder econômico levados ao Poder Judiciário expressam que o sistema representativo merece permanentes vigilância, análise e melhoramentos.

Pondere-se que a legislação e o controle formal promovido pelo Judiciário não parecem ser suficientemente aptos, social e institucionalmente, para prevenir todas as ilicitudes previstas em lei. Deve-se quebrar a suposta relação de cumplicidade entre candidato e eleitor para que este vote sem influência de interesses econômicos imediatos e não relacionados à gestão da coisa pública a ser feita pelo seu candidato.

Com isso, a cidadania, a dignidade da pessoa humana e o pluralismo político serão elevados a reais fundamentos do Estado democrático de direito e a soberania do poder popular atingirá o patamar de efetivo legitimador do sistema de

representação política (Art. 1º, II, III, V e parágrafo único da Constituição Federal).

Deve-se, por derradeiro, refletir em que medida e em que direção as relações políticas e econômicas entre representantes e representados evoluíram para que seja possível propor em abstrato e em concreto alternativas à realidade histórica e presente.

Referências

CARVALHO, José Murilo. Fundamentos da Política e Sociedade Brasileira. In *Sistema Político Brasileiro* – uma introdução. Cintra e Avelar (Orgs.). São Paulo: Unesp, 2004.

CASTRO, Edson Resende. *Teoria e prática do Direito Eleitoral*. Belo Horizonte: Del Rey, 2010.

CERQUEIRA, Thales Tácito e CERQUEIRA, Camila Medeiros. *Tratado de Direito Eleitoral*. São Paulo: Premier, 2008.

COÊLHO, Marcus Vinicius Furtado. *Direito Eleitoral e processo eleitoral*. Rio de Janeiro: Renovar, 2010.

COSTA, Adriano Soares da. *Instituições de Direito Eleitoral*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

FAORO, Raymundo. *Os donos do poder* – Formação do patronato político brasileiro. São Paulo: Globo, 2008.

GOMES, José Jairo. *Direito Eleitoral*. Belo Horizonte: Del Rey, 2010.

LEAL, Victor Nunes. *Coronelismo, enxada e voto*. São Paulo: Ed. Alfa-Ômega, 1986.

PAIM, Antônio. *A querela do estatismo*. Brasília: UnB, 1994.

PONTE, Antônio Carlos da. *Crimes eleitorais*. São Paulo: Saraiva, 2008.

PORTO, Walter Costa. *Dicionário do voto*. Brasília: UnB, 2000.

STOCO, Rui e STOCO, Leandro de Oliveira. *Legislação eleitoral interpretada*. São Paulo: RT, 2010.

VELASCO, Domingos. *Direito Eleitoral*. Rio de Janeiro: Editora Guanabara, 1935.

WEBER, Max. *Economia e sociedade*. Brasília: UnB, 2004.

RECEBIMENTO DA DENÚNCIA E ABSOLVIÇÃO SUMÁRIA NO PROCESSO PENAL ELEITORAL BRASILEIRO: SOLUÇÃO DA ANTINOMIA APARENTE GERADA PELO § 4º DO ART. 394 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL

ROBERT STEVEN VIEIRA TAVES¹

Resumo

O presente artigo constata a antinomia causada pelo § 4º do art. 394 do Código de Processo Penal entre os procedimentos penais eleitorais e o procedimento penal comum de recebimento da denúncia e absolvição sumária. O tema é abordado por uma perspectiva teórica e hermenêutica para discutir uma solução para o conflito normativo.

Palavras-chave: Processo penal eleitoral. Recebimento da denúncia. Absolvição sumária. Antinomia.

Abstract

This article points to the antinomy generated by the §4 of Art. 394 of the Code of Criminal Procedure between electoral prosecutions and the common proceedings for complaint reception and summary acquittal. The subject is approached by a theoretical and hermeneutic perspective towards discussing a solution to the normative conflict.

Keywords: Electoral criminal procedure. Receipt of complaint. Summary acquittal. Antinomy.

¹ Graduado e mestrando em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais. Assessor do Procurador Regional Eleitoral da 1ª Região.

1 Introdução

A dogmática processual penal eleitoral só será um microsistema de normas jurídicas por sério esforço hermenêutico. A insuficiente disciplina processual penal na Lei nº 4.737/1965 – Código Eleitoral – já é um desafio interpretativo e argumentativo. A essa condição se somam as constantes alterações episódicas do Decreto-Lei nº 3.689/1941 – Código de Processo Penal –, aplicável de forma subsidiária, mas importante, ao processo penal eleitoral, segundo a sistematicidade e o art. 364 do Código Eleitoral.

Interessante discussão surge com a Lei nº 11.719/2008, a qual, dentre outras disposições, alterou a redação dos arts. 395 a 397 do Código de Processo Penal, agora referentes ao recebimento da denúncia e absolvição sumária no procedimento comum. Ademais, a Lei nº 11.719 revogou o art. 398 e deu nova redação ao art. 394, prevendo em seu § 4º que: “As disposições dos arts. 395 a 398 deste Código aplicam-se a todos os procedimentos penais de primeiro grau, ainda que não regulados neste Código”.

O intérprete e aplicador do Direito precisa da referência contrafactual de um ordenamento sistemático e se encontra, pois, diante da questão: os arts. 395 a 397 do Código de Processo Penal também se aplicam aos procedimentos especiais do processo penal eleitoral previstos nos arts. 355 a 364 do Código Eleitoral, se perante juízes eleitorais, e nos arts. 1º a 12 da Lei nº 8.038/1990, se em tribunais? A solução dessa questão é o objeto deste artigo, que abordará o tema sob a perspectiva teórica geral e hermenêutica.

2 Procedimentos penais eleitorais e disciplina de recebimento de denúncia e absolvição sumária no Código de Processo Penal

Antes de abordar a solução para a questão, é preciso esclarecer se ela de fato existe e em que consistiria. Cumpre, para isso, rememorar o procedimento penal eleitoral perante juízes eleitorais e o originário em tribunais, contrapondo-os à nova disciplina sobre recebimento da denúncia e absolvição sumária prevista nos arts. 395 a 397 do Código de Processo Penal. Apenas se houver diferenças entre as disciplinas procedimentais é que restará configurado o conflito de normas.

O rito processual penal eleitoral perante juízes eleitorais, em vista do caráter público incondicionado da ação, previsto no art. 355 do Código Eleitoral, em regra, inicia-se com o oferecimento de denúncia. A inicial acusatória deve ser ajuizada por escrito, com especificação de provas e rol de testemunhas em até dez dias, nos termos do art. 357 do referido código. Doutrina de peso sustenta que, em face da omissão da legislação eleitoral sobre a circunstância de o réu estar preso, é aplicável subsidiariamente o art. 46, *caput*, do Código de Processo Penal, sendo o prazo nesse caso de cinco dias e não de dez dias (PONTE, 2008, p. 126; OLIVEIRA, 2010. p. 793).

A inobservância do prazo pelo Ministério Público Eleitoral consubstancia crime e falta funcional, previstos nos arts. 342 e 357, § 3º, do Código Eleitoral. Nessa hipótese, deve o juiz eleitoral representar contra o membro do *Parquet*, sob pena de também incorrer em crime, e remeter os autos ao Procurador Regional Eleitoral, nos termos dos arts. 343 e 357, § 1º e 3º, do Código Eleitoral e do art. 28 do Código de Processo Penal.

Segue-se o recebimento da denúncia que somente será rejeitada nas hipóteses do art. 358 do Código Eleitoral por atipicidade, extinção da punibilidade ou não implemento de condição da ação.

Recebida a denúncia, somente então o réu deverá ser citado pessoalmente, intimando-se acusação e defesa para audiência em que será colhido “depoimento pessoal” do réu, nos termos do art. 359 do Código Eleitoral. Não há dúvida, em que pese a terminologia empregada, de que se trata de verdadeiro interrogatório, meio de defesa disciplinado pelos arts. 185 a 196 do Código de Processo Penal (COÊLHO, 2010, p. 569).

Realiza-se, então, audiência de interrogatório, da qual réu e defensor saem intimados, com início imediato do fluxo do prazo (CÂNDIDO, 2006. p. 697; CORDEIRO, 2006. p. 234/235; SILVA, 2006. p. 145/146), para oferecer defesa escrita em dez dias, especificando provas e rol de testemunhas, com fulcro no art. 359, parágrafo único, do Código Eleitoral.

A redação do parágrafo único do art. 359 do Código Eleitoral leva Cordeiro e Silva (2006, p. 246/247) a sustentarem que a defesa não precisa ser subscrita por advogado, embora discordem da disposição legal. Porém, o entendimento mais consentâneo com a exigência legal de capacidade postulatória e o caráter essencial à Justiça do advogado exige que a defesa escrita seja assinada por profissional inscrito na OAB, caso contrário inexistirá (CÂNDIDO, 2006. p. 696/397).

A partir desse ponto, o procedimento não mais seria afetado pelo advento de nova disciplina para o recebimento da denúncia e absolvição sumária, razão pela qual não importa tanto a este trabalho e será ainda mais resumido. Assim, o feito deverá seguir para saneamento, apreciação dos pedidos e, então, para instrução com a realização de audiência, no fim da qual é possível requerer diligências complementares, conforme art. 360 do Código Eleitoral. Acusação e defesa deverão apresentar alegações finais e, conclusos os autos em até quarenta e oito horas, o juiz terá dez dias para proferir sentença, segundo se extrai dos arts. 360 e 361 do referido diploma.

A disciplina de recebimento de denúncia e absolvição sumária prevista nos arts. 395 e 397 do Código de Processo Penal, a seu turno, guarda diferenças significativas quanto à forma de realização de tais atos no procedimento especial penal eleitoral.

Segundo o Código de Processo Penal, oferecida a denúncia, o magistrado deverá deliberar sobre seu recebimento, rejeitando-a apenas nas hipóteses do art. 395, quais sejam, inépcia, falta de condição da ação ou pressuposto processual e ausência de justa causa.

Recebida a denúncia, o réu deverá ser citado pessoalmente para, em dez dias, oferecer resposta à acusação, a qual deverá conter todas as alegações preliminares e poderá deduzir qualquer questão de mérito, especificando provas e arrolando testemunhas, com fulcro nos arts. 396 e 396-A. A ausência de resposta escrita impõe a nomeação de defensor para oferecê-la para o réu indefeso, segundo preceitua o § 2º do art. 396-A.

Oferecida a defesa, cabe ao magistrado absolver o réu sumariamente ou não nas hipóteses taxativas do art. 397 do Código de Processo Penal por verificar causa excludente da ilicitude, causa excludente da culpabilidade, salvo inimputabilidade, atipicidade manifesta ou extinção da punibilidade.

O confronto dos dois ritos permite constatar que o procedimento especial penal eleitoral se difere em três pontos da disciplina de recebimento da denúncia e absolvição sumária do Código de Processo Penal.

A primeira diferença reside nas hipóteses de rejeição da denúncia, pois o art. 358 do Código Eleitoral prevê que a denúncia será rejeitada por atipicidade, extinção da punibilidade ou não implemento de condição da ação. Verifica-se que o Código Eleitoral reproduz nesse ponto o disposto no antigo art. 43 do Código de Processo Penal, o qual foi revogado pela

própria Lei nº 11.719/2008. Sobre as hipóteses de rejeição, com exceção da ausência de condição da ação, as demais hipóteses dizem respeito ao próprio mérito da ação penal ou questão a ele prejudicial.

A nova disciplina do recebimento da denúncia no Código de Processo Penal está prevista no seu art. 395, segundo o qual ocorrerá a rejeição por inépcia, falta de condição da ação ou pressuposto processual e ausência de justa causa. Todas essas justificativas apresentam cunho eminentemente processual, preliminar ao mérito da ação penal. Assim, a análise de questões prejudiciais e de mérito foi concentrada na apreciação da possibilidade de absolvição sumária e na prolação de sentença, quando já devidamente constituída a relação processual.

A segunda diferença está na continuação do procedimento. No procedimento especial penal eleitoral, ao recebimento da denúncia, segue-se interrogatório e então resposta escrita, segundo o art. 359 do Código Eleitoral. A ordem desses atos se altera na atual disciplina do Código Processual Penal, pois, do recebimento, prossegue-se direto para resposta escrita, com fulcro no art. 396 do Código Processual Penal, de forma que o interrogatório é realizado na audiência de instrução e julgamento.

A última diferença está na inexistência de previsão de absolvição sumária no procedimento especial eleitoral. O art. 397 do Código de Processo Penal, a seu turno, prevê essa possibilidade nas hipóteses de se constatar causa excludente da ilicitude, causa excludente da culpabilidade, exceto a inimputabilidade, atipicidade manifesta ou extinção da punibilidade. As justificativas são questões prejudiciais ou de mérito que, mesmo em análise perfunctória e em juízo de prelibação, podem ser aferidas.

Cumprido realizar a mesma análise com relação ao procedimento de julgamento dos crimes eleitorais de competência originária dos tribunais que seguem os arts. 1º

a 12 da Lei nº 8.038/1990. Embora inicialmente esse diploma apenas se aplicasse aos procedimentos de competência originária do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça, a Lei nº 8.658/1993 determinou a aplicação dos arts. 1º a 12 da Lei nº 8.038/1990 também aos Tribunais de Justiça e aos Tribunais Regionais Federais. Nesse mesmo sentido e por aplicação analógica, a jurisprudência consagrou sua aplicação também às Cortes Eleitorais (TSE HC nº 266/RJ – rel. min. Paulo Roberto Saraiva da Costa Leite – DJ 15/12/1995, p. 44127. TSE HC nº 237/RS – DJ 18/11/1994, p. 31430. TSE REspE nº 12.748/RS – DJ 07/04/2000, p. 126. TSE HC nº 382/PR, DJ 14/09/2001, p. 145).

A denúncia deve ser oferecida em quinze dias da conclusão do procedimento administrativo investigativo, se solto o réu, ou em cinco dias, se preso, conforme prescreve o art. 1º, *caput*, § 2º, “a”, da Lei nº 8.038/1990.

O acusado, então, será notificado para oferecer resposta à acusação em quinze dias, com fulcro no art. 4º, *caput*, Lei nº 8.038/1990, ato que equivale à citação e deve ser pessoal (CÂNDIDO, 2006. p. 719). A resposta deve ser acompanhada de todos os documentos de que o réu dispuser sobre os fatos e precisa ser assinada por advogado, conforme se extrai dos arts. 4º e 5º, *caput*, Lei nº 8.038/1990.

Apenas se a resposta vier acompanhada de novos documentos, o Ministério Público deverá ser novamente intimado e se manifestará sobre eles em cinco dias, de acordo com o art. 5º, *caput*, Lei nº 8.038/1990.

Conclusos os autos, o art. 6º da Lei nº 8.038/1990 determina que o relator pedirá a marcação de sessão para deliberação sobre o recebimento da denúncia, na qual serão lidas a denúncia e a resposta, haverá possibilidade de sustentação oral por quinze minutos, primeiro à acusação, depois à defesa, e, então, o tribunal decidirá. A Lei nº 8.038/1990 não prevê critérios específicos para a rejeição da denúncia, de forma que devem ser aplicadas as hipóteses previstas no art. 395 do Código de Processo Penal, quais sejam, inépcia, falta de

pressuposto processual ou condição da ação penal ou ausência de justa causa. A incidência das hipóteses do art. 358 do Código Eleitoral é impossível, porquanto este dispositivo não é geral e de aplicação supletiva, mas é regra especial, cuja aplicação se restringe ao procedimento de julgamento de crimes eleitorais por juízes eleitorais.

Sucessivamente e na mesma sessão, o próprio art. 6º, *caput*, da Lei nº 8.038/1990, prevê a possibilidade de o tribunal se manifestar sobre a “improcedência da acusação, se a decisão não depender de outras provas”. A jurisprudência compreende que essa previsão refere-se às hipóteses de absolvição sumária, quando seria aplicável subsidiariamente o disposto no art. 397 do Código de Processo Penal (STJ – HC 22818/SP – T6 – rel. min. Hamilton Carvalhido – DJ 10/05/2004 p. 348. TRE/PR – AP nº 58 – rel. Luiz Fernando Tomasi Keppen – DJ 26/07/2010. TRE/RO – PET nº 11, Ac. nº 218/2009 – rel. José Torres Ferreira – DJ 27/08/2009, p. 98. TRE/MG – AP nº 26805 – rel. José Altivo Brandão Teixeira – DJEMG 22/07/2011). Esse entendimento também encontra amparo na doutrina de Oliveira (2010, p. 755/756), para quem o art. 397 do Código de Processo Penal seria aplicável inclusive com as alterações realizadas pela Lei nº 11.719/2008. Assim, seria a absolvição sumária cabível se verificada causa excludente de ilicitude, de culpabilidade, salvo inimputabilidade, atipicidade evidente ou extinção da punibilidade.

Finda a sessão, se recebida a denúncia e não houver absolvição sumária, tanto a acusação quanto a defesa dela sairão intimadas do dia e da hora do interrogatório, devendo o réu ser pessoalmente citado e intimado da realização desse ato, segundo se infere do art. 7º da Lei nº 8.038/1990.

O interrogatório ocorrerá em ato próprio e observará as mesmas regras previstas no Código de Processo Penal, em seus arts. 185 a 196. É possível a delegação de sua realização a juízo de primeira instância por carta de ordem, em razão do art. 9º, I, da Lei nº 8.038/1990. O réu e seu defensor saem da sessão ou

audiência de interrogatório intimados a oferecer defesa prévia em cinco dias, com fulcro no art. 8º da Lei nº 8.038/1990.

A defesa não é propriamente “prévia”, porquanto oferecida após o recebimento da denúncia. Nela devem ser alegadas todas as questões preliminares e podem ser suscitados todos os argumentos de mérito de que a defesa dispuser.

A partir desse ponto, o procedimento não seria alterado pelo advento de nova disciplina de recebimento da denúncia e absolvição sumária, razão pela qual será ainda mais resumido. Dessa forma, segue-se a realização dos atos de instrução, oportunidade para requerimento de diligências complementares e alegações finais em quinze dias, nos termos dos arts. 9º a 11 da Lei nº 8.038/1990. A sessão de julgamento será regulada pelo regimento interno, com sustentação oral de uma hora para acusação e defesa e de quinze minutos para o assistente, nos termos dos arts. 9º a 12 da Lei nº 8.038/1990.

O confronto desse procedimento, próprio do julgamento de crimes eleitorais de competência originária das Cortes Eleitorais, com a disciplina do Código de Processo Penal sobre o recebimento da denúncia e absolvição sumária, resulta em duas diferenças bem mais sutis.

O momento processual da apreciação da admissão da denúncia não é alterado, pois o art. 395 do Código de Processo Penal não prevê quando ele deverá ocorrer, mas apenas prevê as hipóteses de rejeição, as quais serão observadas, conforme esclarecido acima. A possibilidade de absolvição sumária e os critérios para que isso ocorra previstos no art. 397 do diploma ritualístico penal também serão os mesmos.

A diferença entre as disciplinas normativas processuais reside no momento em que será apreciada a possível absolvição sumária e na oportunidade em que poderá ser apresentada defesa escrita após o recebimento da denúncia.

O rito do Código de Processo Penal prevê que, após a decisão de recebimento da denúncia, a parte será citada e

intimada para oferecer defesa escrita em até dez dias. Somente depois do oferecimento dessa resposta ou do fluxo do seu prazo, o magistrado apreciará a possibilidade de absolvição sumária.

Diferentemente, no procedimento de julgamento dos crimes eleitorais de competência originária dos tribunais, há previsão de resposta à acusação em quinze dias, antes mesmo do recebimento da denúncia. Dessa forma, após o oferecimento da resposta ou escoado seu prazo, será apreciado o recebimento da denúncia e, se recebida, ato contínuo, caberá decidir sobre a absolvição sumária ou não, abrindo-se, então, prazo para defesa prévia.

Verificada a existência de diferenças entre os procedimentos penais eleitorais e o regime de recebimento da denúncia e absolvição sumária no Código de Processo Penal, caracterizando disciplinas divergentes e coexistentes sobre a mesma matéria, resta consubstanciada a antinomia.

3 A antinomia

Um dos atributos essenciais do ordenamento é a coerência, traduzido por Bobbio (1999, p. 79/80) como a não coexistência de normas incompatíveis. Essa orientação se transformou em um cânone da interpretação jurídica, pressuposto da própria compreensão do ordenamento como sistema normativo. O jurista italiano define a antinomia como “aquela situação que se verifica entre duas normas incompatíveis, pertencentes ao mesmo ordenamento e tendo o mesmo âmbito de validade” (apud BOBBIO, 1999).

Nesse sentido, três são os requisitos para que duas ou mais normas jurídicas caracterizem uma antinomia. O primeiro é a incompatibilidade, que na contraposição em exame já foi minuciosamente demonstrada no ponto anterior deste trabalho. O segundo se refere à coexistência das normas em um mesmo ordenamento, o que não é difícil de se perceber no conflito de

normas em exame. O Decreto-Lei nº 4.37/1965 – Código Eleitoral – a Lei nº 8.038/1990 e a Lei nº 3.689/1941 – Código de Processo Penal – estão vigentes e compõem o ordenamento jurídico brasileiro.

O terceiro critério identificado por Bobbio (1999: p. 87) para a determinação de antinomias é a superposição do âmbito de incidência das normas conflitantes, que se divide em aspecto temporal, espacial, pessoal e material. Somente assim estaria caracterizada a incompatibilidade, visto que, se as normas se referissem a situações diversas, não seriam conflitantes, mas complementares, regulando de forma diversa circunstâncias fáticas diferentes.

No conflito de normas em exame, a coincidência de âmbitos de incidência é provocada pelo disposto no § 4º do art. 394 do Código de Processo Penal, que determina a aplicação dos seus arts. 395 a 398 à legislação processual penal extravagante. Os dizeres do referido § 4º são categóricos, aplicam-se os arts. 395 a 397 do Código “a todos os procedimentos penais de primeiro grau”. Mesmo os procedimentos especiais, em primeira leitura, não escapariam à nova disciplina sobre recebimento da denúncia e absolvição sumária, pois o parágrafo determina sua aplicação a todos os ritos de primeira instância “ainda que não regulados neste Código”. Dessa forma, aparentemente, o âmbito de incidência dos arts. 395 a 397 do Código de Processo Penal abrange também o procedimento penal eleitoral dos arts. 355 a 364 do Código Eleitoral. Esse âmbito também abrangeria o procedimento de julgamento de crimes de competência originária em Cortes Eleitorais, dos arts. 1º a 12 da Lei nº 8.038/1990.

É certo que o § 4º do art. 394 do Código de Processo Penal se refere a ritos de “primeiro grau”, insinuando que os arts. 395 a 397 do Código de Processo Penal se aplicam apenas aos procedimentos perante juízes de Direito, federais ou eleitorais, primeiro grau do Judiciário (OLIVEIRA, 2010, p. 755). Essa compreensão parece mais correta do que entender que a

expressão teria o mesmo significado de “primeira instância”, abrangendo também os julgamentos em primeira e única instância nos tribunais. No entanto, a jurisprudência não tem observado essa sutil diferença semântica e tal argumento não foi devidamente considerado na solução da questão no julgamento dos *Habeas Corpus* nº 652/BA e nº 282.559/SP pelo Tribunal Superior Eleitoral.

Constatada a antinomia aparente, há o dever de coerência que impõe a supressão dessa contraposição de normas.

4 A solução da antinomia

A fim de solucionar a aparente incompatibilidade, o próprio aplicador, na qualidade de intérprete ou acolhendo certa interpretação doutrinária, pode atribuir às normas sentidos que tornam totalmente diferentes seus âmbitos de incidência. Bobbio (1999, p. 102) aborda essa possibilidade² e afirma que, nesse caso, a antinomia seria apenas aparente, fruto de uma má interpretação. O intérprete realizaria uma “interpretação corretiva”, alterando o sentido atribuído inicialmente ao texto legal, de forma a compatibilizar as normas e conservar ambas no ordenamento. Essa alternativa encontra amparo em princípios formais, como a autoridade do legislador, ao primar pela “conservação das normas dadas” (apud BOBBIO, 1999).

Ocorre que a estrutura lógico-argumentativa dessa interpretação corretiva se altera em função do tipo das normas, se regras ou princípios.

² Norberto Bobbio discorre sobre essa possibilidade ao tratar da solução de uma antinomia que não pode ser resolvida pelos critérios consolidados pela doutrina (Bobbio, 1999, 97). Entretanto, a antinomia entre normas consiste na própria incompatibilidade entre seus significados, de modo que a interpretação das normas supostamente conflitantes é algo que diz respeito à própria identificação de uma antinomia. Assim, não se pode restringir a possibilidade da interpretação corretiva aos casos em que a antinomia não possa ser resolvida por critérios consolidados, mas deve-se aceitar que essa é uma opção cabível na identificação de qualquer conflito de normas.

Segundo Dworkin (2007, p. 39, 57), as regras seriam orientações cuja aplicação seria disjuntiva, como “tudo ou nada”. Se presentes os fatos descritos em seu enunciado, ela é válida e determina a decisão jurídica dada ao caso; se não, ela não contribuirá para a solução do caso. A uma regra podem ser opostas exceções que, na verdade, comporiam o enunciado da regra, delimitando a descrição das circunstâncias a que será, ou não, aplicável. Desse entendimento, decorre uma segunda característica, porquanto, dado um caso, as regras serão funcionalmente importantes ou desimportantes, não havendo outra possibilidade (*tertium non datur*) (apud DWORKIN, 2007).

A seu turno, os princípios³ não seriam aplicados de maneira disjuntiva, mas funcionariam como argumentos para direcionar a solução dada ao caso. Nesse passo, aos princípios não são opostas exceções que delimitam as condições de sua aplicação necessária, mas outros argumentos que também devem ser considerados para elaborar a resposta jurídica dada ao caso. A partir disso, identifica-se igualmente aqui uma segunda característica que também diferencia esses dois tipos de normas, qual seja, a existência de uma “dimensão do peso” nos princípios, a possibilidade de uma graduação de sua importância no caso concreto (apud DWORKIN, 2007).

Essa distinção é apropriada por Alexy (2008, p. 90)⁴, que especifica que os princípios são mandamentos de otimização,

³ Em seu texto, Dworkin utiliza o termo “*principles*” em duas acepções. A primeira, contraposta às regras, tem sentido amplo, como gênero que engloba todas as espécies de “padrões” ou comandos que não fossem regras, dentre os quais definiu as políticas e os princípios em sentido estrito (Dworkin, 2007, 17). Os padrões se distinguem dos princípios *stricto sensu* por serem estabelecidos em função do alcance de uma melhoria geralmente econômica, política ou social (Dworkin, 2007, 36). Por sua vez, os princípios em sentido estrito se definem por estabelecerem um comando posto por ser uma exigência moral ou de justiça, tomada aqui como equidade (Dworkin, 2007, 36).

⁴Dworkin e Alexy divergem claramente em boa parte de suas teorias, seja quanto ao fundamento de validade das normas jurídicas ou do próprio Direito, seja quanto a algumas propriedades das regras e dos princípios, em especial, quanto à colisão destes. Entretanto, os juristas se aproximam quanto a uma concepção estrutural da diferença entre regras e princípios, bem como em relação às principais características definidoras desses dois tipos de norma e a forma de solução da antinomia entre regras, que é o que importa ao presente estudo.

caracterizados por terem o seu cumprimento e observância realizados na maior medida dentro do que é possível fática e juridicamente no caso concreto.

Por outro lado, as regras são *determinações*, definidas por terem seu cumprimento e observância realizados nas exatas medidas previamente previstas por elas. Elas já definem, no enunciado deontico a que podem ser reduzidas, o modo de seu cumprimento dentro do que seria empírica e juridicamente possível. Com isso, a satisfação das regras é disjuntiva, é dizer, ou é plena ou não é:

Se uma regra é válida e aplicável a um caso concreto, isso significa que também sua consequência jurídica é válida. Não importa a forma como sejam fundamentados, não é possível que dois juízos concretos de dever-ser contraditórios entre si sejam válidos (ALEXY: 2008, p. 92).

Diante dessas considerações, fica fácil classificar como regras as normas extraídas do enunciado dos arts. 395 a 397 do Código de Processo Penal, dos arts. 355 a 364 do Código Eleitoral e dos arts. 1º a 12 da Lei nº 8.038/1990. Trata-se de normas processuais de hipóteses de incidência e comandos bem definidos, cujas especificidades denotam prévia consideração das circunstâncias fáticas e jurídicas. Seu menor grau de abstração e as máximas de celeridade e eficácia de um processo eminentemente instrumental permitem constatar que elas são regras.

Dworkin já predizia que a diferença entre a lógica das regras e a dos princípios culminava em uma diferente forma de lidar com a antinomia. Se a uma regra é oposta outra regra, como ambas não podem ser conformadas, visto que já especificam com precisão o resultado que deve ser alcançado, uma delas será considerada exceção à outra. Nesse caso, a segunda regra não é propriamente outra norma, mas apenas uma limitação do âmbito de incidência da primeira, afetando as condições em que isso deverá ocorrer, isto é, uma parte de seu enunciado, que

por razões linguísticas foi apresentado separadamente. Outra hipótese, embora só abarcada implicitamente por Dworkin, seria o “abandono” de uma das regras, cabível quando a uma regra se opõe outra que não pode ser reduzida a uma exceção (apud DWORKIN, 2007).

Não são muito diferentes as considerações de Alexy sobre a antinomia entre regras. Para o jurista, regras não comportam compatibilização e seu conflito só pode ser solucionado pela introdução em uma delas de uma cláusula de exceção que afaste sua incidência sobre o caso ou por sua invalidação. Essa também é a concepção de Heck (2000, p. 75), evidenciando sua aplicação ao Direito brasileiro.

Quanto à opção pela instituição de uma cláusula de exceção ou pela invalidação, a obediência ao legislador impõe que, sempre que possível, deve preponderar o sentido que promova o efetivo cumprimento das normas. Nesse passo, uma decisão drástica como a invalidação só deverá ser adotada quando for impossível considerar uma delas como cláusula de exceção à outra.

Nesse sentido, Bobbio (1999, p. 92) identifica três critérios tradicionais para definir qual regra deverá persistir, invalidando ou consistindo cláusula de exceção para a norma incompatível com ela, quais sejam: o cronológico, o hierárquico e o da especialidade.

O critério hierárquico impõe que prevaleça a regra de grau superior no ordenamento, em respeito ao escalonamento e, com isso, assegurando a integridade e unidade do ordenamento. A essa orientação corresponde a máxima *lex superior derogat inferior*, aplicada quando as normas conflitantes pertencem a escalões diferentes. Essa orientação subjaz a todo o sistema de controle judicial de legalidade e, principalmente, constitucionalidade, concentrado ou difuso, consagrado em nosso ordenamento positivo.

Conforme o critério cronológico, deverá prevalecer a regra publicada posteriormente, permitindo com isso

que o Direito se renove, adaptando-se às exigências sociais, à mutabilidade do fato social (apud BOBBIO, 1999). Essa orientação se aplica ao conflito entre normas promulgadas em momentos diversos, favorecendo a mais recente. O brocardo *lex posterior derogat priori* ilustra esse critério, que foi positivado no art. 2º, caput e § 1º, da Lei nº 4.657/1942 – Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro.

O critério da especialidade, a seu turno, estabelece que a regra de hipótese de incidência mais específica deve prevalecer sobre a mais genérica. Permite, assim, a diferenciação de categorias que atenda ao imperativo de justiça equitativa de tratar desigualmente os desiguais (apud BOBBIO, 1999). A especialidade é que orienta o adágio *lex specialis derogat generali*, sendo cabível quando as normas que compõem a antinomia apresentam graus diversos de abstração na especificação de sua hipótese de incidência, conforme positivado no art. 2º, § 3º, da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro.

Há, porém, casos em que mais de um dos três critérios consolidados de solução de antinomia serão aplicáveis. Como destaca Bobbio (1999, p. 106), quando os critérios apontarem para a prevalência da mesma norma, não haverá dificuldades, de forma que todos se reforçarão. Porém, quando os critérios determinarem cada um a prevalência de uma norma diferente, propondo soluções contrárias, haverá uma antinomia de segundo grau, pois não só as normas serão conflitantes como também o serão os critérios de solução desse impasse.

Para solucionar esses casos, Bobbio analisa cada uma das hipóteses de conflito de critérios. A primeira delas é a já apresentada oposição entre o critério hierárquico e o cronológico, o que ocorre quando uma norma anterior e superior conflita com uma regra posterior e inferior. A solução de um conflito de segundo grau perpassa por identificar qual dos critérios deverá prevalecer. Nesse caso, conforme Bobbio salienta, deve-se dar preponderância ao critério da hierarquia.

Isso porque a resposta contrária acabaria com a hierarquia das normas ao estipular que qualquer norma recém editada predominaria sobre as normas superiores, com isso, também se destruiria a estrutura constitucional do ordenamento.

Um segundo caso de conflito entre critérios contrapõe especialidade e cronologia, ocorrendo quando uma regra anterior e específica conflita com uma regra posterior e geral. Nessa circunstância, o critério da especialidade orienta a prevalência da primeira norma, mas o critério cronológico determina a predominância da segunda (apud BOBBIO, 1999). A solução para esse conflito é a prevalência da norma especial, visto que, se a adequação à realidade orienta ambos os critérios, tem-se que as determinações orientadas por particularidades do caso atendem melhor esse objetivo do que a simples posteridade da norma. A lei especial posterior só excepciona a geral anterior nas hipóteses de incidência comuns a ambas, devendo-se prezar, no que possível, pela coexistência das normas nas hipóteses de não coincidência (MARTINS, 1991, p. 31).

Outro caso de conflito contrapõe uma norma geral e superior a uma norma especial e inferior. Nessas circunstâncias, o critério hierárquico impõe a prevalência da primeira regra e o critério da especialidade determina a predominância da segunda. Como já visto, há boas razões para adotar cada um desses critérios, de forma que, ainda que um prepondere, não o fará de forma incontestável. Ainda assim, no confronto da estrutura hierárquica do ordenamento, de sua unidade e da ordem constitucional com a adequação mais apropriada às situações, os primeiros devem preponderar, em regra, para que haja um mínimo de segurança jurídica (apud BOBBIO, 1999).

Dessas considerações, é possível escalonar o valor argumentativo desses critérios, com o hierárquico em escalão superior, o da especialidade em posição intermediária e o cronológico em um escalão inferior.

5 Conclusão: a disciplina legal do recebimento da denúncia no processo penal eleitoral

De volta à antinomia entre os arts. 395 a 397 do Código de Processo Penal, de um lado, e, de outro lado, os arts. 355 a 364 do Código Eleitoral e arts. 1º a 12 da Lei nº 8.038/1990, observa-se que o critério da hierarquia é inaplicável. Esses diplomas foram recepcionados pela ordem jurídica instaurada pela Constituição de 1988 com o status de lei ordinária.⁵

Por outro lado, aplica-se o critério cronológico, visto que a redação dos arts. 395 a 397 do Código de Processo Penal foi dada pela Lei nº 11.719, de 20 de junho de 2008. Dessa forma, são dispositivos bem posteriores aos arts. 355 a 364 do Código Eleitoral, de 15 de julho de 1965, e também à Lei nº 10.732, de 5 de setembro de 2003, que alterou em parte o procedimento penal eleitoral. O previsto no Código de Processo Penal também é mais recente do que o previsto nos arts. 1º a 12 da Lei nº 8.038, de 28 de maio de 1990, e do que a Lei nº 8.658, de 26 de maio de 1993, que permitiu a aplicação analógica do procedimento de julgamento originário de crimes nos tribunais às Cortes Eleitorais. Seguindo essa orientação doutrinária e os dizeres do art. 2º, caput e § 1º, da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, deveriam prevalecer os arts. 395 a 397 do Código de Processo Penal.

Provavelmente inspirado na cronologia, o ilustre processualista penal Eugênio Pacelli de Oliveira defende, nesse diapasão, a aplicação dos arts. 395 a 397 do Código de Processo Penal ao procedimento penal eleitoral perante juízes eleitorais:

De volta ao processo penal eleitoral, há que se atentar para as novidades trazidas pela Lei

⁵ Entende-se que o Código Eleitoral foi recebido como lei ordinária, mas apenas seus dispositivos que dispõem sobre competência e organização judiciária eleitoral foram recepcionados como lei complementar, em atenção ao art. 121 da Constituição (PONTE, 2008, p.118; DEMO, 2005, p. 133; LIMA, 2010, p. 220/221).

nº 11.719,08, que, por força de previsão expressa na nova redação do art. 394, §4º, CPP, terá aplicação inclusive aos procedimentos criminais especiais. Assim, e essa é uma regra que deverá ser observada em todo procedimento da primeira instância, seja comum ou especial, por exigência da norma contida no art. 394, §4º, CPP, deverão ser cumpridas as etapas do art. 395 a 397 do CPP, ou seja [...] (2010. p. 794/795).

Entretanto, em que pese o brilhantismo do doutrinador, não se pode ignorar o critério da especialidade que também é pertinente e goza de previsão legal no art. 2º, § 3º, da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro.

Os arts. 395 a 397 do Código de Processo Penal disciplinam o recebimento da denúncia e absolvição sumária no procedimento penal comum. São, pois, disposições cuja hipótese de incidência é mais ampla, regulando o julgamento de qualquer crime que não disponha de rito específico. Embora o art. 394, § 4º, do Código de Processo Penal preveja sua aplicação também aos procedimentos especiais, esse fato não altera sua natureza genérica. Contrapõe-se a esse caráter geral o cunho específico do disposto nos arts. 355 a 364 do Código Eleitoral, procedimento próprio para o julgamento de uma espécie particular de crimes, os eleitorais, e perante os juízes eleitorais em primeira instância. O procedimento previsto nos arts. 1º a 12 da Lei nº 8.038/1990 também se beneficia da especificidade, porquanto próprio para o julgamento de crimes de competência originária de tribunais, casos excepcionais de foro por prerrogativa de função. Conforme o critério da especialidade, então, deveriam prevalecer os arts. 355 a 364 do Código Eleitoral e os arts. 1º a 12 da Lei nº 8.038/1990.

O conflito entre a especialidade e o critério cronológico, segundo Bobbio (1999, p. 108), deve ser decidido em favor da norma especial. Não se trata de uma solução fácil ou inequívoca, mas o dever de coerência entre as normas e a razão que subjaz aos critérios de solução de antinomias entre regras justificam a

prevalência da especialidade. A adequação à realidade e, pois, a busca por justiça orientam ambos os critérios. Nesse sentido, a existência de uma previsão adaptada às particularidades de dada situação é muito mais justa do que a simples posterioridade de outra norma.

Essa solução teórico-hermenêutica encontra concretude e autoridade ainda maior no julgamento do *Habeas Corpus* nº 652/BA pelo Tribunal Superior Eleitoral. Ausente até então qualquer definição sobre a antinomia em tela, a Corte Superior decidiu que os arts. 395 a 398 do Código de Processo Penal não se aplicam ao procedimento penal eleitoral originário em tribunais, regido pela Lei nº 8.038/1990. O julgado fundamenta a decisão na especialidade da Lei em relação ao Código:

Habeas corpus. Ação penal. Procedimento. Lei nº 8.038/90. Invocação. Inovações. Lei nº 11.719/2008.

1. O procedimento previsto para as ações penais originárias - disciplinado na Lei nº 8.038/90 - não sofreu alteração em face da edição da Lei nº 11.719/2008, que alterou disposições do Código de Processo Penal.

2. A Lei nº 8.038/90 dispõe sobre o rito a ser observado desde o oferecimento da denúncia, seguindo de apresentação de resposta preliminar pelo acusado, deliberação sobre o recebimento da peça acusatória, com o consequente interrogatório do réu e defesa prévia - caso recebida a denúncia -, conforme previsão dos arts. 4º ao 8º da citada lei.

3. As invocadas inovações do CPP somente incidiriam em relação ao rito estabelecido em lei especial, caso não houvesse disposições específicas, o que não se averigua na hipótese em questão.

Ordem denegada. (HC n. 652 Salvador/BA – rel. min. Arnaldo Versiani Leite Soares - DJE 19/11/2009, p. 13)

A interpretação corretiva dada ao § 4º do art. 394 do Código de Processo Penal compreende que o disposto nos arts. 395 a 397 do referido diploma somente se aplica a ritos previstos em lei especial “caso não houvesse disposições específicas”.

Quanto à antinomia entre os arts. 395 a 397 do Código de Processo Penal e o rito penal eleitoral de primeira instância previsto nos arts. 355 a 364 do Código Eleitoral, a insegurança perdurou mais tempo. Havia sobre o tema apenas decisão monocrática do ministro Marcelo Henriques Ribeiro de Oliveira no *Habeas Corpus* nº 282.559/SP, inspirada no precedente acima citado. Somente no primeiro semestre de 2011 essa decisão restou confirmada pelo Pleno do Superior Tribunal Eleitoral no julgamento de mérito do *Habeas Corpus* nº 282.559/SP, firmando que os arts. 395 a 398 do Código de Processo Penal não se aplicam ao rito processual penal eleitoral de primeira instância, porquanto os arts. 359 e seguintes do Código Eleitoral seriam lei especial em relação ao Código de Processo Penal e seu art. 394, § 4º, confira-se pela ementa:

Habeas corpus. Ação penal. Inscrição fraudulenta de eleitor. Falsidade ideológica. Condutas típicas. Procedimento. Código de Processo Penal. Aplicação subsidiária. Adoção. Necessidade. Código Eleitoral. Norma específica. Ordem denegada.

1. O trancamento da ação penal na via do habeas corpus somente é possível quando, sem a necessidade de reexame do conjunto fático-probatório, evidenciar-se, de plano, a atipicidade da conduta, a ausência de indícios para embasar a acusação ou, ainda, a extinção da punibilidade, hipóteses não verificadas *in casu*. Precedentes.

2. No processamento das infrações eleitorais devem ser observadas as disposições específicas dos arts. 359 e seguintes do Código Eleitoral, devendo ser aplicado o Código de Processo Penal apenas subsidiariamente.

3. Não constitui constrangimento ilegal o recebimento de denúncia que contém indícios suficientes de autoria e materialidade, além da descrição clara de fatos que configuram, em tese, os crimes descritos nos arts. 289 e 350 do Código Eleitoral.

4. Ordem denegada. (HC n. 282.559 Viradouro/SP – rel. min. Marcelo Henrique Ribeiro de Oliveira – DJE 8/2/2011, p.59)

Portanto, o procedimento de recebimento de denúncia e absolvição sumária previstos nos arts. 395 a 397 do Código de Processo Penal não se aplicam aos procedimentos penais eleitorais. O previsto nos arts. 355 a 364 do Código Eleitoral e nos arts. 1º a 12 da Lei nº 8.038/1990 constituem exceções à regra geral do procedimento penal comum, o qual somente lhes será aplicável supletivamente.

Referências

ALEXANDER, Robert. *Teoria da argumentação jurídica* – a teoria do discurso racional como teoria da fundamentação jurídica. 2. ed. São Paulo: Landy, 2005.

ALEXANDER, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 2008.

ÁVILA, Humberto Bergmann. *Teoria dos princípios* – da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

BOBBIO, Norberto. *Teoria do ordenamento jurídico*. 10. ed. Brasília: Editora UnB, 1999.

BOBBIO, Norberto. *Teoria da norma jurídica*. 3. ed. rev. São Paulo: EDIPRO, 2005.

CÂNDIDO, Joel José. *Direito Penal Eleitoral e Processo Penal Eleitoral*. São Paulo: EDIPRO, 2006.

COÊLHO, Marcus Vinicius Furtado. *Direito Eleitoral e processo eleitoral: direito penal eleitoral e direito político*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2010, p. 457.

CORDEIRO, Vinícius; SILVA, Anderson da Claudino. *Crimes eleitorais e seu processo*. Rio de Janeiro: Forense, 2006. p. 234/235.

DWORKIN, Ronald. *Levando direitos a sério*. 2. ed. São Paulo, Martins Fontes, 2007.

DEMO, Roberto Luíz Luchi. *Competência penal originária: uma perspectiva jurisprudencial*. São Paulo: Malheiros, 2005.

GÜNTHER, Klaus. *Teoria da argumentação no Direito e na Moral – justificação e aplicação*. São Paulo: Landy, 2004.

HART, Herbert. L. A. *O conceito de Direito*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1961.

HECK, Luís Afonso. O modelo das regras e o modelo dos princípios na colisão de direitos fundamentais. São Paulo, *Revista dos Tribunais*, ano 89, volume 781, p. 71-78, novembro de 2000.

KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

LIMA, Renato Brasileiro. *Competência criminal*. Salvador: Jus Podivm, 2010.

MARTINS, Ives Gandra da Silva. A convivência da lei especial com a lei geral. São Paulo, *Revista dos Tribunais*, ano 80, volume 670, p. 28-31, agosto de 1991.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Curso de processo penal*. 13. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2010.

PONTE, Antônio Carlos da. *Crimes eleitorais*. São Paulo: Saraiva, 2008.



SGI

SECRETARIA DE GESTÃO DA INFORMAÇÃO

Esta obra foi composta na fonte Frutiger LT Std,
corpo 11, entrelinhas de 14,5 pontos, em papel reciclado 75 g/m² (miolo)
e papel reciclado 240 g/m² (capa).

Impressa em outubro de 2011