

**PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO
PUC-SP**

Alexis Galiás de Souza Vargas

PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS DE DIREITO ELEITORAL

DOUTORADO EM DIREITO

SÃO PAULO

2009

**PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO
PUC-SP**

Alexis Galiás de Souza Vargas

PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS DE DIREITO ELEITORAL

DOUTORADO EM DIREITO

Tese apresentada à Banca Examinadora da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, como exigência parcial para obtenção de do título de Doutor em DIREITO DO ESTADO, sob a orientação do Prof. Doutor Antonio Carlos Mendes.

SÃO PAULO

2009

BANCA EXAMINADORA

Dedico este trabalho às minhas preciosidades, Luana e Pietra,
e ao amor da minha vida, Juliana.

AGRADECIMENTO

De início quero agradecer aos meus pais, por sempre terem acreditado e estimulado meu desenvolvimento acadêmico. Muito obrigado.

Agradeço ao meu orientador, Dr. Antonio Carlos Mendes, que me acolheu não só como orientando mas também como profissional, possibilitando uma rica experiência profissional que tento fazer refletir também neste trabalho acadêmico.

Quero expressar também um agradecimento muito especial ao meu orientador na Universidade Autônoma de Barcelona, Prof. Francesc de Carreras Serra, por sua extrema generosidade e capacidade. E à PUC/SP e à CAPES pela concessão da bolsa doutorado-sanduíche, que me possibilitou pesquisar e escrever esta tese. O apoio e o estímulo do Prof. Paulo de Barros Carvalho e da Profa. Maria Leonor Leite Vieira sempre foram relevantes, a quem também rendo minhas homenagens e agradecimentos. O presente trabalho foi realizado com o apoio da CAPES, entidade do Governo Brasileiro voltada para a formação de recursos humanos

Quero agradecer também à Leda Pereira Mota (*in memoriam*), que me iniciou na hermenêutica constitucional e na paixão pelo direito constitucional. Sou grato também aos amigos que além de me apoiarem como tal também são grandes fontes de troca e enriquecem cada linha aqui escrita: Tomás Ramadan, André Ramos Tavares, Celso Spitzcovsky, Michel Temer, Fábio Bueno Carneiro de Oliveira, Hélio Silveira, Leandro Petrin, Iberê Casto Dias e Lincoln Koyama. Também aos meus queridos colegas do COGEAE, cuja atividade está sempre nos levando adiante: Marcelo Figueiredo, Roberto Baptista Dias da Silva, Monica de Melo, Luis Guilherme Arcaro Conci, Pedro Buck, Derly Barreto e Renato Mehanna. Assim como aos amigos que, mesmo não sendo da área jurídica, apoiaram de forma relevante: Carlos Oscar Aguiéiras Lopes, Sergio Amad e Lia Omuro.

ÍNDICE

RESUMO	7
ABSTRACT	9
I. INTRODUÇÃO.....	11
II. A TEORIA DOS PRINCÍPIOS JURÍDICOS.....	19
A. OS TRAÇOS CARACTERÍSTICOS DOS PRINCÍPIOS JURÍDICOS.....	19
B. PRINCÍPIOS JURÍDICOS COMO NORMAS JURÍDICAS.....	29
C. A VALIDADE DOS PRINCÍPIOS JURÍDICOS.....	35
D. A REVELAÇÃO DOS PRINCÍPIOS JURÍDICOS	37
1. TEORIA DA ARGUMENTAÇÃO E PRINCÍPIOS JURÍDICOS.....	47
2. METODOLOGIA ADOTADA.....	49
III. A NORMA JURÍDICA ELEITORAL	52
A. A ESTRUTURA ELEITORAL BRASILEIRA	53
1. A JUSTIÇA ELEITORAL.....	53
2. O MINISTÉRIO PÚBLICO ELEITORAL.....	56
B. O ARCABOUÇO NORMATIVO DAS ELEIÇÕES NO BRASIL	60
1. CONSTITUIÇÃO	60
2. LEIS COMPLEMENTARES E ORDINÁRIAS.....	61
3. RESOLUÇÕES DO TRIBUNAL SUPERIOR ELEITORAL.....	64
IV. OS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS DO DIREITO ELEITORAL BRASILEIRO....	68
A. PRINCÍPIOS ESTRUTURANTES	73
1. PRINCÍPIO DO PLURALISMO POLÍTICO.....	74
2. PRINCÍPIO DA LEGITIMIDADE DAS ELEIÇÕES.....	83
B. PRINCÍPIOS DO SUFRÁGIO.....	101
1. PRINCÍPIO DO SUFRÁGIO UNIVERSAL.....	103
2. PRINCÍPIO DO VOTO DIRETO.....	114
3. PRINCÍPIO DO VOTO LIVRE (OU DA LIBERDADE DE DECISÃO DO ELEITOR)	120
4. PRINCÍPIO DA INVOLABILIDADE DO VOTO	129
5. PRINCÍPIO DA ISONOMIA ELEITORAL.....	135
C. PRINCÍPIOS DO SISTEMA ELEITORAL.....	150
1. PRINCÍPIO DA REPRESENTAÇÃO PROPORCIONAL	152
2. PRINCÍPIO MAJORITÁRIO	162
D. PRINCÍPIOS DO PROCESSO ELEITORAL.....	171
1. PRINCÍPIO DA MORALIDADE ELEITORAL.....	175
2. PRINCÍPIO DA ESTRITA SEGURANÇA JURÍDICA ELEITORAL	184
3. PRINCÍPIO DA LIBERDADE DE PROPAGANDA POLÍTICA	202
E. PRINCÍPIOS DE DIREITO PROCESSUAL ELEITORAL.....	211
1. PRINCÍPIO DA CELERIDADE PROCESSUAL ELEITORAL.....	212
V. CONCLUSÃO.....	221
BIBLIOGRAFIA	222

RESUMO

O objetivo deste estudo é a identificação e o desenvolvimento teórico dos princípios constitucionais do direito eleitoral.

A Constituição está repleta de princípios, que são normas jurídicas de normatividade diferenciada e cuja aplicação requer metodologia específica. É por isso que a Teoria dos Princípios assumiu papel central na nova hermenêutica constitucional. A identificação e a construção dos princípios, bem como a metodologia para extrair sua normatividade, são tarefas do maior relevo para a interpretação e aplicação da Constituição.

Entretanto, por mais que tenham evoluído os estudos nacionais sobre os princípios constitucionais, verificamos que estes ainda não tomaram por objeto o campo de incidência da Constituição que recai especificamente sobre o ordenamento jurídico eleitoral. Consequentemente, o direito eleitoral se ressentia da falta de uma sistematização de suas normas e de um referencial teórico que lhe dê sustentação e lhe paute a interpretação e integração.

Este estudo visa, humildemente, a colaborar na superação destas dificuldades. Visa ele a identificar e ajudar na construção de quais seriam os princípios constitucionais do direito eleitoral.

Para cumprir com este ousado objetivo, partimos de um posicionamento claro a respeito da Teoria dos Princípios e a definição de uma metodologia científica, dentro de uma perspectiva dogmática, que permita traçar um caminho seguro na revelação e construção destes princípios, para então enveredar-se no campo do ordenamento constitucional eleitoral.

Não se trata de um estudo que pretende esgotar o tema. Este é um trabalho necessariamente incompleto, eis que os princípios, por sua própria natureza, podem ser implícitos e construídos através de uma interpretação evolutiva. De outra parte, o

estudo permite atestar, com segurança, que as normas aqui vertidas são princípios constitucionais que devem informar o direito eleitoral brasileiro.

O resultado do estudo é um rol de princípios constitucionais de direito eleitoral, classificados conforme o seu objeto e com a definição de seus conteúdos, justificativas teóricas e seu desenvolvimento jurisprudencial.

PALAVRAS-CHAVE: PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS; DIREITO ELEITORAL; DEMOCRACIA; LIBERDADE; SOBERANIA POPULAR; LEGITIMIDADE DAS ELEIÇÕES; PLURALISMO POLÍTICO; TEORIA DOS PRINCÍPIOS; TEORIA DA ARGUMENTAÇÃO

ABSTRACT

This study aims the identification and theoretical development of the constitutional principles of electoral law.

The Constitution is full of principles, which are legal rules with differentiated normativity, whose application demands a specific methodology. Thus the Theory of Principles took a central role in the new constitutional hermeneutic. The identification and construction of principles, and the methodology used to extract its normativity, are tasks of utmost importance for the interpretation and application of the Constitution.

Nevertheless, regardless of how much the national studies on constitutional principles evolved, we see that they have not focused on the field of application of the Constitution that falls specifically on the electoral legal order. Consequently, the electoral law resents the lack of systematization of its rules and a theoretic referential to support it and guide its interpretation and integration.

This study humbly seeks to collaborate in the overcoming of these difficulties. It seeks to identify and help the construction of what would be the constitutional principles of electoral law.

In order to reach this daring objective, we start from a clear stance regarding the Theory of Principles and the definition of a scientific methodology, within a dogmatic perspective, which allows the outlining of a safe path in the disclosure and construction of these principles, to then pursue the field of constitutional electoral order.

It is not a study that seeks to exhaust the subject. This work is necessarily incomplete, considering that principles, by their own nature, can be implicit and constructed through an evolutionary interpretation. On the other hand, the study allows one to safely attest that the rules expressed herein are constitutional principles that shall inform the Brazilian electoral law.

The result of this study is a list of constitutional principles of electoral law, classified according to their scope and with the definition of their contents, theoretic justifications and their jurisprudential development.

KEY WORDS: CONSTITUTIONAL PRINCIPLES; ELECTORAL LAW; DEMOCRACY; LIBERTY; POPULAR SOVEREIGNTY; ELECTIONS LEGITIMACY; POLITICAL PLURALITY; THEORY OF PRINCIPLES; THEORY OF ARGUMENTATION

I. INTRODUÇÃO

Para cumprir com o objetivo de identificar e traçar o conteúdo dos princípios constitucionais do direito eleitoral brasileiro, o primeiro desafio a ser enfrentado é de cunho metodológico: a definição do que são princípios, de por que entendemos os mesmos como normas jurídicas e de como podemos definir uma metodologia de investigação científica que permita revelar quais são os princípios do direito eleitoral brasileiro que estão insertos ou decorrem da Constituição.

Trabalhar com princípios jurídicos traz um risco: perder-se na teoria dos princípios, que tanto tem sido debatida no campo da filosofia do direito. Em relação a este aspecto, é importante frisar que não temos a pretensão de fazer uma tese sobre este tema, mas tão somente apresentar as principais linhas adotadas pela doutrina para, numa postura pragmática, definir uma metodologia a ser adotada como guia para os próximos passos. Tomaremos o cuidado de não nos alongarmos muito e nem tentarmos esgotar o tema, pois isto fugiria ao escopo da presente investigação.

Acreditamos que um trabalho voltado a identificar normas jurídicas e revelar seu conteúdo normativo deve ter uma clara metodologia científica, sob pena de cair num mero exercício dissertativo. Para tal, propomos como caminho metodológico a formulação inicial de uma hipótese, para então trabalhar na sua justificação.

Na filosofia da ciência, ensina-nos Manuel ATIENZA (2000, pp. 21-26), costuma-se distinguir entre o *contexto de descoberta* e o *contexto de justificação*. O primeiro contexto, assumem os filósofos, não pode ser explicado pela lógica. Trata-se de um espaço aberto ao acaso, à intuição e à experimentação, em que algumas hipóteses surgem diante do cientista. Outro contexto é o da justificação, em que o cientista tem que confrontar a hipótese com os fatos, sendo este processo guiado pelos referenciais teóricos da ciência para saber da sua validade ou não. Nesta etapa faz-se uso de uma análise do tipo lógico, lançando mão da dogmática e, mais precisamente, da argumentação.

Muito embora a descoberta não possa ser explicada desde um ponto de vista da lógica, podemos dizer que as hipóteses surgem a partir de algumas fontes: análise da legislação, da jurisprudência, da doutrina nacional e internacional e experiência profissional. A fonte jurisprudencial nos serve como uma pista; mas esta não é assumida como verdadeira só por decorrer de uma decisão de poder. As decisões judiciais superiores servirão como fonte para o levantamento de hipóteses que deverão ser submetidas a uma justificação jurídica para averiguação quanto ao seu conteúdo principiológico ou não, segundo o entendimento que assumimos aqui acerca do que constitui um princípio jurídico. Também servirão como reforço na defesa da condição principiológica, a partir do uso que os tribunais fazem destas normas (nesta tarefa, inclusive decisões de tribunais estrangeiros poderão ser utilizadas, uma vez que o que importa é analisar o “manejo” da norma e não se as autoridades brasileiras aplicam o princípio). Não se trata, pois, de localizar na jurisprudência dos tribunais todas as normas que já foram designadas de princípios e assumi-las como tal, mas de considerá-las – ao lado das demais – como hipóteses teóricas e utilizar este fator como mais um argumento. A doutrina, em geral mais preocupada com o método científico, também pode trazer algumas hipóteses, muito embora não haja nenhum trabalho que se tenha proposto a traçar ou apresentar quais são os princípios jurídicos que pautam o direito eleitoral brasileiro, encontrando somente referenciais estrangeiros. Eles podem aparecer na doutrina de forma explícita – e nesses casos sempre incidental – ou de forma implícita – quando a estrutura da explicação jurídica permite-nos verificar que ali há um princípio, muito embora o autor não tenha se posicionado desta forma. A experiência profissional também nos leva ao surgimento de hipóteses, pois na lide perante a Justiça Eleitoral nos defrontamos algumas vezes com algumas elaborações argumentativas que conduziam à tessitura de princípios. Em geral, o sentimento era de falta, pois não nos é disponibilizado pela doutrina, ou mesmo pelo direito positivo de forma expressa, algumas balizas mais claras para a interpretação das regras eleitorais, para a superação de lacunas ou para decisão em casos difíceis. Esta experiência nos traz, também, algumas hipóteses, bem como nos auxilia na análise das demais.

Podemos assim sintetizar os caminhos trilhados para o levantamento das hipóteses (*contexto de descoberta*):

- a. Normas escritas: análise das normas eleitorais contidas na Constituição e na legislação complementar e ordinária¹;
- b. Jurisprudência: busca do uso de princípios nos acórdãos dos Tribunais Regionais Eleitorais, do Tribunal Superior Eleitoral e do Supremo Tribunal Federal, bem como referências internacionais;
- c. Doutrina: busca, na doutrina nacional e internacional de direito eleitoral, do uso de princípios;
- d. Experiência: descrição de princípios que foram identificados pelo autor no exercício da profissão.

Temos, portanto, que nosso caminho metodológico parte de hipóteses, que são firmadas sem um precedente necessariamente lógico e sem nenhum rigor científico, para então serem tratados a partir de uma perspectiva dogmática (*contexto da justificação*).

Nesta fase, passamos a aplicar dois testes de validade. Um referente à pertinência entre o princípio-hipótese e o ordenamento normativo. Outro referente à condição de princípio. Como veremos mais adiante, para ser categorizado como princípio, a norma precisa cumprir alguns requisitos. Nestes passos, procuraremos ter como guias os princípios da argumentação jurídica.

É preciso ter claro, portanto, o que é um princípio ou, ao menos, o que nós entendemos e vamos convencionar como *princípio jurídico*. E essa questão não é tão simples quanto possa parecer, pois vemos na doutrina que não há certeza quanto aos conceitos de norma, princípio e regra, variando conforme o autor. Sobre o nosso entendimento acerca dos princípios trataremos mais adiante. Entretanto, para fins de esclarecer nossa proposta metodológica, faz-se necessário abordar, ainda que superficialmente neste momento, alguns aspectos.

Em matéria de distinção entre normas, princípios e regras, vemos duas grandes correntes. A primeira corrente entende que as normas jurídicas podem ser de duas

¹ Muito embora o escopo do trabalho atinja somente os princípios constitucionais, a legislação infraconstitucional aparece como demonstração do desenvolvimento legislativo do princípio. Portanto, como uma confirmação não essencial.

espécies: regras e princípios. Nesta acepção, (em linhas gerais) podemos dizer que as regras correspondem a comandos legais escritos e precisos, que definem hipóteses fáticas de aplicação e consequências jurídicas ou que destinam-se a criar órgãos e estabelecer competências, enquanto que os princípios são normas mais abstratas, dotadas de uma generalidade e plasticidade, que trazem alguns valores a serem perseguidos. Formam, pois, as regras e os princípios o conjunto das normas jurídicas.

Uma segunda corrente classifica os preceitos jurídicos como normas e princípios². Aqui, o conceito de norma é o mesmo que o de regra na acepção anterior e o de princípio fica mantido. As regras seriam a abstração lógica que se extrai dos preceitos. Não tem a forma de um texto legal, mas de um conteúdo prescritivo de um ou mais preceitos.

Muito embora as classificações sejam distintas, verificamos que os princípios mantêm seu delineamento; sua essência é preservada em ambas as classificações. Registre-se, entretanto, que ainda existem alguns que entendem que os princípios não são normas jurídicas, mas apenas razões ou valores abstratos. A demonstração destas linhas de conceituação se faz necessária pois ao cotejar diferentes fontes doutrinárias, veremos que algumas vezes suas proposições entram em choque em razão de concepções distintas.

De outra parte, vemos que os princípios ora vêm declarados na Constituição Federal apenas com um nome (ex.: “princípio da moralidade”) ora vêm declarados apenas com o seu enunciado (ex.: “todo poder emana do povo”). Em ambos os casos, nunca é dado todo o conteúdo normativo que se pode extrair daquele excerto. Fica, assim, o papel de análise e complementação à doutrina, que deverá ora identificá-los (nomeando-os) ora atribuir-lhes significado (elucidando seu enunciado e expondo o seu conteúdo jurídico).

Mas, para além desses princípios que estão – de uma forma ou de outra – expressos nas normas jurídicas, existem outros que não estão. São os chamados princípios implícitos. Estes são os que defluem de um conjunto de regras. São princípios que, embora não declarados, permeiam o texto legal. Estes princípios podem

² Vide Sérgio Sérulo da CUNHA (2006).

ser entendidos como valores ou ideias-força a partir das quais o legislador elaborou as normas, ainda – vale dizer – que de forma desapercibida. Chegamos assim à origem etimológica do termo *princípio*: início, ponto de partida ou “fundamento racional” (*ratio legis*). É o princípio de uma regulação e “nem sempre o próprio legislador tem de antemão consciência disto, sendo, por vezes, elaborado só posteriormente pela ciência” (LARENZ, 1997, p. 475).

Os princípios podem estar, então, dispostos de quatro formas distintas:

- a. Expressamente, com denominação e enunciado;
- b. Expressamente, mas só com denominação;
- c. Expressamente, mas só com enunciado;
- d. Implicitamente.

Nossa pretensão alcança tão-somente a identificação, nomeação e enunciado. Não estamos nos dispondo a perquirir todo o alcance de cada princípio, expondo o seu conteúdo jurídico completo, por entender que seria tarefa inglória. Cada princípio é passível de uma tese, per si, e ao estender-nos em cada um deles, estaríamos perdendo o foco desta pesquisa. O objetivo é a identificação dos princípios e seus traços mais significativos. Portanto, não temos condições de exaurir cada um dos princípios neste trabalho acadêmico. Desta feita, quando disposto de forma expressa, cabe-nos apenas identificá-lo no texto legal e – se necessário – complementar-lhe com um nome ou um enunciado. Certamente, estes não estão em quantidade expressiva. Segundo Marcello CAETANO, “os princípios, na sua grande maioria, não são postulados, não são conceitos instituídos ‘a priori’: são sínteses extraídas das normas, por abstração de aspectos do seu conteúdo ou da sua forma” (*Apud* CUNHA, 2006 p. 58).

É nos princípios implícitos que está a essência deste trabalho, por duas razões: quase todos os princípios de direito eleitoral são implícitos, e é este tipo de princípio que demanda um verdadeiro e intenso trabalho de pesquisa, interpretação e argumentação. Entretanto, temos que esta tarefa é necessária, pois, como já asseverou DWORKIN (2002, p. 13), “enquanto não tivermos clareza sobre que juízo ou prática

moral o direito reflete, não poderemos criticá-lo de forma inteligente”. E, vale dizer, o direito eleitoral brasileiro tem sido marcado por uma legislação contingente e ocasional, com regras fugazes que surgem ora através da lei ora através das Cortes, num incrível movimento que faz com que uma eleição nunca seja igual à outra. Em cada ano eleitoral são publicadas novas resoluções que trazem sempre novidades de impacto para o processo eleitoral, afora as alterações legislativas que brotam do Congresso Nacional. Devemos lembrar, também, que até pouco tempo atrás, cada eleição era regulada por uma lei específica, sendo que somente com o advento da chamada Lei das Eleições (Lei nº 9.504/97) é que o legislador nacional optou por dar regramentos que ultrapassassem uma eleição, buscando uma estabilidade maior nas regras eleitorais. Percebemos, então, que a busca dos princípios no direito eleitoral ganha um relevo ainda maior, uma vez que este carece de balizas mais claras que conduzam o intérprete e assegurem uma perenidade e segurança maior a esta rama do Direito. Acreditamos na possibilidade de um Direito Eleitoral mais substancial e coerente, e que traga claramente quais são os seus fins³.

Se admitimos que os princípios são normas e, também, identificados a partir de outras normas, nosso caminho metodológico não pode ser outro senão o da dogmática. Em última análise, são sempre as normas que dão validade para o resultado da nossa pesquisa, pois representam o fundamento maior do que queremos provar⁴.

Conforme LAPORTA (2003, pp. 21-22), o estudo do Direito pode se dar de duas formas distintas. Uma é a tarefa do jurista dogmático, em que ocorre a análise dos direitos em sua formulação constitucional, seu desenvolvimento legislativo e sua aplicação jurisprudencial, interpretando-os, extraíndo do seu estudo os conceitos mais relevantes e sistematizando o conjunto de normas jurídicas (constitucionais ou não) que os regulam. Outra é a tarefa do filósofo do direito, a quem cabe adentrar no âmbito da

³ Ao traçar um panorama semelhante do Direito Administrativo, GARCIA DE ENTERRÍA (1963, pp. 206-207) assevera que “han sido los principios descubiertos y funcionalizados por los juristas los que han cambiado, no solo la ciencia del Derecho Administrativo, sino la vida misma de este como ordenamiento aplicable. Ello se ha echo visible cuando esos principios han sido recogidos y desenvueltos por la jurisprudencia o en la legislación, como ha ocurrido en todos los países continentales”.

⁴ “Uma argumentação em direito, nesse sentido, é tipicamente aquele tipo de argumentação que consiste em recorrer a normas: não, por exemplo, às finalidades a serem perseguidas pelo juiz, não às previsíveis consequências da decisão, mas a normas que são supostas preexistentes, e que o juiz deveria aplicar fielmente” (GUASTINI, 2005, pp. 168-169).

moral ou da ética para identificar quais são as exigências que sustentam aqueles direitos. Nosso propósito está certamente inserido na tarefa dogmática: interpretar as normas para extrair seus conceitos mais relevantes, buscando uma sistematização do direito eleitoral. Tentaremos encontrar o que Simone GOYARD-FABRE chama de “regularidades tendenciais ordenadas” do sistema normativo constitucional-eleitoral, perquirindo sua racionalidade e buscando a sistematização, de que tanto carece⁵. Um sistema normativo é formado por princípios e regras (e, quiçá, valores⁶). Resta saber quais são os princípios do direito eleitoral, para que se possa visualizar este sistema com mais clareza, favorecendo sua operacionalização.

A postura filosófica também é muito atraente. Aprofundar o significado das regras a fim de descobrir suas raízes e sua legitimidade (GOYARD-FABRE, 1999, p. 49) seria um trabalho riquíssimo que, outrossim, está além das nossas possibilidades e do nosso escopo. Mas é importante lembrar que os princípios, por suas características que serão desveladas mais à frente, fazem uma ponte entre o direito e a moral. É uma norma jurídica carregada de conteúdo moral. E, por isso, sempre que tratamos de um princípio, acabamos por perpassar a “moral” que antecede seu conteúdo jurídico. “Los principios son entidades vecinas a los valores morales” (LAPORTA, *Filosofia del Derecho y Norma Constitucional: una aproximación preliminar*, 2003, p. 35).

Também é importante frisar que nem sempre o “caminho” trilhado tem como ponto de partida a norma posta. Como visto, nos serviremos também de outras fontes do direito para identificar possíveis princípios, a saber, da jurisprudência e da doutrina.

⁵ “... no âmbito geral das ciências humanas, a ciência do direito (...) se caracteriza sobretudo, diferentemente da ciência política, por seu projeto teórico. Ela procura estabelecer um *corpus* cognitivo mais ou menos sistemático que, pela racionalização dos fenômenos estudados, discerne neles regularidades tendenciais ordenadas e as reporta às ideias, aos valores e aos interesses dominantes de uma época ou de uma sociedade. O direito político deveria, portanto, ser um dos objetos privilegiados da ciência do direito” (GOYARD-FABRE, 1999, pp. 46-47).

⁶ Em que pese o preâmbulo da Constituição Federal de 1988 fazer menção a valores, temos que esta classificação não assume relevância no direito brasileiro, pois não acarreta tratamento diverso do dedicado aos princípios. São também opções axiológicas do ordenamento constitucional. Neste sentido, estamos com Robert ALEXY (1988, p. 145): “Toda colisión entre principios puede expresarse como una colisión entre valores y viceversa. La única diferencia consiste en que en la colisión entre principios se trata de la cuestión de qué es debido de manera definitiva, mientras que la solución a una colisión entre valores contesta a qué es de manera definitiva mejor. Principios y valores son por tanto lo mismo, contemplado en un caso bajo aspecto *deontológico*, y en otro bajo aspecto *axiológico*. Esto muestra con claridad que el problema de las relaciones de prioridad entre principios se corresponde con el problema de un jerarquía de valores”.

Isto porque a natureza dos princípios implícitos nos leva a buscar o suporte das outras fontes de direito para então verificar sua validade ou pertinência diante das normas escritas.

Um último ponto que merece destaque nestas notas introdutórias, refere-se à incompletude deste trabalho. Trata-se de uma pesquisa que busca identificar todos os princípios constitucionais do direito eleitoral pátrio, mas que não exclui – e nem poderia – a possibilidade de identificação de outros. DWORKIN (2002, p. 70) aponta a dificuldade desta tarefa:

se (...) realmente tentarmos arrolar todos os princípios em vigor, seremos mal sucedidos. Eles são controversos, seu peso é de importância fundamental, eles são incontáveis e se transformam com tanta rapidez que o início de nossa lista estaria obsoleto antes que chegássemos à metade dela.

Evidentemente, não estamos com DWORKIN nessas suas colocações, mas temos claro que é impossível estabelecer um rol fechado e completo de princípios, muito menos traçar todas suas relações de peso.

O caráter científico desta investigação está em provar a existência de alguns princípios relevantes do direito constitucional eleitoral brasileiro e de seu papel no sistema jurídico, mas não em negar a existência de outros. A proposta, a metodologia e o escopo do trabalho não permitem outra conclusão senão a da sua impossibilidade de ser uma definitiva e completa declaração de princípios eleitorais de status constitucional.

Já afirmou GARCÍA DE ENTERRÍA (1963, p. 222), com preciosidade, que

la posibilidad de 'invención' de nuevos principios por una casuística cada vez más apuradamente analizada, o por obra de la doctrina, hacen del pensamiento institucional algo necesariamente vivo e dinámico, en cuyo incesante fluir encuentra justamente su expresión la auténtica vida del derecho. Intervenir activamente en ella es la pasión del verdadero jurista – y también su honor más seguro.

II. A TEORIA DOS PRINCÍPIOS JURÍDICOS

As explicações sobre a norma jurídica formam o objeto de estudo da filosofia do direito que tem rendido trabalhos de grande envergadura e a doutrina muito tem se debruçado sobre o tema dos princípios, encarando-os como uma espécie normativa com características peculiares.

A existência e a importância dos princípios para o sistema jurídico têm sido reconhecidas de forma expressiva pela doutrina. Entretanto, temos de admitir que o tema – em voga – não está cercado de certezas, não havendo um entendimento único acerca do mesmo. Para tratar dos “princípios jurídicos”, é importante definir qual é o entendimento que temos acerca deste instituto. E, para o presente estudo, esta tarefa é essencial.

Buscaremos, então, definir uma linha de pensamento neste capítulo, que conduza nosso trabalho. Para a construção desta linha, partilharemos de diversas acepções traçadas pela doutrina na caracterização dos princípios para, em seguida, buscarmos um conceito claro e nítido.

A. OS TRAÇOS CARACTERÍSTICOS DOS PRINCÍPIOS JURÍDICOS

A caracterização dos princípios tem recebido muitas contribuições e constado de muitos manuais. Tentaremos, neste tópico, elencar as contribuições mais relevantes⁷.

A primeira característica marcante dos princípios seria sua *generalidade*⁸. No dizeres de Boulanger, o princípio é geral porque comporta uma série indefinida de aplicações (*Apud* BONAVIDES, 1996, p. 239). Não a mesma generalidade comum das leis, mas uma generalidade específica que é marcada por um grau de abstração mais alto, que não contempla apenas uma situação ou fato hipotético, mas que se impõe a uma gama indefinida de situações, sejam fáticas ou mesmo normativas e argumentativas. Com isso queremos dizer que os princípios não servem apenas para julgar casos concretos ou serem expressos em enunciados deônticos, mas também para serem utilizados na interpretação das demais normas do sistema, servindo como guia ao intérprete. E também queremos dizer da sua vagueza, que pode decorrer da falta de um campo exato de aplicação (como definir o campo de aplicação do princípio da legalidade ou da segurança jurídica?) ou por possuir um conteúdo teleológico ou programático, que define apenas o fim e não o meio, deixando um campo aberto a várias possibilidades (GUASTINI, 2005, p. 189). É por deixarem um espaço livre para as regras determinarem de uma forma mais precisa o que pode ou não pode ser feito⁹, que se diz que os princípios têm uma “hipótese de incidência aberta” (TAVARES, 2006, p. 93). Biscaretti DI RUFFIA, citando CROSA, assevera que

un principio *fundamental* raramente se aplica de una sola manera y más a menudo aflora, en cambio, en diversas manifestaciones que, si no son todas relevantes a efectos del derecho positivo, son, sin embargo, indicios que aclaran y facilitan la tarea del intérprete (y esto por la fuerza de expansión que un principio efectivamente incorporado en el sistema despliega para obtener las consecuencias de que es capaz) (DI RUFFIA, 1987, p. 150).

⁷ Sem, com isso, tentar dar um tratamento bibliográfico-enciclopédico ao tema, mas tentando trazer à baila alguns dos principais criadores ou porta-vozes das ideias que norteiam o assunto.

⁸ “Os mesmos princípios do direito podem ser mais ou menos gerais. O princípio que constitui a *ratio* de uma norma singular possui um baixo grau de generalidade; têm um elevado grau de generalidade os princípios que abrangem um inteiro setor da disciplina jurídica (por exemplo, o princípio de estrita interpretação em direito penal). Os princípios que por si só informam o inteiro ordenamento têm um elevadíssimo grau de generalidade (por exemplo, o princípio de certeza do direito)” (GUASTINI, 2005, p. 191).

⁹ Os princípios informam materialmente as demais normas, “fornecendo-lhes inspiração para o recheio” (ROTHERBURG, 2003, p. 16).

Desta característica, podemos extrair uma outra, que é utilizada para distinguir as regras dos princípios: as regras seriam as únicas aptas à aplicação direta aos casos fáticos. “Os princípios jurídicos não são senão pautas gerais de valoração ou preferências valorativas em relação à ideia do Direito, que todavia não chegaram a condensar-se em regras jurídicas imediatamente aplicáveis, mas que permitem apresentar ‘fundamentos justificativos’ delas” (LARENZ, 1997, p. 316). Os princípios careceriam, nos dizeres de Celso BASTOS (1999, p. 54), de outra norma que lhes confira “densidade semântica”. Esta inviabilidade para situações concretas ou (como também é conhecida) *indeterminabilidade* dos princípios, faz com que eles dependam das regras para ganharem efetividade na aplicação. Seriam, então, apenas ferramentas internas do sistema normativo, sem possibilidade de aplicação direta a casos submetidos a julgamento. Neste sentido, constituiriam metanormas, por faltar-lhes habilidade para definir precisamente situações concretas. Nos dizeres de ESSER,

lo que en nuestro sistema distingue el principio de la norma, no es la ‘abstracción’ o el ‘carácter general’, sino la posibilidad de precisar los casos de aplicación, que es lo que caracteriza al ‘precepto’. (...) Según la concepción continental, el principio no es en sí mismo una ‘instrucción’, sino causa, criterio y justificación de ésta.

O autor vai mais além em suas ponderações:

un principio jurídico no es un precepto jurídico, ni una norma jurídica en sentido técnico, en tanto no contenga ninguna instrucción vinculante de tipo inmediato para un determinado campo de cuestiones, sino que requiere o presupone la acuñación judicial o legislativa de dichas instrucciones. Los principios jurídicos, a diferencia de las normas de derecho, son contenido en oposición a forma (ESSER, 1961, p. 65).

Daí vemos também o chamado caráter *normogenético* dos princípios, que lhes atribui a característica de constituir a *ratio* das regras, seu esteio ou fundamento (CANOTILHO, 1993, pp. 166-167). CANARIS (1995, p. 68) diz que as aplicações

propostas de uma teoria só podem ser entendidas quando se conhecem as “valorações que estão detrás”; e quanto a estas, “en lo que concierne a su formulación, resulta adecuado y, por regla general, posible sin la menor dificultad, otorgarles la forma de un *principio jurídico general*”. Para Sérulo da CUNHA (2006, p. 54), “toda norma (regra)¹⁰ deve ser lida como se fosse parágrafo de um artigo cujo ‘caput’ compreende os princípios de que se irradia, e que justificam sua existência como norma”. É por esta característica que

los principios sirven de elemento unificador del sistema. Son, como dice Scarpelli, una especie de malla, que evita fugas y dispersiones, que contrapesa la fragmentación en la interpretación y en la producción del Derecho. Son guías para los operadores jurídicos. Frente a las normas regla que imputan una consecuencia jurídica a un presupuesto de hecho, se plantean en el ámbito de la justificación” (PECES-BARBA MARTINEZ, 1996, p. 302).

É por isso, também, que os princípios têm “maior envergadura sistêmica” (BRITTO, 2003, 166). Segundo Carlos Ayres BRITTO eles devem assim ser considerados porque consubstanciam ou tipificam valores que “são fins em si mesmo”. Conexa a esta classificação está o *maior grau de importância axiológica* dos princípios, por trazerem declarações de valores (TAVARES, 2006, p. 91).

Os princípios também são reconhecidos por terem uma conexão com a ideia de Direito (CANOTILHO, 1993, p. 166; LARENZ, 1997, p. 674) e um caráter de fundamentalidade no sistema jurídico (CANOTILHO, 1993, p. 166; GUASTINI, 2005, pp. 186-187).

Sérulo da CUNHA (2006, p. 60) assim sintetiza os princípios:

a) o princípio é uma prescrição; b) que difere das demais prescrições pelo seu alto grau de abstração (melhor dizendo, à amplitude do seu âmbito de eficácia); c) em cujo conteúdo há uma ou mais opções valorativas; d) que fundamenta, estrutura ou organiza o ordenamento; e) que inspira e dá sentido às normas do ordenamento.

¹⁰ O que o autor denomina como norma, nós preferimos chamar de regra. Para Sérulo, existem princípios e normas.

DWORKIN (2002, pp. 42-43) estabelece fundamentalmente duas diferenças básicas que distinguem os princípios das regras e que estão imbricadas entre si: (a) as regras são aplicáveis como o tudo-ou-nada: ou elas são aplicadas e sua consequência jurídica se faz sentir, ou elas são consideradas inválidas, enquanto que os princípios são razões que inclinam numa ou noutra direção e não pretendem definir direitos e deveres específicos; (b) princípios têm dimensão de peso ou importância, que são as características necessárias para o exercício de ponderação na sua aplicação e contraste com outros princípios e regras, enquanto que as regras estão sempre no mesmo plano, sem que uma seja mais importante do que a outra; quando entram em conflito, a análise que se procede é quanto à sua validade e nunca quanto à sua importância.

Corroborando a primeira diferença apontada por DWORKIN, Robert ALEXY, em sua *Teoria dos Direitos Constitucionais*¹¹, classifica os princípios como “mandados de otimização”¹², pois os descreve como normas que requerem que algo se realize na maior extensão possível, dadas as possibilidades fáticas e legais. Em face disto, são normas que podem ser atendidas/satisfeitas em vários graus e o grau de satisfação apropriado depende do processo de balanceamento em que o princípio compete com outros princípios e regras (ALEXY, 2002, pp. 42 e segs.). Em oposição, as regras não dependem deste processo e ora são respeitadas, ora não, sem que seja possível a graduação da sua satisfação; elas possuem “pontos fixos no campo das possibilidades legais e fatuais”. Para ALEXY (1988, p. 141), pois, a diferença entre regra e princípios é qualitativa, e não quantitativa.

Um ponto forte elegido por ALEXY para diferenciar as regras dos princípios é a situação de conflito. Os princípios estão o tempo todo em conflito, conforme vimos

¹¹ O original alemão *Theorie der Grundrechte* foi traduzido pelo inglês Julian Rivers com o título de *A Theory of Constitutional Rights*. Em nota inicial da publicação (que nos serve de referência) Alexy agradece a acuidade da tradução da obra, mas devemos atentar que esta mesma obra foi traduzida para o espanhol por Ernesto Garzón Valdés como *Teoría de los Derechos Fundamentales*. Preferimos a tradução inglesa do título, por ser uma obra que trata dos direitos constitucionais como um todo e não somente daquilo que chamamos de direitos fundamentais.

¹² Tradução livre de *Optimization Requirements*, que também poderia ser traduzido como “exigências de otimização” ou, ainda, como “preceitos de otimização”, pois deve ter um sentido amplo que abranja comandos, permissões e proibições, conforme alerta o tradutor e jurista inglês Julian Rivers.

acerca do processo de balanceamento exigido. Mas as regras não competem entre si da mesma maneira. Diante de algum conflito entre regras, procede-se a uma análise de validade: “Legally speaking, a rule is valid or its not. The fact that a rule is valid and applicable to a certain set of facts means that the legal consequence is valid.” Diante de um conflito (em que não seja detectada uma exceção a uma das regras), uma das regras terá de ser declarada inválida. “What is significant is that the decision is a decision concerning validity” (ALEXY, 2002, p. 49). Temos então que, diante de um conflito de regras, somente uma deverá ser aplicada, pois a outra é inválida. Mas a competição entre princípios não se dá no campo da validade: dá-se na definição do peso de cada princípio para os fatos e circunstâncias (balanceamento de interesses). A questão no processo de balanceamento é: qual dos preceitos (que têm o mesmo status no plano abstrato) deve ter maior peso (ou relevância) no caso concreto?

Por decorrência lógica, cada vez que a Corte define a prevalência de um princípio sobre outro(s) em determinadas circunstâncias, ela formula uma regra. Isto porque estabelece, neste momento, uma relação circunstancial de precedência, que pode ser lida da seguinte maneira: “sob as condições C, o princípio P1 prevalece sobre o princípio P2, acarretando as consequências jurídicas ditadas por este princípio”. Assim, sempre que estas condições estiverem presentes, já estará estabelecido de forma clara qual é a consequência jurídica, sendo desnecessário novo processo de balanceamento. Desta feita, estamos diante de uma nova regra (regra derivada), que nasceu do balanceamento entre dois (ou mais) princípios.

A derivative constitutional rights norm is a norm for whose derivation correct constitutional justification is possible. If correct constitutional justification is possible for the norm just stated, which can be assumed to be the case for present purposes, then it is a constitutional rights norm. At the same time it is a rule under which the facts of the case can be subsumed as under any statutory norm (ALEXY, 2002, p. 56).

A este processo necessário de balanceamento, em que se averigua o contraste dos princípios com outras normas frente às circunstâncias do caso e em que o

resultado é a formulação de uma regra, ALEXY (2002, pp. 50 e segs.) atribui o nome de *Law of Competing Principles*.

Como vimos, DWORKIN e ALEXY concordam em relação às diferenças da colisão entre regras e entre princípios, muito embora ALEXY tenha avançado mais em suas elaborações. Entretanto, a crítica que ALEXY faz a DWORKIN, refere-se ao fato dele não ter feito a seguinte pergunta: por que os princípios se colisionam de maneira distinta das regras? E a resposta está exatamente no traço característico fundamental dos princípios: eles são passíveis de cumprimento modulado. É apostando nesta estrutura lógica (portanto, qualitativa e não quantitativa) que ALEXY (1988, p. 144) define seu critério de distinção: “Si se exige la mayor medida posible de cumplimiento en relación con las posibilidades jurídicas y fácticas, se trata de un principio. Si sólo se exige una determinada medida de cumplimiento, se trata de una regla”.

Em suma, ALEXY propõe uma Teoria dos Princípios que seja fundada em três pilares: (a) um sistema de condições de prioridade, (b) um sistema de estruturas de ponderação e (c) um sistema de prioridade *prima facie* (ALEXY, 1988, p. 146)¹³.

O sistema de condições de prioridade decorre da *Law of Competing Principles*, que reza que o exercício de ponderação para definição de peso dos princípios em caso de colisão não aproveita somente o caso concreto, mas cria uma regra de prevalência ou de prioridade. Assim, sempre que se constatarem aquelas condições, já se sabe que um princípio deve prevalecer sobre o outro e assim esta regra serve de referência para futuros julgamentos. Mas, como é cediço, as condições não costumam ser exatamente as mesmas e, portanto, sempre há espaço para a argumentação jurídica.

O sistema de estruturas de ponderação decorre da característica marcante dos princípios enquanto *mandados de otimização*. Esta característica obriga a que se

¹³ Ele classifica esta proposta (que entende a única possível) de *fraca* (“débil”), em oposição à proposta *forte* ou *estrita* e que responderia aos anseios de DWORKIN. Esta *ordem estrita* seria caracterizada pela possibilidade de declaração de todos os princípios e de suas relações de prioridade abstratas e concretas e, assim, seria possível atender ao que espera DWORKIN: a previsibilidade e certeza de todas as decisões envolvendo princípios jurídicos. DWORKIN defende esta tese de previsibilidade apostando no seu juiz *Hércules* que, com uma capacidade de super-homem, seria capaz de atingir sempre a única decisão possível. Entretanto, para ALEXY isto não é possível. Entende ser inviável a ordem estrita, pois os pesos dos valores e princípios não podem ser expressados em uma escala numérica.

busque a realização dos princípios na sua maior extensão possível, em relação às possibilidades fácticas e jurídicas. Segundo ALEXY (1988, p. 147),

la referencia a las posibilidades fácticas lleva a los bien conocidos principios de adecuación y necesidad. La referencia a las posibilidades *jurídicas* implica una ley de ponderación que puede ser formulada como sigue: Cuanto más alto sea el grado de incumplimiento o de menoscabo de un principio, tanto mayor debe ser la importancia del cumplimiento del otro. La ley de ponderación no formula otra cosa que el principio de la proporcionalidad en sentido estricto.

Mais uma vez, esta característica conduz a aplicação dos princípios ao campo da argumentação racional e demanda uma conjugação com uma Teoria da Argumentação que dê conta dos princípios como *mandados de otimização*.

O sistema de prioridade *prima facie* decorre de uma possibilidade defendida por DWORKIN de estabelecer alguma ordem de prioridade precária entre os princípios. Esta ordem não contém determinações definitivas, mas cria elementos para argumentos em favor de um princípio ou de outro. ALEXY (1988, p. 148) ilustra este sistema com um exemplo:

En una información actual sobre un delito grave, a la libertad de información le corresponde una prioridad *prima facie* frente a la protección de la personalidad. Las prioridades *prima facie* establecen cargas de la argumentación. De esta manera crean un cierto orden en el campo de los principios. Desde luego, no contienen una determinación definitiva. Si son más los argumentos a favor de una prioridad de un principio que juega en sentido contrario, se cumple suficientemente la prueba. Con ello, el orden depende de nuevo de la argumentación.

Devemos ter muito cuidado com o que se entende em relação a esta possível hierarquização precária dos princípios. Como adverte RUIZ MANERO (2007, p. 88), “las relaciones de prevalencia entre ellos (principios) no se encuentran predeterminadas en el texto constitucional”. Entretanto, podemos falar em importância dos princípios, seguindo a lógica adotada por LAPORTA (1984, p. 36), defendendo que a Constituição

adota a mesma forma piramidal que se atribui ao ordenamento jurídico. Não em termos de hierarquia formal, mas em termos de fundamentação na cadeia de validade:

lo que llamé la 'importancia' de las normas puede definirse si suponemos, como lo hacía Kelsen, que unas normas transmiten la validez a otras formando un conjunto de 'cadenas de validez', de forma tal que si pierde su validez una de las superiores, pierden también su validez aquéllas otras que constituyen o forman los eslabones restantes de la cadena. Una norma, según este criterio propuesto, es muy importante si la cadena que va tras ella es muy larga, y es poco importante si esa cadena es corta.

Em nosso modo de ver, esta pirâmide nem sempre é clara e simétrica, pois há uma gama de relações em que um princípio tem relações com outros que estão em posicionamento diferente. Preferimos outra imagem, que retrata melhor esta relação. Os princípios formam uma rede de sustentação do ordenamento jurídico¹⁴, apoiando-se mutuamente uns nos outros, sendo certo, entretanto, que alguns possuem vínculos com mais princípios, em posição de anterioridade lógica. Assim, esta rede possui alguns nós ou pontos de sustentação, que não permitem a conclusão de que sua exclusão acarrete necessariamente a caída dos consequentes a ele atados pela lógica. Entretanto, estes pontos de sustentação podem ser tidos como indicação de importância e também de prevalência *prima facie*.

O que é importante para os fins aqui colimados, é perceber as diferenças traçadas por ALEXY em relação aos princípios e o papel que os mesmos jogam no ordenamento jurídico. Em suma, para ALEXY, princípios são *mandados de otimização* que determinam a aplicação do seu conteúdo na maior extensão possível, considerando aspectos legais (outros princípios e regras) e fáticos (dados da realidade). São aplicáveis diretamente aos casos concretos, pois podem ser formulados mediante modais deônticos, e sempre que se procede ao balanceamento (ou ponderação), surge uma nova *regra*.

Podemos, neste sentido, buscar uma aproximação entre as classificações anteriormente vistas e a teoria de ALEXY. A doutrina retrocitada entende que os

¹⁴ "São as normas-princípio que fazem da Constituição uma densa rede axiológica de vasos comunicantes" (BRITTO, 2003, p. 168).

princípios carecem de regras para sua aplicação. DWORKIN entende que são diretamente aplicáveis. Entretanto, entende que, nessa aplicação, formula-se uma nova regra. Portanto, podemos concluir que os princípios realmente carecem de uma regra para serem aplicados, mas esta regra é formulada no próprio processo de aplicação, através da *Law of Competing Principles*. Estamos com ALEXY no sentido de que os princípios não dependem de “outra lei” para serem aplicados, pois o juiz pode (e deve) fazer uso diretamente do mesmo. Entretanto, o que vemos é que, na sua aplicação, gera-se uma nova regra. Esta regra não aparece (como querem alguns) como condição prévia necessária, mas como uma consequência do processo de ponderação. Uma regra criada judicialmente.

Um outro aspecto que merece atenção diz respeito à forma: a também chamada *generalidade* dos princípios implica que não tenham formulação de hipótese de incidência, ou enunciado hipótese-consequência. Esta distinção quanto à forma, também ressaltada por RUIZ MANERO (2007)¹⁵, é criticada por Humberto ÁVILA. Para ele,

o decisivo para uma norma ser qualificada como princípio não é ser construída a partir de um dispositivo exteriorizado por uma hipótese normativa pretensamente determinada. De um lado, qualquer norma pode ser reformulada de modo a possuir uma hipótese de incidência seguida de uma consequência. De outro, em qualquer norma, mesmo havendo uma hipótese seguida de uma consequência, há referência a fins. Enfim, o qualificativo de princípio ou de regra depende do uso argumentativo, e não da estrutura hipotética. (...) O ponto decisivo não é, pois, a ausência da prescrição de comportamentos e de consequências no caso dos princípios, mas o tipo da prescrição de comportamentos e de consequências, o que é algo diverso (ÁVILA, 2006, p. 43).

Esta colocação assume um papel relevante, ao passo que diz que uma mesma norma pode ser enunciada ora como regra, ora como princípio.

Tendo em vista que os princípios podem ser representações valorativas deduzidas das regras, assiste razão em parte a ÁVILA. Ora eu exprimo como regra, ora como princípio. Entretanto, nossa objeção a esta crítica consiste no fato de que um

¹⁵ Sua tipologia das normas constitucionais está mais adiante transcrita.

princípio não pode ser expresso em uma só regra formulada como hipótese de incidência e consequência. Uma expressão assim de um princípio (se estamos realmente diante de um princípio) revela tão somente uma de suas facetas, e não o seu todo. Seja como for, mesmo para Ávila, quando enunciemos um princípio, não o fazemos na forma de hipótese de incidência.

Princípios são, pois, normas jurídicas (a) carregadas de valor (opções axiológicas), que apontam em determinado sentido, (b) que podem ser cumpridos de forma modulada, como mandados de otimização, (c) que não descrevem uma hipótese de incidência. No mais, as distinções não se referem a uma descrição do objeto em si, mas às suas externalidades (como se aplica, como agir diante de um conflito, consequências da ponderação, papel que têm no sistema...).

B. PRINCÍPIOS JURÍDICOS COMO NORMAS JURÍDICAS

A primeira discussão que se estabelece em torno dos princípios é sobre o seu caráter normativo: são eles verdadeiras normas jurídicas? Conforme já teorizou André TAVARES (2006, p. 86), “os princípios – tal como as regras – possuem força prescritiva e dirigem-se a vincular comportamentos. Trata-se de uma conclusão praticamente inconteste na contemporânea teoria do direito”. Entretanto, é de se reconhecer que nem sempre foi assim. Tavares separa, com muita precisão, três fases distintas em relação à evolução do tema dos princípios. A primeira, denominada *jusnaturalista*, via nos princípios meros conselhos dirigidos ao Executivo ou ao Legislativo, sem qualquer imperatividade ou cogência. A segunda fase, a *juspositivista*, passou a considerar os princípios como fonte normativa, muito embora o fizesse classificando-os de forma secundária. É o que vemos, por exemplo, no art. 4º da Lei de Introdução ao Código Civil brasileiro:

Art. 4º. Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes, e os princípios gerais de direito¹⁶.

Esta fase subalterna, entretanto, também já foi superada pela “História das Ideias”, tendo os princípios passado para o primeiro plano e assumido o protagonismo. “Sendo princípio constitucional, há de aplicar-se com a marca indelével da prioridade; o princípio antes e sempre e, se ainda possível for, a lei; aplica-se o princípio para nele interpretar a lei (interpretação conforme a constituição)” (TAVARES, 2006, pp. 87-88).

Para demonstrar a força normativa dos princípios, DWORKIN (2002, p. 8) traz à colação julgados da Suprema Corte norte-americana em que as razões de decidir não são leis escritas ou não podem ser encontradas como regras claras no direito positivo. São os assim chamados *casos difíceis*. E, a partir desta constatação, ele questiona: isto significa que estão seguindo regras mais gerais e abstratas? De onde elas provêm? O que as tornam válidas? Ou isto significa que a Corte está decidindo o caso de acordo com suas próprias crenças morais e políticas?

Estas normas ditadas pelos juízes em casos difíceis formam o objeto da pesquisa de DWORKIN. Preocupa-se ele com a justificação dada pelos juízes para decidir sem a aplicação das regras escritas – ou mesmo afastando a aplicação das mesmas – tendo em mente que esta questão é relevante para avaliar a extensão da autoridade judicial e também a extensão da obrigação moral e política do indivíduo de obedecer ao juiz e à sua lei. Busca, então, revisar a teoria do direito para que ela seja capaz de responder a esta preocupação, com o entendimento de que “os problemas de teoria do direito são, no fundo, problemas relativos a princípios morais e não a estratégias ou fatos jurídicos” (DWORKIN, 2002, p. 12).

Aprofunda DWORKIN (2002, pp. 59-60):

Na maior parte das jurisdições americanas, e atualmente também na Inglaterra, não é infrequente a rejeição de regras estabelecidas. (...) Quando, então, um juiz tem permissão para mudar uma regra de direito em vigor? Os princípios aparecem na resposta de duas maneiras distintas. Na primeira delas, é

¹⁶ Para André Ramos Tavares, o que se denominava “princípios gerais do direito” é o que hoje chamamos de “princípios constitucionais” (TAVARES, 2006, p. 87).

necessário, embora não suficiente, que o juiz considere que a mudança favorecerá algum princípio; dessa maneira, o princípio justifica a modificação. (...) Na segunda maneira de considerar o problema, um juiz que se propõe a modificar uma doutrina existente deve levar em consideração alguns padrões importantes que se opõem ao abandono da doutrina estabelecida; esses padrões são, na sua maior parte, princípios. Esses padrões incluem a doutrina da 'supremacia do Poder Legislativo', um conjunto de princípios que exige que os tribunais mostrem deferência limitada pelos atos do Poder Legislativo. Eles incluem também a doutrina do precedente, outro conjunto de princípios que reflete a equidade e a eficiência que derivam da consistência. (...) Os juízes, no entanto, não têm liberdade para escolher entre os princípios e políticas que constituem essas doutrinas – também nesse caso, se eles fossem livres, nenhuma regra poderia ser considerada obrigatória.

E então conclui:

Consideremos, portanto, o que fica implícito quando alguém diz que uma determinada regra é obrigatória. Ele pode sugerir que a regra é sustentada de maneira afirmativa por princípios que o tribunal não tem a liberdade de desconsiderar e que, tomados coletivamente, são mais importantes do que outros princípios que contêm razões em favor de uma mudança. E se não for esse o caso, ele pode sugerir que qualquer mudança é condenada por uma combinação de princípios conservadores, tais como o da supremacia do Poder Legislativo e do precedente, princípios que o tribunal não tem a liberdade de ignorar. (...) Sem dúvida, qualquer uma dessas linhas de inferência trata um corpo de princípios e políticas como leis, no mesmo sentido que regras são leis; trata os princípios e políticas como padrões que regulam suas decisões a propósito de direitos e obrigações jurídicas (DWORKIN, 2002, p. 61).

Com este estudo, DWORKIN entra para a história como o primeiro pensador a defender o caráter normativo e a estabelecer um estudo aprofundado sobre os princípios, ainda que seja sob uma perspectiva da *common law*.

RUIZ MANERO propõe uma tipologia das normas constitucionais, partindo do pressuposto de que toda norma reguladora correlaciona um *antecedente* (ou condições de aplicação) com um *consequente* (ou solução normativa) em que se modaliza deonticamente uma certa conduta. A partir desta afirmação, propõe uma classificação em quatro tipos ideais, que se diferem na configuração da parte *antecedente* ou da parte *consequente*. Sua tipologia divide as normas em quatro tipos: regras de ação, regras de fim, princípios em sentido estrito e diretrizes ou normas programáticas. Estes

dois últimos tipos formam o grupo dos princípios em sentido *lato* (RUIZ MANERO, 2007, pp. 75 e segs.).

As regras de ação seriam aquelas voltadas a determinar uma ação ou omissão do destinatário da norma. Este tipo de norma define uma situação hipotética e sua consequência jurídica, de forma que não há necessidade de perquirir as razões da norma ou mesmo as consequências de sua ação. São as normas mais simples e comuns, como as de limite de velocidade em estradas ou determinação do pagamento de um tributo sobre a renda.

As regras de fim são aquelas que também definem situações hipotéticas, mas cuja consequência jurídica determina a produção de um estado de coisas em uma determinada medida. O destinatário destas normas pode ignorar as razões favoráveis ou desfavoráveis da produção daquele estado de coisas, mas não pode descurar das consequências dos seus atos, uma vez que é aqui que está o comando normativo. São precisamente para as consequências (o estado das coisas decorrente das ações possíveis) que estas normas apontam seu comando. Seria o caso, por exemplo, dos limites de déficit dos Estados pugnados pela Responsabilidade Fiscal. Há diversas formas de reduzir o déficit e o que importa a esta regra é que os atos do destinatário atinjam este fim (ou estado de coisas). Portanto, não há como descurar da relação causal entre os atos que o destinatário pratica e o estado de coisas (preconizado pela norma).

Os princípios *stricto sensu* se diferenciam das regras “porque en su antecedente no se contiene otra cosa sino que se dé una oportunidad de realizar la acción modalizada en el consecuente, y en este último la obligación (o prohibición, o permiso) meramente *prima facie* de realizar tal acción”. Estas normas não definem situações hipotéticas de aplicação, mas abrem um leque indeterminado de situações sobre as quais pode incidir. Retomamos, aqui, aquela ideia de “hipótese de incidência aberta” (TAVARES, 2006, p. 93). E assim, um princípio que proíbe *prima facie* uma ação pode entrar em choque com um princípio que *prima facie* determina tal ação. Desta condição, decorre que os princípios não podem escapar de uma deliberação sobre as razões favoráveis ou contrárias à realização da ação ordenada. Tal qual ALEXY, RUIZ

MANERO entende que esta deliberação (também chamada de *ponderação*) desemboca na formulação de uma regra que determina a prevalência de um princípio sobre o outro (em determinado grau), sempre que cumpridas determinadas condições.

Por fim, as diretrizes ou normas programáticas são princípios, na medida em que também determinam a aplicação de suas consequências sempre que houver a oportunidade. Entretanto, diferenciam-se dos princípios *stricto sensu* na medida em que a consequência traçada pela norma não é uma ação, mas a produção de um estado de coisas na maior medida possível. É o caso das normas que determinam ao Estado a preservação do meio ambiente, a redução das desigualdades ou a proteção do patrimônio histórico-cultural. Neste tópico, RUIZ MANERO cita exemplos de ações que podem atender a uma diretriz (por exemplo, o pleno emprego) e prejudicar a outra (por exemplo, a estabilidade econômica). E, por isso, o estado de coisas preconizado pelas diretrizes é graduável e não tudo-ou-nada. O ordenado por uma diretriz deve ser buscado ao máximo, através de políticas que articulem esta busca com a procura de maximização do estado de coisas buscado por outras diretrizes.

RUIZ MANERO (2007, p. 81) avança ainda ao definir consequências metodológicas desta sua distinção entre princípios:

De ahí que la necesidad de deliberación para actuar guiado por ello, que resulta común a todos los principios (en sentido amplio), se plantee de forma distinta según que se trate de principios en sentido estricto o de directrices: en el caso de los principios en sentido estricto, como hemos visto, se trata de determinar la prevalencia o no del principio bajo consideración con otros principios eventualmente concurrentes; en el caso de las directrices o normas programáticas, se trata de diseñar y llevar a cabo políticas que procuren el mayor grado de satisfacción posible de los diversos objetivos, interdependientes entre sí, a los que apuntan las diversas directrices¹⁷.

A partir desta rica classificação proposta, podemos verificar que, para o professor espanhol, os princípios são normas que se distinguem das regras por sua estrutura lógica: enquanto as regras definem situações hipotéticas (ou, como no original, “el caso mediante un conjunto de propiedades genéricas”), os princípios abrem uma

¹⁷ Esta mesma distinção metodológica aparece em ATIENZA (2007, pp. 151 e segs.).

possibilidade indefinida de oportunidades de realizar a ação. São diferenças estruturais contidas no *antecedente*. Entretanto, como visto, todas estas espécies são normas jurídicas, diferenciando-se em aspectos de formulação das obrigações.

ALEXY (2002, p. 45) também é categórico ao defender que os princípios são normas. Segundo ele, tal como as regras, os princípios (a) dizem o “dever ser”, (b) podem ser expressos usando as expressões deônticas básicas de comando, permissão e proibição e (c) servem de razões para julgamentos concretos.

Neste ponto, já percebemos a originalidade de ALEXY. Ele vai de encontro a algumas distinções elaboradas pela doutrina, segundo a qual os princípios não servem para aplicação a casos concretos, pois sempre prescindem de uma regra que lhe dê maior concretude e aplicabilidade.

Realmente lhe assiste a razão. Este aspecto dos princípios pode ser confirmado pela jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, que tem julgados cujo fundamento é todo feito de princípios. Podemos verificar isso no Recurso Extraordinário 464.963, que faz uso exclusivamente dos princípios da moralidade e do devido processo legal para fundamentar a decisão. Neste caso, a Corte Suprema anula o acórdão de origem, por ser o advogado funcionário da justiça eleitoral e de sua filha ser funcionária do Tribunal de Justiça, tendo praticado atos como tal no processo em questão. A parte recorrida trouxe à colação a norma segundo a qual até os magistrados eleitorais estão livres para advogar e alguns precedentes do próprio Supremo Tribunal Federal. Entretanto, com fundamento única e exclusivamente na moralidade e no devido processo legal, a conclusão pretoriana foi pela anulação do processo e reconhecimento do impedimento de advogar por parte dos funcionários do Poder Judiciário. Portanto, não só fez dos princípios sua razão de julgar, como também os sobrepôs sobre regras e precedentes, demonstrando a força que os princípios constitucionais têm para a Corte Suprema.

São, portanto, os princípios normas cogentes, com impositividade. Esta é a atual perspectiva dos princípios, que assumem na doutrina e na jurisprudência um papel da maior relevância, sobrepondo-se às regras e espraiando seus efeitos sobre todo o ordenamento. Na doutrina nacional, esta posição tem sido amplamente reconhecida,

ganhando especial relevo nas palavras de Celso Antonio BANDEIRA DE MELLO (1993, pp. 408-409):

Princípio – já averbamos alhures – é, por definição, mandamento nuclear de um sistema, verdadeiro alicerce dele, disposição fundamental que se irradia sobre diferentes normas compondo-lhes o espírito e servindo de critério para sua exata compreensão e inteligência exatamente por definir a lógica e a racionalidade do sistema normativo, no que lhe confere a tônica e lhe dá sentido harmônico. É o conhecimento dos princípios que preside a inteligência das diferentes partes componentes do todo unitário que há por nome sistema jurídico positivo.

Temos, então, que a relevância normativa dos princípios decorre de dois aspectos: um interno, que seria sua imperatividade própria, e outro externo, que decorre do uso dos princípios como vetor interpretativo das regras. Os princípios são, por força própria, um comando normativo (de características específicas) que podem e devem ser aplicados e observados pela comunidade. Mas, além disso, mesmo quando buscamos aplicar as regras, devemos fazer uso dos princípios: são vetores interpretativos, que trazem coerência e unidade ao sistema. Estes dois aspectos conferem a esta espécie normativa a condição protagonista que assumiu atualmente, sendo um de aplicação direta outro de aplicação indireta.

C. A VALIDADE DOS PRINCÍPIOS JURÍDICOS

Conforme já anotado, os princípios podem ser preteridos em um processo de ponderação, sem que isso signifique que os mesmos não sejam válidos. Apenas as regras têm essa característica tudo-ou-nada. Os princípios, mesmo quando cedem

espaço para aplicação de outro princípio contraditório, seguem intactos e podem prevalecer sobre outros princípios em outras circunstâncias¹⁸.

Entretanto, é de se reconhecer que os princípios, enquanto opções axiológicas, podem perder sua validade. Uma concepção que hoje está espelhada na legislação pode, após uma reforma, ser deixada de lado e substituída por outra, inserida em um novo modelo no qual ela já não mais se encaixa. Vemos, portanto, que a concepção que formulamos dos princípios e a forma como devem ser aplicados é relevante para saber da sua validade.

Tendo em vista que os princípios podem ou não prevalecer, conforme a *Law of Competing Principles*, é possível que algum princípio seja fraco o suficiente para nunca prevalecer sobre os demais? ALEXY (2002, pp. 61-62) conclui que princípios que nunca prevalecem são inválidos. E, diante da possibilidade de haver princípios sem validade, sugere que, antes de realizar a ponderação, deve-se verificar se o princípio é válido.

DWORKIN (2002, p. 64) também admite que um princípio perca sua validade. Ele refina um pouco o processo de perda de validade de um princípio, afastando a possibilidade lógica de uma revogação, e desenvolve o conceito de *erosão dos princípios*:

A origem desses princípios enquanto princípios jurídicos não se encontra na decisão particular de um poder legislativo ou tribunal, mas no[a] compreensão do que é apropriado, desenvolvida pelos membros da profissão e pelo público ao longo do tempo. A continuidade de seu poder depende da manutenção dessa compreensão do que é apropriado. Se deixar de parecer injusto permitir que as pessoas se beneficiem de seus próprios delitos ou se deixar de parecer justo impor encargos especiais sobre monopólios que fabricam máquinas potencialmente perigosas, esses princípios não mais desempenharão um papel em novos casos, mesmo se eles não forem anulados ou revogados. (Na verdade, não tem sentido falar de ‘anulação’ ou ‘revogação’ de princípios como estes. Quando entram em declínio, eles sofrem uma erosão, eles não são torpedeados).

Os princípios podem, pois, perder sua validade quando o substrato mudar. Ao mudarem as regras e os valores, os princípios implícitos podem cair por terra. E, neste

¹⁸ Vide DWORKIN (2002, pp. 42 e 57).

aspecto, uma questão se coloca: se estivermos diante de um princípio de status constitucional, somente uma reforma na Constituição *poderia, se for o caso*, encerrar a validade de um princípio. Aí a importância de classificarmos os princípios quanto ao seu status constitucional ou não.

Entretanto, devemos, também, ter em mente que os princípios, enquanto fundamentos do sistema e ideias-força que dão sustentação e sentido às regras, só perdem a validade diante de grandes reformas da legislação. López Garrido chega a assinalar que os princípios constitucionais são normas cuja derrogação e ineficácia implicaria a substituição do sistema político, representando uma verdadeira ruptura do regime vigente para a criação de outro (CARZOLA PRIETO et al., 2000, p. 112). Certamente, alguns princípios, de caráter mais fundamental, não serão jamais substituídos, ou erodidos, sem uma mudança muito radical do sistema.

D. A REVELAÇÃO DOS PRINCÍPIOS JURÍDICOS

DWORKIN aponta uma séria dificuldade na aplicação de testes para a verificação da validade de um princípio jurídico: o positivismo e sua visão do direito como um sistema de regras. Segundo o professor norte-americano,

não é possível adaptar a versão de Hart do positivismo, modificando sua regra de reconhecimento para incluir princípios. Nenhum teste de *pedigree* que associe princípios a atos que geram legislação pode ser formulado nem seu conceito de direito oriundo do costume, em si mesmo uma exceção à primeira tese do positivismo, pode ser tornado útil sem o abandono integral desta tese (DWORKIN, 2002, p. 69).

A crítica ao positivismo¹⁹ também aparece em GARCÍA DE ENTERRÍA (1963, pp. 192-195):

Si el Derecho fuese, en efecto, únicamente un sistema de mandatos del Estado habría que concluir necesariamente que su interpretación se agotaría con una exégesis de las palabras de la ley, buscando sobre todo precisar el sentido exacto de ese mandato a través de una inquisición de la *voluntas legislatoris*. Sin embargo, ya la implacable y decisiva crítica de Geny en Francia demostró la necesidad de que el intérprete maneje datos y criterios prepositivos para poder descender al examen mismo de los elementos positivos, y antes aún tuvo lugar la elemental constatación de que 'la ley suele ser más inteligente que el legislador', y de que es preciso atender, como justificó Wach, no a una petrificada, como una vez por todas expresada, *voluntas legislatoris*, sino por lo menos a una viva y objetiva *voluntas legis*, institucionalmente valorada, y susceptible por ello de una interpretación evolutiva.

Seguindo este raciocínio, o jurista espanhol assevera que a autonomia desta suposta vontade da lei e a sua mobilidade no tempo não poderiam ser explicadas sem a visão da lei como “algo sustancial y más profundo” e, por conseguinte, “en toda interpretación judicial de una norma hay necesariamente una conformación valorativa de esta norma”. E conclui que “la comprensión de un texto (...) no puede hacerla el juez (...) sin acudir a los principios generales, que son los únicos instrumentos disponibles para dar sentido a las instituciones y para articular éstas en el sistema general del ordenamiento”. Vale dizer que, para o autor, o que diferencia a compreensão filológica de um texto da técnica de interpretação jurídica é o uso dos princípios jurídicos. Desta feita, ele aponta no sentido de que os princípios representariam as grandes opções valorativas que podem ser extraídas da própria norma, sem ter de acudir à vontade do legislador. Os princípios são, pois, parte necessária do ordenamento jurídico – sendo este visto como um sistema complexo e não apenas um conjunto de regras – que expressam de uma forma mais clara o caráter substancial da norma. São o caminho a ser tomado pelo jurista, no seu papel de harmonizar o ordenamento jurídico.

Ao comentar este texto de GARCÍA DE ENTERRÍA, PECES-BARBA (1984, p. 251) declarou sua total concordância com as conclusões do eminente administrativista,

¹⁹ Sobre o tema do positivismo e o neoconstitucionalismo, o qual não vamos abordar, vide Atienza (2007).

reafirmando que o direito produzido pelo legislador e o direito produzido pelas cortes de justiça (derecho judicial) “coexisten hoy en el derecho positivo”. Segundo ele, não é possível sustentar “ni el viejo legalismo estatista de identificación de Ley y Derecho ni el realismo jurídico de la libre creación del Derecho por esos operadores jurídicos”. Esta criação está atrelada aos parâmetros dados pelo ordenamento: as normas jurídicas principiológicas. Sem entrar nas polêmicas que a teoria dos princípios e a criação do direito pelos juízes trazem frente ao positivismo, o que nos interessa, neste ponto, é saber de onde vêm os princípios e como podem ser encontrados. E, seguindo o raciocínio expressado pelos juristas acima citados, temos que a lei é interpretada de acordo com opções valorativas constantes no ordenamento normativo. Então, é possível extrair essas opções a partir de uma análise abrangente do ordenamento normativo? Se os princípios são necessariamente utilizados no processo de interpretação da lei, é possível visualizar quais são as grandes opções axiológicas tomadas e então declará-las como princípios? E então declará-los válidos?

Biscaretti DI RUFFIA (1987, p. 150) aponta um caminho neste sentido. Diz que o princípio “puede, a veces, desprenderse del examen de algunas *normas escritas*, que, al manifestar algún aspecto fragmentario, permiten precisar sus contornos y líneas generales, aunque de ordinario resultan de *normas consuetudinarias*, a menudo engarzadas y entrelazadas con *reglas de corrección constitucional*”. Este meio de encontrar os princípios também parece condizente com a acepção que Celso BASTOS (1997, p. 131) tem dos mesmos: “Os princípios estão na Constituição permeando todo seu texto, alguns encontrando regulamentação explícita, enquanto outros vêm embutidos no contexto de diversas regras”. E, de forma ainda mais expressa, é defendida por Sérvulo da CUNHA (2006, p. 54): “Toda norma implica, na sua elaboração, várias opções valorativas. Essas opções, que são fundamento da norma, correspondem a princípios. Os princípios, portanto, sob este aspecto, são opções valorativas implicadas como fundamento, no enunciado das normas”.

DWORKIN (2002, p. 64) parece tecer uma metodologia para defender a existência e a validade de um princípio:

É verdade que se fôssemos desafiados a sustentar nossa alegação de que determinado princípio é um princípio do direito, mencionaríamos qualquer um dos casos referidos anteriores, nos quais tal princípio fosse citado ou figurasse na argumentação. Também mencionaríamos ainda qualquer lei que parecesse exemplificar esse princípio (melhor ainda se o princípio fosse citado no preâmbulo da lei, nos relatórios de comissões ou em outros documentos legislativos a ela associados). A menos que pudéssemos encontrar tal apoio institucional, provavelmente não conseguiríamos sustentar nosso argumento. E quanto mais apoio obtivéssemos, mais peso poderíamos reivindicar para o princípio.

Mais preocupado, no entanto, em desconstruir o positivismo, faz seu apelo:

Ainda assim, não seríamos capazes de conceber uma fórmula qualquer para testar quanto e que tipo de apoio institucional é necessário para transformar um princípio em princípio jurídico. E menos ainda de atribuir uma certa ordem de grandeza à sua importância. Argumentamos em favor de um princípio debatendo-nos com todo um conjunto de padrões – eles próprios princípios e não regras – que estão em transformação, desenvolvimento e mútua interação. Esse padrão diz respeito à responsabilidade institucional, à interpretação das leis, à força persuasiva de diferentes tipos de precedentes, à relação de todos esses fatores com as práticas morais contemporâneas e com um grande número de outros padrões do mesmo tipo. Não poderíamos aglutiná-los todos em uma única ‘regra’, por mais complexa que fosse.

Vê-se que DWORKIN aposta que um conjunto de procedimentos, amarrados por uma forte argumentação, poderiam comprovar a existência e validade de um princípio, a ponto de declará-lo como princípio jurídico, ainda que não acredite em um teste de validade. Podemos concluir, assim, que é no labor doutrinário argumentativo (que toma a norma jurídica como ponto de partida, no direito continental – *civil law*) que os princípios podem ser *justificados*. E que, a partir desta tarefa interpretativa e argumentativa “criam-se” ou “revelam-se” novas normas que, dentre outras, servem de padrões para a interpretação das demais normas do ordenamento. A revelação dos princípios parte do ordenamento, para completá-lo e dirigir sua aplicação.

Segundo GUASTINI (2005, p. 193), “Os princípios não expressos são fruto de integração do direito à obra dos operadores do direito. Esses princípios são deduzidos pelos intérpretes, ora de normas singulares, ora de conjuntos mais ou menos amplos de normas, ora do ordenamento jurídico no seu conjunto”.

O princípio pode ser deduzido de uma norma singular, sempre que se supõe uma *ratio*, uma meta para qual a norma é dirigida ou um valor do qual a norma é justificada. Segundo GUASTINI,

na maior parte dos casos, construir um princípio consiste simplesmente em aventar uma conjectura em torno das razões (dos objetivos, das intenções, dos valores) do legislador. É isto que é feito toda vez que se deduz de uma norma (ou de um conjunto de normas) a sua *ratio*. Tais conjecturas em torno das razões do legislador são obviamente opináveis. É raro uma norma corresponder a um objetivo unívoco e bem definido.²⁰

Além disso, o “legislador” não é um ser único e consciente, mas uma assembleia composta de várias cabeças pensantes que opera através de um complexo jogo político e que, assim, não pode ser visto como algo que se possa decifrar de forma segura. Cada um dos legisladores pode ter agido com intenções diferentes ao votar determinado projeto de lei ou de emenda constitucional e, assim, a tarefa de buscar a intenção do legislador não constitui um porto seguro, mas pelo contrário, uma opinião solta no oceano.

Neste aspecto, vemos que as sugestões de buscar a vontade do legislador (por exemplo examinando os anais do Congresso Nacional ou da Assembleia Constituinte) não conduziram a bom termo. A vontade da lei prevalece sobre a fluida intenção do legislador. E é precisamente este o papel do jurista: buscar e atribuir sentido ao ordenamento, que é formado por uma imensidão de normas, sem cuja expressão valorativa fica desintegrado e frágil. Os princípios, uma vez revelados, trazem maior consistência e harmonia ao sistema normativo.

Segundo GARCÍA DE ENTERRÍA (1963, pp. 201-202),

la ciencia jurídica no tiene otra misión que la de desvelar y descubrir a través de conexiones de sentido cada vez más profundas y ricas, mediante la construcción de instituciones y la integración respectiva de todas ellas en un conjunto, los principios generales sobre los que se articula y debe, por consiguiente,

²⁰ “A individualização da *ratio* de uma norma, entre outras coisas, constitui um passo indispensável em vista da eventual aplicação analógica da própria norma” (GUASTINI, 2005, p. 193).

expresarse el orden jurídico. Este, en la sugerente expresión de Simonius, 'está impregnado de principios hasta sus últimas ramificaciones', de modo que en hacer patente esa oculta y profunda vida de los principios está la augusta función del científico del Derecho, y no en ofrecer clasificaciones o sistematizaciones geométricas, lógicas o nemotécnicas de la materia de las leyes.

Entretanto, é importante frisar que não estamos propondo que a ciência jurídica assuma o papel do legislador. Esta ideia só poderia prevalecer se entendêssemos que a lei não tem uma opção valorativa ou uma lógica interna ou que essa(s) não possa(m) ser identificada(s). Mas se, pelo contrário, entendermos que os princípios são elementos já presentes no ordenamento e que só precisam ser revelados para que sua aplicação seja trazida ao plano da consciência e da clareza, então teremos uma definição mais clara do papel do cientista dogmático, que não se confunde jamais com o do legislador. Só podemos dizer que a doutrina produz direito na perspectiva de que ela pode *revelar* padrões presentes no ordenamento que são verdadeiras normas jurídicas; mas, considerando que elas já estavam implícitas no ordenamento e que não são decorrência do juízo moral ou das opiniões do jurista acerca do assunto, temos que sua tarefa é decorrente e não originária. Portanto, interpretativa e argumentativa e não legislativa. Declaratória e não criativa.

É por isso que falamos em *revelação* dos princípios: porque eles não estão sendo criados aqui, apenas descobertos e desenvolvidos. Sábia a lição de Karl LARENZ (1997, pp. 599-600) a esse respeito:

Trata-se de um desenvolvimento do Direito superador da lei de acordo com um princípio ético-jurídico, sempre que um tal princípio, ou também um novo âmbito de aplicação de tal princípio, é conhecido pela primeira vez e expresso de modo convincente. O motivo para isso constitui-o, as mais das vezes, um caso, ou uma série de casos de igual teor, que não pode ser solucionado de um modo que satisfaça a sensibilidade jurídica com os meios da interpretação da lei e de um desenvolvimento do Direito imanente à lei. Segundo ESSER, os princípios jurídicos que não estão ainda positivados irrompem 'no pensamento jurídico pelo umbral da consciência, devido a um caso paradigmático'. Um dia serão formulados pela doutrina ou por um tribunal, e acham logo, de modo mais ou menos rápido, devido à força de convicção a eles inerente, reconhecimento geral na consciência jurídica do momento. Muitas vezes contribui para isso a comprovação de que, apesar de serem desconhecidos, serviram já de base à jurisprudência anterior. Aquilo que DÖLLE chamou uma 'descoberta jurídica' não

é na verdade mais do que a formulação, pela primeira vez, de um tal princípio (ou de um novo âmbito de aplicação do princípio), mediante o qual se tornou apto a converter-se em parte integrante do Direito actual (como um ‘todo de sentido’). Dela faz também parte a comprovação da sua compatibilidade com os princípios já reconhecidos, especialmente com os de escalão constitucional.

A *revelação* dos princípios jurídicos é esta “descoberta”, que nada mais é do que o desenvolvimento de conceitos e a fundamentação de uma (dis)posição que já faz parte do ordenamento jurídico.

Mas tomemos em consideração o alerta de RUIZ MANERO (*Una tipología de las normas constitucionales*, 2007), para quem a revelação de princípios implícitos é sempre controversa. Segundo Ruiz,

parece que cuando alguien afirma que ‘X es un principio implícito’ subyacente a una determinada institución o conjunto de reglas constitucionales está afirmando, por un lado, que las reglas son coherentes con X y recomendando, por otro, que esas reglas y principios explícitos se interpreten de manera coherente con X. Pero este requisito de coherencia o adecuación entre el principio afirmado como implícito y los materiales normativos explícitos puede ser satisfecho, en ocasiones, tanto por el principio X como por otros candidatos competitivos al título de principio implícito.

Isto posto, sugere o caminho inverso: o que deve ser demonstrado é que a negação deste suposto princípio produz incoerências na tentativa de apresentar este conjunto normativo como um todo dotado de sentido. Segundo RUIZ MANERO, este é um argumento mais forte, para considerá-lo como princípio do que meramente sua coerência com este todo. Entretanto, temos uma objeção do ponto de vista lógico a este teste proposto: se o candidato a princípio implícito foi revelado a partir do texto normativo e estava até agora oculto, como eu posso elaborar um exercício de retirá-lo (sem alterar as regras)? E, sem esta alteração das regras, como gerar ou perceber uma incoerência? Seria então só possível encontrar princípios implícitos onde atualmente existem incoerências? Com isso não podemos concordar. Os princípios decorrem da lógica interna das normas e não da sua incoerência. Não são medicamentos criados

pela dogmática para feridas lógicas do ordenamento, senão estruturas próprias do ordenamento que não são aparentes no seu texto escrito.

Temos, então, que somente a interpretação sistemática do direito pode conduzir à revelação segura de princípios jurídicos válidos: ao examinar as diversas normas e confrontá-las, podemos perceber uma linha de conduta, uma *ratio*, que está por detrás delas. É uma forma dedutiva de extrair uma opção axiológica das normas positivadas. Se há um conjunto de regras que apontam num mesmo sentido, ou que têm por detrás (ou por fundamento) um valor comum, podemos estar diante de um princípio que as abarque e lhes dê sentido.

Não se trata, realmente, como já alertara DWORKIN, de uma regra (tal qual a de reconhecimento) que torne possível a partir de sua aplicação dizer se qualquer princípio é válido ou não. Esta metodologia, definitivamente, não se aplica aos princípios. Entretanto, alguns elementos podem fortalecer esta defesa e outros enfraquecê-la. O trabalho, essencialmente argumentativo, pode ser enriquecido com o apoio da jurisprudência e com o apoio da doutrina. A jurisprudência deve servir somente como apoio, a não como quer DWORKIN, como uma forma de comprovação da validade do princípio que deve partir da “força dos precedentes” e sua confrontação com as “práticas morais”. Este procedimento pode fazer mais sentido na *common law* e no seu apoio forte nos precedentes como fonte normativa²¹, mas não entre nós, que temos no direito legislado a referência de produção normativa. Devemos ter em conta a ressalva de ESSER, segundo o qual “la disyunción entre principio jurídico y principio extrajurídico es cuestión que depende del sistema, no de la arbitraria decisión del legislador o del autor de la constitución” (ESSER, 1961, p. 89). Também devemos ter cuidado em relação à moral. As opções morais e axiológicas devem ser extraídas de outros princípios, do texto constitucional e da lógica do sistema, mas não devem ser criadas pelo aplicador do direito. Neste caso, estaríamos fazendo crítica do direito, que não é nosso objetivo neste momento.

²¹ Dworkin parece ter clareza desta necessária distinção: “Afirmar que nenhum teste fundamental como esse pode ser encontrado em sistemas jurídicos complexos, como os que vigoram nos Estados Unidos e na Grã-Bretanha, e que nesses países nenhuma distinção definitiva pode ser feita entre padrões jurídicos e morais, como insiste o positivismo” (DWORKIN, 2002, p. 73).

Segundo PONTES DE MIRANDA,

qualquer espírito pode formular concepções com os materiais abstratos das imagens, das ideias e demais elementos formadores de pensamentos: os princípios somente com elementos objetivos podem ser formulados. Ninguém deve improvisar princípios jurídicos, como ninguém pode fazer regras econômicas, políticas ou morais. (...) É pela indução que, das soluções mostradas nas relações que se observam, pode tirar-se o princípio; depois, pela dedução, aplicar-se-á aos casos análogos. Todavia, em verdade, aquelas soluções são fios que prendem entre si as situações jurídicas, são o cimento das relações sociais; de maneira que no exame e estudo destas está todo o objeto da ciência e do método prestado para o legislador, para a doutrina e para o juiz. (*Apud* CUNHA, 2006 p. 61)

LARENZ (1997, p. 600) elabora alguns itens necessários à formulação dos princípios:

Ao conhecimento e formulação do princípio vai ligado o seu esclarecimento mediante casos paradigmáticos, a delimitação do seu alcance em relação com outros princípios e com uma regulação positiva, a sua concretização relativamente a grupos de casos e, finalmente, o plasmar-se numa 'doutrina' bem estruturada.

Portanto, acredita que deve haver uma análise jurisprudencial e um cotejamento com as demais normas do sistema.

Acreditamos que só é possível falar em princípio jurídico positivado se este princípio é uma derivação lógica e racionalmente assegurada de um conjunto normativo. Derivações da moral e dos precedentes só cabem no sistema anglo-saxão, não encontrando sentido em sistemas fechados como o brasileiro, de matriz continental.

Para fins metodológicos, assumimos que o conjunto normativo em questão contém em si referenciais axiológicos que devem ser buscados, como forma de traçar nossa primeira hipótese. Uma vez delineado o traçado desta opção axiológica, já temos uma hipótese de princípio, que deve ser submetida a um exame de padrão normativo para verificar se é de fato o que chamamos de princípio jurídico. Isto é dizer:

- (a) se contém um comando *prima facie*: se o seu conteúdo permite visualizar em que sentido aponta a norma; não pode ser um comando definitivo e nem ser abstrato ao ponto de nada dizer;
- (b) se depende de um balanceamento para ser aplicado: se a sua aplicação puder se dar independentemente do uso da argumentação em uma aplicação quase mecânica, ele não é um princípio. Sua aplicação tem de permitir variação ou gradação, sem que o mesmo perca sentido ao ser superado em algumas circunstâncias. É a ideia de ALEXY de princípios como “*optimization requirements*”, ou mandados de otimização;
- (c) se não descreve as condições em que se deve (ou pode) realizar a conduta por ele prescrita. Um princípio não contém em sua estrutura gramatical ou lógica uma hipótese de aplicação, mas deixa em aberto um campo indeterminado de possibilidades em que se pode buscar sua realização ou aplicação.

Acreditamos que, em nosso sistema, a norma jurídica tem de ser a condição e também o ponto de partida para afirmar a existência ou não de um princípio, ainda que caibam digressões de outra ordem para dar fundamentos de lógica ou legitimidade destes no plano dos fatos. Nossa pesquisa só tem sentido enquanto estiver lastreada no direito e não na moral, ainda que se admita que os princípios estão mais próximos da moral do que as regras, em face do seu forte caráter axiológico.

Mesmo partido da norma, temos clareza de que um labor argumentativo é necessário. A razoabilidade é que guia a teoria dos princípios, como já alertara ALEXY²², e esta só pode ser atingida através de um exercício de argumentação em torno do ordenamento jurídico e suas decorrências lógicas.

É exatamente por estas razões que preferimos falar em “revelação” dos princípios; porque eles já estão lá, ainda que não sejam facilmente visualizados. Podem e devem ser revelados, tal qual o negativo de um filme. Não obstante, em face da interpretação evolutiva e do forte vínculo com a argumentação, é certo que os princípios também vão sendo construídos e re-construídos ao longo do tempo. São padrões e

²² “It has already been hinted that there is a connection between the theory of principles and the principle of proportionality. This connection is as close as it could possibly be. The nature of principles implies the principle of proportionality and vice versa” (ALEXY, 2002, p. 66).

argumentos que vão se somando e formando o que entendemos por aquele enunciado principiológico. Mas sem nunca perder de vista que seu nascedouro, no direito continental (*civil law*), é a norma escrita.

1. TEORIA DA ARGUMENTAÇÃO E PRINCÍPIOS JURÍDICOS

A evolução do Estado constitucional levou o poder legislativo a uma condição de submissão total à Carta Constitucional. A soberania do Estado ou do Parlamento é conceito histórico já abandonado há muito, pois perdeu vez para a soberania popular e para a supremacia da Constituição. Esta, impregnada de princípios, acaba por exigir do legislador ordinário e dos tribunais uma justificação maior para os seus atos, pois estes têm de estar conformes à Constituição e suas opções axiológicas. Segundo ATIENZA (2007, p. 128), “el Estado constitucional supone así un incremento en cuanto a la tarea justificativa de los órganos públicos y, por tanto, una mayor demanda de argumentación jurídica (que la requerida por el Estado legislativo de Derecho)”. Uma norma, para ser válida, tem de estar conforme aos princípios constitucionais, o que obriga a uma investigação de fundo material que antes não era exigida. A interpretação jurídica assume, assim, um papel de alta relevância na operação do sistema jurídico.

Destrinchar o conteúdo dos princípios constitucionais passa a ser uma tarefa necessária para realizar o controle de validade das leis e, também, das decisões judiciais. O labor legislativo e o judicial, uma vez submissos à Carta principiológica constitucional, passam a ter de fundamentar suas decisões (leis e sentenças) de acordo com esta e seus princípios. Daí decorre a importância crescente da argumentação nesta nova fase da cultura jurídica, pois os operadores do direito se veem diante da obrigação de lidar com opções axiológicas cercadas de incerteza, e não mais na pura subsunção das regras.

Os princípios, por seu vínculo próximo às questões morais, impõem uma necessária valoração no seu manejo e afastam-se do mero aplicar “comandos já estabelecidos” pelo poder, uma vez que lidam sempre com conceitos abertos ou “essencialmente controvertidos” como os chama Marisa IGLESIAS (2003). A Teoria dos Princípios clama, pois, pelo desenvolvimento de uma teoria que dê conta de estabelecer um *controlle racional*²³ sobre esta necessária valoração dos princípios, que traga elementos para a análise da argumentação jurídica.

“Argumentar o razonar es una actividad que consiste en dar razones a favor o en contra de una determinada tesis que se trata de sostener o de refutar. Esa actividad puede ser muy compleja y consistir en un número muy elevado de argumentos (de razones parciales), conectadas entre sí de muy variadas formas” (ATIENZA, 2007, p. 134).

Argumentação jurídica, entretanto, traz algumas peculiaridades. Segundo MacCormick, a argumentação jurídica de segundo nível, dedicada aos casos complexos ou difíceis, tem de adicionar aos critérios da lógica formulada sobre premissas e dedução (silogismo lógico) outros critérios, chamados de “razão prática”. Estes critérios são (a) universalidade, (b) consistência, (c) coerência e (d) aceitabilidade das consequências. A universalidade implica aceitar que, se concluímos algo diante de certas circunstâncias, esta conclusão deve ser aplicável sempre que se repitam as mesmas circunstâncias. A consistência implica não utilizar premissas contraditórias. A coerência refere-se a uma conformidade entre a conclusão obtida e os demais princípios e valores do sistema. Por fim, as consequências “son vistas no en términos empíricos o sociales, sino normativos, de manera que lo que se evalúa son las consecuencias lógicas que tendrá la decisión en relación con una serie de valores como justicia, el bien común o la conveniencia pública” (ATIENZA, 2007, pp. 142-143).

²³ “Por lo que respecta a los principios, ha quedado claro que su estructura, en cuanto mandatos de optimización, lleva a que, siempre que exhiban un contenido moral, en su aplicación haya que contestar siempre cuestiones morales. Este es un aspecto de la tesis general de que en todos los casos más o menos problemáticos son necesarias valoraciones que no pueden extraerse obligatoriamente del material autoritativamente fijado. La racionalidad de la argumentación jurídica depende por ello esencialmente de sí, y con qué alcance, estas valoraciones adicionales son susceptibles de un control racional” (ALEXY, 1988 p. 149).

Estes são princípios a serem seguidos na argumentação judicial, pois pautam todas as etapas do trabalho do juiz, que lida com questões práticas (daí o nome *razão prática*). Segundo ALEXY, “el punto de partida de la teoría de la argumentación jurídica es que en la jurisprudencia se trata en definitiva siempre de cuestiones prácticas, por tanto, de lo que está ordenado, prohibido y permitido. La argumentación jurídica es por ello un caso especial de la argumentación práctica en general” (ALEXY, 1988, p. 149). Em face disto, entendemos que são apenas parcialmente aplicáveis ao nosso trabalho dogmático de revelação de princípios, que é essencialmente teórico. A universalidade não pode ser obtida a partir da comparação do caso concreto com outros, uma vez que não estamos aqui lidando com questões práticas, mas – muito pelo contrário – essencialmente teóricas e abstratas; de forma que esta universalidade deve ser tida como uma análise em relação à possibilidade de aplicação do princípio e sua utilidade. De resto, os princípios da razão prática parecem aplicáveis à nossa pretensão teórica.

2. METODOLOGIA ADOTADA

A justificação dos princípios constitucionais de direito eleitoral se fará, como não poderia deixar de ser, através da argumentação. Os mencionados princípios de MACCORMICK deverão ser respeitados em todos os passos desta argumentação. Eles não conformam os passos em si, mas constituem referências necessárias que pautam o caminho. Para a revelação dos princípios jurídicos, que implica defender a sua existência no ordenamento, sua validade e seu conteúdo (mínimo), como vimos, será necessário engendrar argumentos e razões de algumas ordens.

O primeiro deles refere-se aos *fundamentos filosóficos* ou morais dos princípios. Enquanto normas de *razionamento* que contêm forte caráter axiológico, os princípios jurídicos sempre têm um fundamento na moral. Revelar este fundamento é importante

para que se possa buscar sua origem e sentido²⁴. Neste tópico estamos aglutinando sob o nome genérico de *filosóficos* todos os temas que não são jurídicos e que dão lastro à adoção do princípio, sejam eles de cunho moral, histórico, ideológico ou político.

O segundo argumento refere-se aos *fundamentos jurídicos*. Cabe demonstrar que o princípio em pauta faz parte do ordenamento jurídico em vigor. Essa tarefa visa a demonstrar que ora ele está enunciado, ora ele poder ser visto como imanente ao texto de um conjunto de normas. Nesta última possibilidade, ele pode ser uma representação de um valor que dá coerência a este conjunto de normas, ou meramente uma consequência lógica de outros princípios. Nesta etapa da argumentação, é importante demonstrar sua pertinência face às normas da Constituição.

Em seguida, devemos expor o seu *conteúdo jurídico*. Aqui cabe não só explorar as consequências jurídicas de sua adoção, mas também expor os argumentos relativos à natureza principiológica da norma em questão. Como vimos, os princípios jurídicos formam uma categoria específica de normas jurídicas, revestidas de estruturas lógicas próprias e que desempenham um papel específico no ordenamento. Essas características devem aparecer nos princípios aqui enunciados.

Nas etapas anteriores da nossa argumentação, tentamos responder às seguintes perguntas: existe esta norma? de onde ela vem? Nesta etapa tentaremos abordar outros aspectos: ela é um princípio? o que ela determina?

Por fim, o último argumento é a sua efetiva aplicação. Sob o tópico “*aplicação jurisprudencial*” tentaremos demonstrar que o princípio em questão é aplicado pelos tribunais. Não nos cingiremos à jurisprudência nacional, pois é também relevante demonstrar como esta norma é “manejada”, com o fim de comprovar que se trata de um comando *prima facie*, sujeito à modulação e ponderação.

Assim, após tecer todos esses argumentos cabíveis e expor as razões pertinentes, sempre respeitando os princípios (adaptados) de MacCormick sobre a

²⁴ “Si en ningún caso el estudio de un derecho fundamental puede circunscribirse al análisis del concreto precepto que lo reconoce, menos todavía podrá reducirse el análisis cuando el que se estudia es el derecho que, por definición, sirve a la realización del principio democrático, uno de los dotados de mayor potencialidad para estructurar el ordenamiento” (PRESNO LINERA, 2003, p. 16).

argumentação jurídica, chegaremos à constatação da existência de um princípio constitucional de direito eleitoral. É com estes argumentos que pretendemos *justificar* porque vemos as normas aqui declaradas como princípios de direito eleitoral. São estes os argumentos que demonstram, ao nosso ver, por que a existência e a classificação dessas normas como princípios é aceitável.

III. A NORMA JURÍDICA ELEITORAL

Uma vez tomada a opção democrática por uma comunidade política, deve ela definir um arcabouço jurídico que dê conta dos processos de escolha de seus representantes. Isto, é claro, nos casos de democracia representativa, que se impõem nos tempos modernos, ainda que com alguns mecanismos de democracia direta. A este arcabouço jurídico damos o nome de Direito Eleitoral, que é a rama do direito constitucional voltada a regular os processos coletivos de escolha de representantes populares. “Una vez aceptado el origen popular del poder político, los ciudadanos se verán llamados a decidir a qué hombres y a qué programas van a confiar la orientación de los asuntos públicos” (CARRERAS; VALLÉS, 1977, p. 17).

Desta feita, temos que o direito eleitoral decorre – todo ele – do princípio da soberania popular. Esta grande opção axiológica, que determina que *todo poder emana do povo*, é a fonte de todo o regramento eleitoral e dela decorre toda sua inspiração. Se não houvesse a vinculação do poder ao povo – e sua consequente capacidade de escolher os representantes – não haveria que se falar em Direito Eleitoral.

A eleição, que é o processo-chave ou objeto primordial do Direito Eleitoral, revela duas facetas jurídicas: o regulamento do processo eleitoral e os direitos fundamentais ali envolvidos. Segundo o alemão Dieter NOHLEN, por Direito Eleitoral devemos entender tanto o conjunto de normas jurídicas que regulam a eleição dos órgãos representativos, como o conjunto de normas jurídicas que afetam o direito do indivíduo de participar na designação destes órgãos representativos²⁵.

Para os franceses COTTELET e EMERI (1973, p. 15), o direito eleitoral é “constituído por el conjunto de reglas destinadas a definir la cualidad del ciudadano, diferenciar los diversos tipos de elecciones y reglamentar el desarrollo del escrutinio”. Em relação aos tipos de eleição a que se referem, merece menção o que se

²⁵ Verbete “Derecho Electoral”, em “Diccionario Electoral”, Capel, Costa Rica, 1989, p. 211. *Apud* ALVAREZ CONDE (Los Principios del Derecho Electoral, 1991). Também se verifica, de forma mais abrangente, em NOHLEN (Sistemas Electorales del Mundo, 1981).

convencionou chamar de “sistema eleitoral”, que nada mais é do que o conjunto de procedimentos e regras que definem como são distribuídas as vagas colocadas em disputa eleitoral. “En un sentido específico... entendemos por sistema electoral el proceso técnico que subyace en la distribución de los escaños”²⁶. A distribuição das vagas em disputa se dá segundo o critério majoritário ou sob o critério proporcional, sem contar as várias nuances e fórmulas que alteram substancialmente o produto final²⁷.

Temos, para nós, que o Direito Eleitoral abrange todas as normas relativas aos direitos políticos fundamentais, à definição do sistema eleitoral e ao regramento do procedimento eleitoral.

A. A ESTRUTURA ELEITORAL BRASILEIRA

Por estrutura eleitoral brasileira queremos designar o conjunto de instituições que cuidam da gestão e jurisdição das eleições no Brasil. A Constituição Federal estabelece, nos seus artigos 118 a 121, algumas regras pertinentes ao que denominou “Justiça Eleitoral”. O Código Eleitoral as regulamentou e tratou de criar também o Ministério Público Eleitoral.

1. A JUSTIÇA ELEITORAL

²⁶ Schepis, G. *Il sistemi elettorali. Teoria – tecnica – legislazioni positive*. Empali, 1955. *Apud* NOHLEN (1981), p. 55.

²⁷ Sobre as consequências da escolha do regime eleitoral, vide CARRERAS e VALLÉS (1977), pp. 159-201, e “*Electoral System Design: the New International IDEA Handbook*” (International IDEA, 2005), disponível na internet: www.idea.int.

A Constituição Federal, ao dedicar-se à regulamentação do Poder Judiciário, estipulou normas que constituem a Justiça Eleitoral, definindo seus órgãos, as regras para sua composição e as condições de recorribilidade das decisões emanadas por seus tribunais. Conforme o artigo 118 da Lei Maior, são órgãos da Justiça Eleitoral: o Tribunal Superior Eleitoral, os Tribunais Regionais Eleitorais, os Juízes Eleitorais e as Juntas Eleitorais.

Os traços mais característicos da composição da Justiça Eleitoral brasileira são a *transitoriedade* dos seus quadros (os magistrados eleitorais de todas as instâncias cumprem um mandato pré-fixado e os membros das juntas eleitorais são designados 60 dias antes das eleições para o trabalho pontual naquele procedimento eleitoral) e a *pluralidade* de origem dos mesmos (tribunais superiores, justiça federal, justiça comum ou estadual, OAB e mesmo pessoas sem formação jurídica, no caso das Juntas Eleitorais).

Outro traço marcante que merece destaque é o seu vínculo ao Poder Judiciário. Fosse apenas um órgão jurisdicional, isto seria normal. Mas não é o caso. À Justiça Eleitoral brasileira está acometida uma função executiva complexa: o planejamento e a gestão das eleições federais, estaduais e municipais. Entretanto, é de se anotar que esta atribuição não consta da Lei Maior, sendo apenas prevista pelo Código Eleitoral. A Constituição é omissa no que diz respeito à competência para a realização das eleições, ficando esta função de suma relevância para a vida política do país a cargo da legislação ordinária. Tendo o Código Eleitoral apoderado a Justiça Eleitoral para tal, temos, portanto, um órgão judicial incumbido de uma função executiva *externa corporis*, isto é, que não diz respeito a assuntos internos, como sói ocorrer com as funções atípicas dos Poderes da República.

Estas características demonstram a grande preocupação: imparcialidade e independência do órgão de gestão eleitoral²⁸. O Poder Judiciário é o único Poder cujo

²⁸ O nascimento formal da Justiça Eleitoral se deu com o Decreto nº 21.076, de 24 de fevereiro de 1932, que aprovou o primeiro Código Eleitoral, e decorria de uma forte promessa de Getúlio Vargas (que havia perdido as eleições para Júlio Prestes, mas assumido o poder): atingir a “verdade eleitoral” através da moralização das eleições (TELLES, 2009, p. 111).

provimento de seus membros não é vinculado (diretamente) ao procedimento eleitoral. Acaso esta missão fosse acometida ao Poder Executivo ou ao Poder Legislativo, teríamos que os próprios interessados em vencer o processo eleitoral estariam administrando este processo, gerando um evidente conflito de interesses. É evidente, outrossim, que existem outras fórmulas de se evitar este conflito, tal qual a criação de órgãos independentes de qualquer um dos poderes, tal qual ocorre na Espanha. Esta segunda fórmula tem a vantagem de evitar o outro conflito de interesses que ocorre do sistema brasileiro: o acúmulo das funções executivas e jurisdicionais no mesmo órgão. Sobre este aspecto, trataremos mais adiante. Por ora, cumpre reconhecer que a criação da Justiça Eleitoral (órgão isento e profissional) pôs fim às vergonhosas manipulações até então experimentadas no país.

Sobre as competências da Justiça Eleitoral, o constituinte limitou a relegá-las à legislação complementar:

Art. 121. Lei complementar disporá sobre a organização e competência dos tribunais, dos juízes de direito e das juntas eleitorais.

Entretanto, a função (atípica) executiva da Justiça Eleitoral já estava plasmada no atual Código Eleitoral havia mais de vinte anos antes da constituinte, pois esta codificação foi aprovada pela Lei n. 4.737, de 15 de julho de 1965. Anote-se que, assim, foi ela recepcionada com status de legislação complementar na nova ordem constitucional. Entretanto, é curioso notar que a criação de uma exceção ao princípio constitucional da separação dos poderes (que estabelece a função típica de cada um dos poderes) seja veiculada por uma norma infraconstitucional, anotando que (em matéria eleitoral) estamos tratando da realização de um princípio constitucional fundamental, que é o da soberania popular. Acreditamos que seja um caso único na vida constitucional brasileira pós-1988: criação de função atípica por norma infraconstitucional, ou, sob outra perspectiva, exceção a um princípio constitucional de caráter fundamental veiculada por legislação ordinária. Tal circunstância deve passar despercebida em face da tradição constitucional brasileira, que desde a Constituição de 1934 atribuía a “competência privativa para o processo das eleições federais,

estaduais e municipais” à Justiça Eleitoral, integrante do Poder Judiciário. Mas o fato é que hoje, à míngua de previsão constitucional, uma simples alteração legislativa (através de lei complementar) poderia deslocar toda a competência executiva acerca das eleições para outro órgão, que não a Justiça Eleitoral, cabendo a esta tão somente a função jurisdicional que decorre logicamente da sua criação pelo constituinte no artigo 118, como parte integrante do Poder Judiciário.

2. O MINISTÉRIO PÚBLICO ELEITORAL

Muito embora também seja de uso comum a expressão “Ministério Público Eleitoral”, a verdade é que este não foi criado pela Constituição tal qual foram seus “pares”, no artigo 128. A expressão “Ministério Público Eleitoral” aparece no artigo 24 do Código Eleitoral, que não lhe dedica capítulo específico (condizente com a doutrina dominante da época, que não via autonomia no Ministério Público), mas estabelece suas atribuições nas partes destinadas a cada órgão da Justiça Eleitoral. A técnica legislativa de que fez uso o legislador de 1965 traz as competências do Procurador-Geral no artigo 24 (a seguir transcrito), para depois dizer que as mesmas se repetem atribuições dos Procuradores Regionais Eleitorais:

Art. 24. Compete ao Procurador-Geral, como chefe do Ministério Público Eleitoral:

- I – assistir às sessões do Tribunal Superior e tomar parte nas discussões;²⁹
- II – exercer a ação pública e promovê-la até final, em todos os feitos de competência originária do Tribunal;
- III – officiar em todos os recursos encaminhados ao Tribunal;³⁰

²⁹ O modo como se dará a participação do Ministério Público nas discussões é matéria pertinente ao funcionamento dos Tribunais, a quem cabe regulamentá-la (Acórdão TSE nº. 11.658/90).

³⁰ Exceto nos casos de embargos de declaração, onde este procedimento é desnecessário (Acórdão TSE nº. 15.031/97).

IV – manifestar-se, por escrito ou oralmente, em todos os assuntos submetidos à deliberação do Tribunal, quando solicitada sua audiência por qualquer dos Juízes, ou por iniciativa sua, se entender necessário;

V – defender a jurisdição do Tribunal;

VI – representar ao Tribunal sobre a fiel observância das leis eleitorais, especialmente quanto à sua aplicação uniforme em todo o País;

VII – requisitar diligências, certidões e esclarecimentos necessários ao desempenho de suas atribuições;

VIII – expedir instruções aos órgãos do Ministério Público junto aos Tribunais Regionais;

IX – acompanhar, quando solicitado, o Corregedor-Geral, pessoalmente ou por intermédio de Procurador que designe, nas diligências a serem realizadas.

Em relação aos Procuradores Regionais, o artigo 27, § 3º, limita-se a dizer que as mesmas competências do Procurador-Geral aplicam-se aos Regionais no âmbito dos Tribunais Regionais Eleitorais.

O Procurador-Geral Eleitoral é o Procurador-Geral da República, que poderá designar outros membros do Ministério Público da União para assessorá-lo nesta função. O Procurador Regional Eleitoral é designado pelo Procurador-Geral Eleitoral dentre os Procuradores Regionais da República que atuem no Estado-membro em questão, conforme artigo 76 da Lei Orgânica do Ministério Público da União (Lei Complementar nº 75/93)³¹.

Vê-se – e aqui anotamos mais uma curiosidade – que não há previsão legal de atuação do Ministério Público perante os juízes eleitorais nem na Constituição e nem no Código Eleitoral. Esta atuação tem seu fundamento na Lei Orgânica do Ministério Público da União (Lei Complementar nº 75/93), como se vê:

Art. 72. Compete ao Ministério Público Federal exercer, no que couber, junto à Justiça Eleitoral, as funções do Ministério Público, atuando em todas as fases e instâncias do processo eleitoral.

.....

³¹ Acórdão TSE nº. 309/96: “as normas da Lei Orgânica do Ministério Público da União revogaram o art. 27 e seus parágrafos do Código Eleitoral, porquanto regularam completamente a matéria”.

Art. 78. As funções eleitorais do Ministério Público Federal perante os Juízes e Juntas Eleitorais serão exercidas pelo Promotor Eleitoral.

Art. 79. O Promotor Eleitoral será o membro do Ministério Público local que officie junto ao Juízo incumbido do serviço eleitoral de cada Zona.

Parágrafo único. Na inexistência de Promotor que officie perante a Zona Eleitoral, ou havendo impedimento ou recusa justificada, o Chefe do Ministério Público local indicará ao Procurador Regional Eleitoral o substituto a ser designado.

Esta “estrutura” que estabelece o que chamamos de Ministério Público Eleitoral traz algumas consequências que não podem ser olvidadas.

Um primeiro aspecto diz respeito à propriedade de se falar ou não de um Ministério Público Eleitoral. A Constituição não o faz. O Código Eleitoral sim, mas uma lei complementar posterior que o alterou e deu nova regulamentação à matéria tampouco criou esta instituição. A Lei Orgânica do Ministério Público da União insere a matéria relativa às eleições como uma atribuição do Ministério Público Federal, não fazendo nenhuma menção a um Ministério Público Eleitoral.

Neste sentido, acompanha a Constituição. Vejamos o seu seguinte excerto:

Art. 128. O Ministério Público abrange:

I - o Ministério Público da União, que compreende:

- a) o Ministério Público Federal;
- b) o Ministério Público do Trabalho;
- c) o Ministério Público Militar;
- d) o Ministério Público do Distrito Federal e Territórios;

II - os Ministérios Públicos dos Estados.

.....

§ 5º - Leis complementares da União e dos Estados, cuja iniciativa é facultada aos respectivos Procuradores-Gerais, estabelecerão a organização, as atribuições e o estatuto de cada Ministério Público, observadas, relativamente a seus membros:

Do texto constitucional acima descrito verificamos duas consequências de relevo: a primeira diz respeito à falta de previsão do Ministério Público Eleitoral e a segunda diz

respeito à norma de competência que determina a criação dos Estatutos dos Ministérios Públicos.

Portanto, de fato não poderia a Lei Complementar em questão criar outro órgão do Ministério Público, pois não lhe foi dado este poder, cabendo-lhe apenas definir normas de organização, atribuições e outras de caráter estatutário.

Sob o pretexto de estabelecer normas relativas às atribuições, a Lei Complementar nº. 75/93 inovou em regras de processo eleitoral: criou a atuação ministerial em primeira instância, conforme vimos na leitura dos seus artigos 72 e 78, criando a figura do “Promotor Eleitoral” à qual nem a Constituição e nem o Código Eleitoral fizeram menção.

Entramos então em um segundo aspecto referente à atuação ministerial na Justiça Eleitoral: esta norma jurídica voltada a organizar e definir atribuições de seus membros e instâncias (portanto numa perspectiva *interna corporis*), cuja iniciativa é facultada ao Procurador-Geral (conforme consta do § 5º do art. 128, acima transcrito), vem a alterar regras de processo eleitoral, ao determinar a participação desta figura por ela criada – o “Promotor Eleitoral” – em todas as fases do processo. E mais: esta mesma figura é um membro do Ministério Público do Estado e não do Ministério Público Federal, cuja lei deveria limitar-se a regular.

Neste diapasão, vale dizer a prevalecer o entendimento de que, sob o pretexto de regular atribuições, é facultada à Lei Orgânica criar uma nova competência e, assim, inovar na legislação processual, teremos de admitir que a Lei Orgânica de um Ministério Público Estadual poderia assim proceder também. Neste caso, teríamos um conflito bastante interessante a ser resolvido por aqueles que veem validade na regra atual, posta pela legislação do Ministério Público da União.

Temos, portanto, um possível vício de iniciativa, decorrente do fato de que uma norma de iniciativa do Procurador-Geral da República está inovando em matéria processual eleitoral, e uma inconstitucionalidade de cunho material, por estar esta norma extrapolando a regulamentação do Ministério Público da União e adentrando em matéria estadual.

É tema relevante que suscita questionamentos de constitucionalidade, mas que fogem ao escopo deste estudo. Entretanto, são necessários para caracterizar o que chamamos de “estrutura eleitoral”, composta pelos órgãos da Justiça Eleitoral e pelo Ministério Público (Eleitoral?). Não poderíamos falar em “Ministério Público Eleitoral” sem passar por estes questionamentos que, no mínimo, servem para apontar a fraca sistematicidade do direito eleitoral brasileiro.

B. O ARCABOUÇO NORMATIVO DAS ELEIÇÕES NO BRASIL

1. CONSTITUIÇÃO

A Constituição brasileira de 1988 é inteiramente informada pelo valor democrático. Sua história de processo político terminativo para a ditadura e seu texto atestam isso com bastante clareza, sendo por isso conhecida como a “Constituição Cidadã”.

As eleições e os direitos políticos, enquanto temas centrais para a democracia, têm seu assento constitucional privilegiado. O estatuto jurídico do político, como quer CANOTILHO, é o documento primordial para a organização da matéria eleitoral.

A partir da Constituição, podemos verificar a irradiação de princípios de direito eleitoral. É certo que os princípios de matriz constitucional assumem maior relevância no ordenamento, em comparação com aqueles de matriz infraconstitucional. Isto porque o status constitucional os coloca em posição de supremacia frente ao ordenamento legal-ordinário, trazendo duas consequências: inaceitabilidade das leis que contrariem seu comando (por eiva de inconstitucionalidade) e possibilidades de alteração somente através do penoso e restrito processo de reforma da constituição.

A superioridade da Constituição traz como consequência a relevância normativa (critério hierárquico) de seus princípios e também uma relevância axiológica (critério valorativo), por ser a Constituição que traça os contornos das demais normas integrantes do sistema jurídico, enquanto fundamento (direto ou indireto) (TAVARES, 2006, p. 98).

As normas que afetam o direito eleitoral aparecem na Constituição logo na declaração de seus princípios fundamentais no artigo 1º. Ali estão estampados a cidadania e o pluralismo político. E no título referente aos direitos fundamentais, a Lei Maior dedica um capítulo aos “Direitos Políticos”, onde traça os princípios e regras relativos ao sufrágio, o estatuto da elegibilidade e as vigas mestras do direito partidário. Por princípios e regras relativos ao sufrágio estamos classificando todas as normas referentes à aquisição e perda de direitos políticos. Por estatuto da elegibilidade queremos designar as normas pertinentes às condições de elegibilidade, as inelegibilidades e a previsão de lei complementar para a criação de outras inelegibilidades, segundo os parâmetros ali descritos.

Outro aspecto de relevo que consta de normas constitucionais em relação ao direito eleitoral diz respeito à competência legislativa. O seu artigo 22, I, estabelece que compete privativamente à União legislar sobre matéria eleitoral. Com isso, fica afastada a possibilidade dos Estados e Municípios editarem normas que versem sobre a matéria eleitoral, devendo toda a regulamentação advir do âmbito federal. E mais: nunca através de medidas provisórias, conforme expressamente vedado pelo artigo 62, § 1º, I, a, que – de toda sorte – é consoante com a regra que proíbe alterações legislativas em até um ano antes da realização da eleição, consubstanciada no artigo 16 da Lei Maior.

Por fim, dedica quatro artigos à Justiça Eleitoral, ao cuidar do Poder Judiciário (artigos 118 a 121).

2. LEIS COMPLEMENTARES E ORDINÁRIAS

A Constituição estabelece em seu artigo 14 a necessidade de lei complementar que defina outros casos de inelegibilidades. Esta legislação complementar foi editada em 1990, sendo conhecida como Lei das Inelegibilidades (Lei Complementar nº 64/90), que se dedica a estabelecer outras hipóteses de inelegibilidade e também cria uma ação judicial específica para coibir o abuso de poder, denominada *Investigação Judicial Eleitoral*, cuidando de definir todo o seu rito. Esta é a ação judicial eleitoral que tem o rito mais dilatado. Esta norma deve ser interpretada sob o signo do § 9º do artigo 14 da Constituição Federal, que a prevê, definindo seus fins: proteção da probidade administrativa, moralidade para o exercício do mandato, normalidade e legitimidade das eleições, combate à influência do poder econômico, ao abuso do exercício de função, cargo ou emprego. A probidade administrativa certamente só pode ser entendida aqui como um fim indireto, uma vez que a tutela das inelegibilidades não afeta o mandato em si, mas tão somente o meio e as condições de acessá-lo. Estes institutos têm normatividade no campo do direito administrativo, ficando aqui tão só um registro teleológico indireto e mediato. Entretanto, em relação à normalidade e legitimidade das eleições, temos que este é um conteúdo de suma relevância para o direito eleitoral, pois todo ele está voltado para este fim. É este o conteúdo axiológico maior do direito eleitoral: assegurar eleições legítimas. E nele está inserido todo o restante do § 9º a que nos referimos, ou seja, o combate ao abuso de poder econômico ou político.

Outra legislação complementar relevante ao direito eleitoral é aquela destinada a cuidar da competência da Justiça Eleitoral, prevista pelo artigo 121 da Constituição Federal:

Art. 121. Lei complementar disporá sobre a organização e competência dos tribunais, dos juízes de direito e das juntas eleitorais.

Esta norma já havia sido editada antes da constituinte de 1988, ainda que não tenha se limitado a definir apenas a organização e competência dos órgãos da Justiça

Eleitoral. Estamos falando aqui do Código Eleitoral³², aprovado pela Lei nº 4.737, de 15 de julho de 1965, e promulgado pelo Presidente Castello Branco. Esta lei tinha a proposta de ser uma verdadeira codificação e normar tudo o que é pertinente às eleições. Trata o Código Eleitoral do alistamento eleitoral, de crimes eleitorais, das garantias eleitorais, da organização das eleições (do registro de candidaturas, dos procedimentos, da propaganda eleitoral), do sistema eleitoral, do processo eleitoral (judicial de cunho civil e criminal) e trata também da estrutura e competência da Justiça Eleitoral. É certo que, somente nesta última parte, esta codificação foi recepcionada com o status de lei complementar na “nova” ordem constitucional, sendo todo o restante simples legislação ordinária.

Entretanto, perdurou no período de vigência do Código Eleitoral uma prática: fazer uma lei para cada eleição. Parece-nos que este costume já vinha sendo praticado desde a Lei nº 5 de 14/12/1946, que regulava a eleição do mês seguinte (janeiro de 1947), ainda que de forma bastante simplificada, mas definia regras de registro de candidatura, filiação partidária e condições etárias de elegibilidade. Sob a vigência do atual Código Eleitoral, esta prática toma corpo já na eleição de 1970, com a Lei nº 5.581, de 26 de maio de 1970, que regulava as eleições a se realizarem em 15 de novembro daquele mesmo ano. Pode-se dizer que a edição de uma lei específica decorria da necessidade de definição de regras mais detalhadas, como data da eleição e prazos, que o Código Eleitoral não define. Entretanto, o que vemos é que desde então a “lei da eleição” sempre continha novidades e alterações em relação ao Código Eleitoral, como, por exemplo, nas regras de registro de candidaturas.

Pós-1988, a prática de editar uma lei a cada eleição perdurou até 1997³³, quando da edição da chamada “Lei das Eleições”, consubstanciada na Lei nº 9.504, de 30 de setembro de 1997, que finalmente se propôs a ser uma norma perene e a regular todas as eleições dali em diante. É importante consignar, também, que a própria Constituição de 1988 criou novas figuras para o direito eleitoral, como a ação de impugnação de

³² Para um histórico das codificações eleitorais, bem como da normativa constitucional e da legislação esparsa de matéria eleitoral, vide Joel J. CÂNDIDO (1998) e Olívia R. Silva TELLES (2009).

³³ Eleições municipais de 1988 (Lei 7.664/88), eleição presidencial de 1989 (Lei 7.773/89), eleições municipais de 1992 (Lei 8.214/91), eleições federal e estaduais de 1994 (Lei 8.713/93) e eleições municipais de 1996 (Lei 9.100/95). Vemos uma única exceção em relação à eleição estadual de 1990, que valeu-se tão somente do Código Eleitoral e resoluções do TSE.

mandato eletivo e normas para reeleição. Isto tudo nos faz concluir que este diploma já demonstra bastante esgarçado, superado e inseguro, estando o direito eleitoral brasileiro a merecer uma grande revisão e um novo Código.

3. RESOLUÇÕES DO TRIBUNAL SUPERIOR ELEITORAL

Como vimos, a Justiça Eleitoral brasileira não é um simples órgão jurisdicional. Tem ela uma função executiva também, que consiste no planejamento, organização e execução das eleições no país. Na função executiva, como sabemos, faz-se necessário regulamentar as normas para poder aplicá-las.

É o mesmo que ocorre com o Poder Executivo. No artigo 84 da nossa Constituição estão dispostas as competências do Presidente da República, dentre a de “expedir decretos e regulamentos para sua fiel execução” (das leis). Em paralelo, em decorrência da função executiva que exerce, cabe à Justiça Eleitoral regulamentar a legislação eleitoral, buscando sua fiel execução.

É este o perfil constitucional das Resoluções editadas pelo Tribunal Superior Eleitoral: regulamento, sem força de lei. E é também esta a exata dimensão que está estampada logo no primeiro artigo Código Eleitoral:

Art. 1º Este código contém normas destinadas a assegurar a organização e o exercício de direitos políticos, precipuamente os de votar e ser votado.

Parágrafo único. O Tribunal Superior Eleitoral expedirá instruções para sua fiel execução.

Não podemos, assim, jamais admitir que a Justiça Eleitoral tenha uma função legislativa. Nada, nem na Carta e nem na legislação complementar ou ordinária, aponta neste sentido. Aliás, cumpre consignar, a junção das funções executivas e jurisdicionais

na Justiça Eleitoral já representa um acúmulo grande de poder, sendo *per se* um desafio suficiente à teoria de Montesquieu e à separação dos poderes estabelecida pela Lei Maior.

A Justiça Eleitoral acumula, em si, o papel de executar a lei e julgar os próprios atos, o que elimina em boa parte o sistema de *checks and balances* que deveria pautar as organizações públicas de poder. Os freios e contrapesos decorrem da ideia desenvolvida por Montesquieu de que “para que não se possa abusar do poder é preciso que, pela disposição das coisas, o poder freie o poder” (MONTESQUIEU, 1995, p. 118). Este sistema, que é a base da teoria da separação dos poderes, é rigidamente respeitado em todas as demais esferas do poder público, sendo que a Justiça Eleitoral representa uma evidente exceção. Se todas as funções executivas (sejam do Poder Executivo, sejam do Poder Legislativo) estão sujeitas ao controle da sua legalidade pelo Judiciário, em face do princípio da inafastabilidade do controle judicial (artigo 5º, XXXV, CF/88), temos que nas situações de funções atípicas serem acometidas ao próprio poder judiciário, esta possibilidade do controle externo cai por terra. É o próprio judiciário que controla a legalidade de seus atos. E, quando estamos diante de uma função atípica que não é *interna corporis* e tampouco simples ou barata, esta situação de acúmulo de poder se torna ainda mais arriscada. Mais do que isso – e mais importante – esta função executiva da Corte Eleitoral visa a conferir o poder (mandato) aos membros dos demais Poderes.

A ideia de que *executar as leis* é algo feito tanto pelo Executivo como pelo Judiciário pode ser vista em Locke, que não faz a distinção orgânica das estruturas correspondentes, vendo o Judiciário como um órgão do Executivo. Entretanto, não é esta a visão de Montesquieu. Faz ele uma clara defesa da separação orgânica das funções judicantes:

Não haverá também liberdade se o poder de julgar não estiver separado do poder legislativo e do executivo. Se estivesse ligado ao poder legislativo, o poder sobre a vida e a liberdade dos cidadãos seria arbitrário, pois o juiz seria legislador. Se estivesse ligado ao poder executivo, o juiz poderia ter a força de um opressor. Tudo estaria perdido se o mesmo homem ou o mesmo corpo dos principais, ou dos nobres ou do povo, exercesse esses três poderes: o de fazer

as leis, o de executar as resoluções públicas, e o de julgar os crimes ou as divergências dos indivíduos. (MONTESQUIEU, 1995, p. 120)

O Tribunal Superior Eleitoral, com a concentração de poderes (executivo e judicial) que tem em si, tende a exacerbar-se. E o curioso é que acaba avançando sobre as atribuições do Legislativo. É notório que matérias como fidelidade partidária, coligações e propaganda eleitoral receberam ultimamente mudanças profundas através das resoluções do TSE, sem que lhe seja atribuído – em nenhuma hipótese – o poder de legislar. O que vemos, de uma forma bastante clara, é que este órgão tem realizado uma função *integrativa* em relação à legislação eleitoral, suprimindo lacunas e reforçando conceitos constitucionais (como o da fidelidade partidária) que não encontram respaldo na legislação infra-constitucional. Desde um ponto de vista moral, estas alterações têm sido bem digeridas pela sociedade, que se põe feliz diante do rompimento da inércia e devido à adoção de medidas moralizadoras. Mas, desde um ponto de vista do direito e das instituições, a verdade é que estamos diante de uma dupla disfunção: acanhamento do legislativo e extrapolação do judiciário. Lembremos que a função integrativa somente foi acometida ao Tribunal Superior Eleitoral em relação às eleições de 1988, por força do disposto no artigo 5º, § 2º do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias.

De outra parte, temos de reconhecer que a função executiva de cuidar das eleições e dar posse aos membros do Executivo e Legislativo está bem posicionada no Poder Legislativo. Outros modelos levam à instauração de estruturas independentes de qualquer dos poderes, mas cujo caráter transitório acaba por prejudicar suas atividades. A Justiça Eleitoral brasileira tem conseguido grandes avanços, sendo um órgão público de ponta em termos de demonstrar eficiência e inovação no desempenho de suas atribuições.

Nem por isso podemos deixar de registrar estas notas sobre sua condição institucional, que tanto debate tem suscitado.

Vimos que o dispositivo legal que dá esteio às resoluções do Tribunal Superior Eleitoral tem a mesma redação do dispositivo constitucional que dá a função regulamentar ao chefe do Poder Executivo. É dentro deste contexto que elas devem ser

entendidas. Neste sentido, as Resoluções do Tribunal Superior Eleitoral, longe de terem força de lei, são meros regulamentos voltados à fiel execução da lei.

As normas do direito eleitoral brasileiro decorrem pois destas três vias: Constituição, legislação (complementar e ordinária) e resoluções do Tribunal Superior Eleitoral. Resta agora saber quais das normas constitucionais de cunho eleitoral são principiológicas. Em relação às demais normas que compõem o arcabouço normativo eleitoral brasileiro (legislação e regulamentos), estas poderão servir de esteio para analisar o desenvolvimento legislativo destes princípios constitucionais.

IV. OS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS DO DIREITO ELEITORAL BRASILEIRO

É certo que alguns princípios fundamentais da Constituição brasileira afetam direta e intensamente o direito eleitoral. Mesmo assim, não podemos dizer que são princípios de direito eleitoral. E, exatamente por isso, não fazem parte do rol de princípios tratados neste estudo. São, em verdade, princípios de maior relevo e abrangência, que têm forte impacto *também* sobre o direito eleitoral.

A começar pelo princípio democrático. A democracia é, em verdade, a força-motriz da constituinte de 1988, cuja missão essencial foi democratizar o país e implantar um verdadeiro Estado Democrático de Direito. Trata-se, pois, de um conceito pré-constitucional e não é por outra razão que estes conceitos estão dispostos no preâmbulo da Lei Maior. Conforme consta ali, a reunião dos constituintes se deu *para* instituir um Estado Democrático. Declaradamente, o objetivo maior da constituição de 1988 era (e ainda é) democratizar o país.

A democracia surge então como o principal valor (conteúdo axiológico dos princípios)³⁴ da constituinte e da Constituição de 1988. E o direito eleitoral é um dos campos científicos de maior projeção deste princípio, pois sua configuração afeta a própria fundamentação do sistema democrático (ALVAREZ CONDE, 1991, p. 9). Mas nem por isso este conceito é claro ou simples. Neste sentido, rica é a lição de Diogo de Figueiredo MOREIRA NETO (1992, p. 261):

³⁴ “Toda colisión entre principios puede expresarse como una colisión entre valores y viceversa. La única diferencia consiste en que en la colisión entre principios se trata de la cuestión de qué es debido de manera definitiva, mientras que la solución a una colisión entre valores contesta a qué es de manera definitiva mejor. Principios y valores son por tanto lo mismo, contemplado en un caso bajo aspecto *deontológico*, y en otro bajo aspecto *axiológico*. Esto muestra con claridad que el problema de las relaciones de prioridad entre principios se corresponde con el problema de un jerarquía de valores” (ALEXY, 1988, p. 145).

(...) tantos são os valores substantivos e instrumentais que podem se conter nessa palavra, que ela se tornou obrigatória para rotular qualquer regime, qualquer governo e até qualquer ideologia. Mesmo sem se ter um conceito unívoco de democracia, costuma-se dela ter a percepção emocional muito aproximada a um ideal de convivência política. Para identificarmos com precisão os aspectos que vemos mais relacionados ao progresso da democracia, é preciso começar por distinguir três grandes vertentes conceptuais: a filosófica, a política e a social. A vertente filosófica considera a democracia a partir de seus valores substantivos, em especial a dignidade da pessoa humana e as suas indisponíveis liberdades; ela seria, acima de tudo, uma *filosofia de vida* fundada naqueles valores, a iluminar todos os fenômenos do poder. A vertente política volta-se à organização e ao funcionamento das instituições do poder. Seria a democracia nada mais que um *regime político* apto à realização de valores consensuais, segundo a vontade das maiorias, fundada, por isso, na soberania popular. A vertente social, por fim, enfatiza na democracia a técnica para a solução de conflitos. Se o poder está em toda parte e o conflito é inevitável, por serem as necessidades mais abundantes que os bens, tudo o que se demanda é uma *técnica social consensual* para administrá-lo, com o máximo benefício geral e o mínimo de sacrifício individual. Democracia estaria aqui por ‘regra do jogo’, como indica Norberto Bobbio, uma submissão consentida do poder a uma disciplina negociada.

Além disso, a democracia, desde a Grécia antiga, sempre teve ínsita a ideia de auto-governo ou de identidade entre governante-governado. É o povo governando. Entretanto, o que resulta disto é a necessidade de *representatividade*, uma vez que já são escassas as possibilidades de exercício de democracia direta. O povo exerce o seu poder para delegar funções relevantes a alguns representantes já que não é possível que todos se dediquem a governar e legislar. “Representar es hacer presente lo que no lo está” (CHUECA RODRIGUEZ, 1993, p. 393), de forma que o povo elege pessoas para que cuidem das funções de governo.

Estas funções, na modernidade, já não ocupam os cidadãos, que estão mais preocupados em cuidar de suas vidas privadas e delegá-las a alguns representantes. Segundo o marcante discurso de Benjamin CONSTANT, a liberdade dos modernos difere-se da dos antigos por privilegiar a autonomia privada:

Lo que nosotros necesitamos es la libertad, la cual conseguiremos indefectiblemente; pero como la que hemos menester es diferente de la dos antiguos, es necesario que se dé á aquélla una organización diferente, y la que podría convenir á la libertad antigua; en ésta, cuanto mas consagraba el hombre el tiempo y su fuerza para el ejercicio de los derechos políticos; mas libre se

creía: por el contrario, en la especie de libertad de que nosotros somos susceptibles, cuanto mas tiempo nos deje para nuestros intereses privados el ejercicio de los derechos políticos, mas preciosa será para nosotros la misma libertad. De aquí viene la necesidad del sistema representativo, el cual no es otra cosa que una organización, con cuyo auxilio una nación de descarga sobre algunos individuos de aquello que no quiere ó no puede hacer por sí misma. (CONSTANT, 2006, p. 308)³⁵

Esta evolução do conceito de liberdade conduz ao sistema representativo pois os assuntos públicos já não ocupam mais o lugar privilegiado que ocupavam para os antigos, uma vez que as pessoas passaram a dedicar-se mais aos assuntos privados, que é onde encontraram maior realização.

Vemos aqui a aproximação e o entrosamento da democracia com a liberdade. As pessoas são livres na medida em que podem escolher o seu destino, sendo que desde os tempos modernos, isto se faz através de mecanismos de representatividade. A democracia e a liberdade convergem para a criação de um *procedimento* que serve de fonte de legitimação das leis (inclusive a Constituição) e dos governos. Anotando a curiosidade de que seja uma norma procedimental que dá legitimidade a toda a Constituição, LAPORTA explora as razões de assim ser:

es una idea que se puede rastrear por lo menos hasta el mundo intelectual del estoicismo, la idea del hombre libre como aquel que guía su conducta por los dictados de su razón y desprecia las presiones e influencias exteriores. Es decir, la idea de lo 'libre' como aquello que se da normas a sí mismo y no es gobernado por dictado ajenos. La translación de esta idea desde su marco de referencia individual a la comunidad humana es lo que determina históricamente que se llame sociedad política 'libre' a aquella que se da a sí misma las normas por las que se gobierna, y que se exprese como 'libertad política' la idea de la soberanía popular. El momento de culminación de esa tradición es el siglo XVIII, en el que se define ya plenamente la idea con sus rasgos actuales, especialmente el rasgo de la soberanía a través de representantes y, sobre todo, el rasgo crucial de unir al principio mismo una legitimidad ética incondicionada. (LAPORTA, 1984, p. 48)

Vemos, mais uma vez, a íntima ligação entre democracia e liberdade. Estes dois valores se apoiam e se exigem mutuamente, segundo a concepção moderna. O método

³⁵ “*De la libertad de los antiguos comparada con la de los modernos: discurso pronunciado en el Ateneo de París, febrero de 1819*”.

democrático está universalmente associado à ideia de liberdade, seja no momento anterior, seja no posterior. Por momento anterior, dizemos do fundamento teórico da democracia acima exposto, segundo o qual a sociedade é livre quando toma suas próprias decisões. E, por momento posterior, queremos expressar a necessidade de liberdade para o exercício da democracia. A liberdade, enquanto “não-interferência”, é fundamental para que as decisões democráticas sejam *de fato* tomadas pelo povo. “Lo que son, realmente, exigencias y requisitos inherentes al principio de decisión por mayoría son las más amplias libertades posibles en el proceso mismo de decisión” (LAPORTA, 1984, p. 53).

Entretanto, temos que salientar que nenhum conceito é mais complexo e controverso do que *liberdade*. O que é a liberdade? Ela existe?

Certamente não é aqui que enfrentaremos esta questão filosófica. O que é relevante para nós é registrar que a liberdade é também, ao lado da democracia, um valor pré-constitucional e como tal informa o sistema jurídico eleitoral. A liberdade deve ser entendida como a possibilidade de autodeterminação das pessoas, seja para formar uma consciência, para expressá-la ou para lutar por ela. O pleno desenvolvimento das pessoas só pode ser atingido mediante o respeito à sua liberdade e a democracia depende do respeito às liberdades individuais e coletivas para que seja autêntica e verdadeira; ou seja, para que seja democracia.

A liberdade aparece em diversos princípios constitucionais, que são direitos fundamentais, que têm relevante impacto sobre o direito eleitoral. Não podemos pensar em eleições democráticas sem que haja respeito às liberdades. Sem liberdade de pensamento, de expressão, de reunião e de associação, não há como organizar eleições legítimas. Essas liberdades constituem direitos fundamentais e princípios constitucionais que são essenciais para o direito eleitoral.

Especial relevo também tem o princípio da soberania popular³⁶, corolário da democracia, que constitui o fundamento da realização de eleições: se o poder emana do povo e em seu nome é exercido, conforme o consta do ‘caput’ do artigo 14 da Lei Maior, há de haver um procedimento de manifestação da vontade popular, bem como a

³⁶ Sobre o princípio da soberania popular, vide VARGAS (2003).

escolha dos representantes do povo pelo povo. O instituto da eleição e o sufrágio decorrem diretamente da soberania popular, de forma que todo o direito eleitoral é por ele informado.

Além disso, a legalidade, o devido processo legal e o Estado de Direito são também condições imprescindíveis para que as normas de direito eleitoral sejam observadas e que os escolhidos pelo povo possam exercer os poderes que lhes foram conferidos. Outros princípios, como a razoabilidade, a segurança jurídica e a proporcionalidade, também têm fortes efeitos sobre o ordenamento eleitoral.

Estes princípios, todos, são aplicáveis sobre o todo o ordenamento jurídico e refletem seus efeitos sobre todas as áreas do direito. Entretanto, existem princípios que se aplicam de forma específica ao direito eleitoral. Existem princípios que são próprios e exclusivos do direito eleitoral. São estes princípios que buscamos neste estudo, sem olvidar jamais a importância cabal dos acima citados que, outrossim, são fundamentais em relação ao ordenamento jurídico como um todo.

Estes princípios específicos, que chamamos de *princípios constitucionais de direito eleitoral*, podem ser assim classificados diante da abrangência ou conteúdo material que carregam.

Eles podem ser encontrados na parte relativa aos direitos políticos, mas também estão presentes em outros trechos da Lei Maior, como veremos adiante. E, para além destes, a Constituição oferece outros princípios que podem ser inferidos através da conjugação entre os princípios gerais acima referidos. Numa construção lógica, podemos verificar que a Constituição coloca outras exigências sobre o ordenamento eleitoral que não estão dispostas de maneira expressa em seu texto.

Explorando a Constituição brasileira, podemos encontrar os princípios que seguem, que estão classificados em *princípios estruturantes*, *princípios do sufrágio*, *princípios do sistema eleitoral*, *princípios do processo eleitoral* e *princípios de direito processual eleitoral*.

A. PRINCÍPIOS ESTRUTURANTES

Na tipologia adotada para a classificação dos princípios eleitorais, erigimos os princípios estruturantes. São princípios que dão sentido a todos os demais princípios e regras do direito eleitoral e, por isso, forjam sua estrutura.

Tal designação é utilizada por CANOTILHO (1993, p. 180) para referir-se às “traves-mestras jurídico-constitucionais”, por serem “constitutivos e indicativos das ideias directivas básicas de toda a ordem constitucional”. O mestre português trata do direito constitucional como um todo, e nós, somente do direito eleitoral constitucional. Assim é que, em analogia com a classificação por ele utilizada³⁷, definimos aqui alguns princípios que dão sentido e união a todo o ordenamento jurídico eleitoral.

Ao mesmo tempo que os princípios estruturantes informam as demais normas, estas também lhe iluminam o conteúdo e dão densidade. “A formação do ‘sistema interno’ ocorre através de um processo de ‘esclarecimento recíproco’, que identificamos como estrutura hermenêutica fundamental do ‘processo de compreender’, em sentido estrito. (...) Só no seu jogo concertado se esclarecerão o alcance e pleno significado dos princípios” (LARENZ, 1997, pp. 676-677).

Carlos Ayres BRITTO também leciona sobre a interação dos princípios e conclui que “se o princípio constitucional é daqueles que tem sua inter-referência marcada por complementação, um deles será o principal e, o outro, secundário. Ter-se-á, então, a dicotomia princípio/subprincípio (como se dá entre o mesmo princípio republicano e o princípio da moralidade administrativa)” (BRITTO, 2003, p. 166). Estes “princípios principais” são o que aqui convencionamos denominar de princípios estruturantes, pois deles decorrem todos os demais princípios constitucionais do direito eleitoral, sem que

³⁷ CANOTILHO preocupa-se com a estrutura do direito constitucional e nós, somente com a do direito eleitoral, de forma que não há identidade entre os seus princípios estruturantes e os nossos, pois trata-se de corte epistemológico distinto. Anotamos, também, mais uma diferença: CANOTILHO elenca os princípios estruturantes e desenvolve abaixo de cada um destes os seus sub-princípios. Não adotaremos esta metodologia aqui, por entender que os sub-princípios não se encontram exatamente abaixo de cada um dos princípios estruturantes, sendo certo que no mais das vezes estão radicados em ambos.

com isso se queira dizer que estes (secundários) não têm autonomia e individualidade semântica.

Os princípios estruturantes do direito constitucional eleitoral são o pluralismo político e a legitimidade das eleições. Estes conceitos se reforçam mutuamente e exprimem, de sua parte, conteúdos próprios da democracia, da liberdade e da soberania popular.

1. PRINCÍPIO DO PLURALISMO POLÍTICO

a) Fundamentos Filosóficos

A liberdade, enquanto valor abstrato e genérico que informa não só nossa Constituição, mas todo ordenamento jurídico ocidental após a Declaração Universal dos Direitos do Homem e o advento do constitucionalismo, tem um espectro muito grande de abrangência e aplicação. Um dos âmbitos nos quais ela se manifesta é o político.

A liberdade política consiste na impossibilidade de limitar-se ao pensamento, à expressão e à implementação de ideologias voltadas ao exercício do poder e administração da coisa pública. Vemos, assim, que ela atua em vários níveis, que vão desde elaborar ou adotar um ideário político até a possibilidade de defendê-lo no momento eleitoral, apresentando-se como uma alternativa. Neste sentido, passamos pela possibilidade de expressar e convencer as demais pessoas da validade desse ideário político.

A possibilidade de convivência de diversas teorias e propostas e o respeito às mesmas é elemento essencial para a democracia, pois representa a possibilidade de mudança e os movimentos evolutivos e involutivos próprios do processo democrático.

Mas não é só. A dignidade da pessoa humana exige o respeito e o incentivo ao livre desenvolvimento de sua personalidade, que inclui suas mais variadas dimensões, dentre elas a política. “Una libertad real, en un país evolucionado, implica variedad de opiniones y de conductas (en los límites compatibles con el orden público). Dicho de otra forma, una sociedad en la que se reconoce la libertad de los individuos es necesariamente pluralista y tolerante” (HAURIOU, A. et al., 1980, p. 76).

Esta liberdade está no âmago da organização da sociedade e do Estado, pois é o que lhe dá sentido e sustentação.

Os indivíduos não são meros elementos de indistinta massa, e sim pessoas que realizam as suas funções sociais participando numa sociedade familiar, numa sociedade municipal, numa corporação e é, portanto, nesses grupos que devem possuir e exercer direitos políticos. Por sua vez as sociedades primárias são elementos estruturais da sociedade política e, para dentro desta poderem conservar a sua autonomia, prosseguir os seus fins próprios e concorrer para a realização do interesse geral, carecem de ter direitos relativos ao Poder político. (CAETANO, 1996, p. 330)

A liberdade política assim configurada recebe, na nossa Constituição, a proteção jurídica do princípio fundamental do pluralismo político³⁸. Segundo Peter HÄBERLE, “la Constitución de la Libertad es siempre la Constitución del pluralismo” (2002, p. 108). E porque a primazia deste princípio?

Porque así es como se libera la fuerza creadora del ser humano en las ciencias y las artes, en economía y política, al equilibrarlas materialmente, evitándose así tanto la guerra civil, como la lucha de clases y, sobre todo, porque a través de dicho pluralismo se perfila un determinado tipo de libertad ciudadana que se establece de forma también plural. Pluralismo significa, por tanto, consecución de la mayor medida posible de libertad pública y privada. (HÄBERLE, 2002, p. 116)

³⁸ “... el pluralismo político (...) es un mero resultado – muy valioso como tal, eso sí – de la libertad. Más aún: es resultado de la libertad en un determinado ámbito de la vida humana: el político” (TORRES DE MORAL, 1992, p. 19).

b) Fundamentos Jurídicos

Logo em seu primeiro artigo, destinado a declarar os princípios fundamentais da República, a Constituição aponta expressamente o pluralismo político.

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

.....

V – o pluralismo político.

Como já é sabido e cantado em verso e prosa, o constituinte de 1988 tinha como uma grande preocupação a democratização do país e o fim dos arroubos autoritários que sufocavam a atividade política das mais diversas formas. Em razão disto colocou o pluralismo político na posição mais nobre que poderia ter na Constituição: um princípio fundamental expresso em seu artigo 1º.

O pluralismo político, em tese, não se mistura e não depende do pluripartidarismo declarado no artigo 17, 'caput', da Lei Maior. Muito embora há que se reconhecer que o pluralismo político é reforçado quando há liberdade na criação de partidos políticos, de forma que no nosso regime constitucional esta liberdade estende e – assim – compõe o conteúdo abrangente do pluralismo político. Vale lembrar que esta é mais uma conquista do constituinte democrático de 1988, em face do sufocante regime bipartidarista até então vigente.

Não obstante, vemos também outras normas constitucionais que estão diretamente ligadas ao pluralismo político. São aquelas pertinentes ao sistema eleitoral, que exigem eleições de dois turnos no sistema majoritário e aplicação do princípio proporcional nas eleições para órgãos camerais. Em ambas, como veremos no capítulo dedicado aos princípios do sistema eleitoral, há uma nítida proteção do pluralismo. Neste momento, cumpre ressaltar somente que a regra de dois turnos para as eleições

majoritárias do Executivo tem o papel de garantir a existência de mais partidos no pleito e o princípio da representação proporcional tem o papel de garantir representatividade a todas as correntes políticas com expressão eleitoral.

c) Conteúdo Jurídico

O princípio do pluralismo político aponta no caminho de que a composição política do Estado deve espelhar o pluralismo encontrado na sociedade.

Uma vez inserido no texto constitucional o princípio constitucional do pluralismo político, e numa posição tão privilegiada, não há mais que se falar em práticas ou leis que restrinjam a produção e divulgação de ideias políticas, tampouco que limitem a participação política de grupos ou pessoas. Segundo André HAURIOU, deve ser garantido o caráter disputado das eleições: “El pluralismo entraña *elecciones disputadas*, es decir, elecciones con ocasión de las cuales diferentes candidatos, con programas distintos y pertenecientes a diferentes partidos, de presentan ante los electores y compiten para obtener sus sufragios” (HAURIOU, A. et al., 1980, p. 76). Vemos, pois, um vínculo próximo com o sufrágio universal, que garante o direito de candidatar-se a uma extensa gama de cidadãos. E, também, como já dizíamos, a liberdade de criar partido político assegurada expressamente pelo artigo 17 da Constituição.

Para cumprir com seu amplo papel, este princípio jurídico tem três aspectos distintos: liberdade ideológica, garantia de espaço no debate público e neutralidade estatal.

A liberdade ideológica caracteriza-se pela possibilidade que cada ser humano tem de escolher ou construir livremente suas ideias (liberdade de pensamento), bem como de livremente expressá-las (liberdade de expressão) e organizar grupos de debate ou de apoio (liberdade de reunião e liberdade de associação).

A garantia de espaço no debate público está refletida na ampla possibilidade jurídica de apresentação de candidaturas (sufrágio universal) e no direito de participação no horário eleitoral gratuito (direito de antena).

Por fim, a neutralidade estatal consiste na total vedação de apoio oficial do Estado a um candidato ou partido, devendo, ao contrário, promover o pluralismo e assegurar um livre debate para a formação da vontade coletiva. Segundo lição de Pablo NUEVO,

en este contexto de neutralidad estatal, corresponde al Estado respetar unas esferas de libertad en la vida privada de las personas – en las que cada una puede buscar la felicidad y autorrealización con arreglo a sus concepciones subjetivas – , y ordenar la convivencia – más bien coexistencia – con el sometimiento de los ciudadanos a unas mismas leyes iguales para todos en lo político y social. (NUEVO, 2004, pp. 189-190)

O conteúdo principiológico salta a vista e não só por expressa declaração constitucional e formulação lógico-textual. É evidente que existem restrições de fato e de direito à aplicação deste princípio e que estas não revelam o fim da sua validade.

Uma limitação jurídica que pode ser apontada diz respeito à restrição de produção e divulgação de ideias políticas. Estamos tratando da liberdade de pensamento e de expressão, de uma forma mais específica em relação ao campo político e voltada à participação política, e, como ocorre com todas as liberdades, não é um direito absoluto. Encontra limites evidentes nos outros princípios também constantes do artigo primeiro da Constituição, como a soberania, a cidadania e a dignidade da pessoa humana. Seguindo este norte, o direito constitucional eleitoral não admite organizações de cunho segregacionista, que preguem o ódio nazista ou o alijamento da cidadania de outros grupos, sendo a limitação estatal ato esperado e defendido pela Constituição. O pluralismo político tem limites: algumas correntes políticas não são admissíveis. E estas são exclusivamente aquelas que vão de encontro aos outros princípios fundamentais adotados pela Constituição, cuja defesa é obrigação do Estado e de todos nós.

Há também limitações de fato. Como sabemos, as fórmulas eleitorais (regras do sistema eleitoral destinadas aos cálculos para atribuição de vagas representativas) podem favorecer ou limitar o acesso das minorias ao parlamento. Estas regras definem como os votos se convertem em cadeiras parlamentares, sendo portanto normas de suma relevância para o princípio do pluralismo político. A ciência política muito tem se debruçado sobre o tema, buscando aperfeiçoar o entendimento das consequências da adoção de ditas regras³⁹. Entretanto, em que pese a evolução acadêmica do tema e a diversidade de experiências, não são estas regras suficientes para determinar de forma bastante clara uma maior participação. Conforme aponta TORRES DE MORAL,

hoy se piensa más bien – y se contrasta con datos empíricos – que todas las fórmulas electorales, sean de mayoría, sean proporcionales, limitan el número de partidos. En efecto, puesto que no conceden escaños a los escasamente votados, se convierten en un filtro o freno para la aparición de nuevos partidos y para la consolidación de los más pequeños ya existentes. (TORRES DE MORAL, 2004, p. 461)

Em relação ao seu desenvolvimento legislativo, temos que o princípio do pluralismo político inspira todas as normas do sistema eleitoral, bem como normas de propaganda eleitoral e financiamento de campanhas. O sistema eleitoral deve ser desenhado de forma a respeitar e dar espaço e possibilidade às minorias. As normas de propaganda eleitoral que dizem respeito à divisão de tempo em rádio e televisão (que são custeados com recursos públicos, e portanto dizem respeito também ao financiamento de campanhas) devem também refletir o pluralismo político nacional ou regional, de forma a reconhecer o maior espaço/tempo que cabe aos grupos mais representativos e a garantia de participação das minorias. Temos aqui o que Garcia Llovet classificou como princípio da proporcionalidade:

La ordenación de las campañas electorales en los medios de titularidad pública se articula en base a criterios distintos según la naturaleza de los espacios. Los espacios gratuitos de propaganda electoral se distribuyen de acuerdo con un

³⁹ Destacamos em especial o capítulo dedicado às consequências políticas do sistema eleitoral na obra de CARRERAS e VALLÉS (1977), pp. 159-177.

principio general de proporcionalidad a los resultados electorales (votos válidos emitidos) en las anteriores elecciones. (GARCIA LLOVET, 1987, p. 180)

Entretanto, no que diz respeito ao horário não gratuito, ou seja, à programação normal do *rádio* e da *televisão*, não podemos falar em proporcionalidade. Neste âmbito, essencialmente caracterizado pela cobertura jornalística, aplicam-se exclusivamente a neutralidade e a objetividade, como uma forma de respeito à isonomia eleitoral e ao pluralismo político. “Los espacios informativos de cobertura de la campaña electoral se organizan de acuerdo con el principio de pluralismo y neutralidad, no constituyendo actos de campaña, sino de información sobre ésta, no está sometidos al principio de proporcionalidad” (GARCIA LLOVET, 1987, p. 180).

d) Aplicação jurisprudencial

O Supremo Tribunal Federal já fez uso do princípio do pluralismo político para suspender os efeitos, em sede de medida cautelar em Ação Direta de Inconstitucionalidade, de dispositivo legal que restringia o número de candidatos que um partido poderia lançar à Câmara de Vereadores ao número de Deputados Federais eleitos por este partido. Dispôs nossa Corte Maior que tal critério assolava em demasiado o pluralismo político, criando distinções entre partidos a através de critérios que não guardam relação lógica com o dispositivo. No caso, vinculou a exigência de isonomia ao pluralismo político:

EMENTA: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. ARTS. 11, CAPUT E PARAGRAFOS 1. E 2., E ART. 72, DA LEI N. 9.100, DE 29 DE SETEMBRO DE 1995. NORMAS QUE CONDICIONARAM O NUMERO DE CANDIDATOS AS CÂMARAS MUNICIPAIS AO NUMERO DE REPRESENTANTES DO RESPECTIVO PARTIDO NA CÂMARA FEDERAL. ALEGADA AFRONTA AO PRINCÍPIO DA ISONOMIA. Plausibilidade da tese, relativamente aos parágrafos do art. 11, por instituírem critério caprichoso que não guarda coerência lógica

com a disparidade de tratamento neles estabelecida. **Afronta a igualdade caracterizadora do pluralismo político consagrado pela Carta de 1988.** Normas de resto incompatíveis com o princípio do devido processo legal, no que se revelam "leges ad persona", desprovidas de indispensável generalidade, ao laborarem com dados concretos alusivos a atual representação de cada Partido na Câmara Federal, com vista exclusiva a eleição de 1996. Concorrência, no caso, do requisito da conveniência da pronta suspensão de sua vigência, em face da iminência do desencadeamento do processo eleitoral. Cautelar parcialmente deferida.⁴⁰

No caso vertente, ponderava o Min. Ilmar Galvão que, se o objetivo da norma fosse o enfraquecimento dos pequenos partidos e o fortalecimento dos grandes, como forma de se atingir o bipartidarismo, a norma seria muito eficaz. Mas conclui, citando magistério de Celso BASTOS, que:

Tal desiderato, todavia, não foi erigido à categoria de objetivo fundamental do Estado Brasileiro, pela Constituição de 1988 que, ao revés, consagra, no art. 1º, V, o pluralismo político e o exercício do poder pelo povo, por meio de representantes eleitos para as Câmaras Legislativas, por via dos Partidos Políticos, pelo voto proporcional.

‘A democracia pluralista – observa Celso Ribeiro Bastos – não visa a unanimidade que, de resto, é sempre impossível. O que ela objetiva é, precisamente, uma institucionalização do dissenso, o que significa dizer que os representantes dos mais variados interesses são livres para promoverem a sua causa desde que, é óbvio, adotados meios legais e democráticos.’ (Coments. à Const. do Brasil, Saraiva, 1º vol., pág. 204)

O conteúdo do princípio se faz claro: não se admitem normas que criem restrições infundadas ao funcionamento e exposição de correntes políticas. Atos que visem à concentração partidária são incompatíveis com o princípio do pluralismo político, muito embora sejam admitidas normas que visem a dar coerência e sustentabilidade ao sistema político adotado.

O pluralismo político também foi invocado pelo Supremo Tribunal Federal ao decidir sobre a fidelidade partidária. Estatuiu que a cooptação dos parlamentares eleitos em partidos de oposição por partidos da base aliada do governo não só tisanam a

⁴⁰ Medida Cautelar na Ação Direta de inconstitucionalidade nº 1355, Rel. Min. Ilmar Galvão, DJ 23-02-1996, pp.03623.

legitimidade do pleito, mas também ferem o próprio pluralismo político, na medida em que prejudicam muito a atividade política (e legítima) da oposição. Detsacamos o seguinte trecho:

A prática da infidelidade partidária, cometida por detentores de mandato parlamentar, por implicar violação ao sistema proporcional, mutila o direito das minorias que atuam no âmbito social, privando-as de representatividade nos corpos legislativos, e ofende direitos essenciais - notadamente o direito de oposição - que derivam dos fundamentos que dão suporte legitimador ao próprio Estado Democrático de Direito, tais como a soberania popular, a cidadania e o **pluralismo político** (CF, art. 1º, I, II e V). - A repulsa jurisdicional à infidelidade partidária, além de prestigiar um valor eminentemente constitucional (CF, art. 17, § 1º, "in fine"), (a) preserva a legitimidade do processo eleitoral, (b) faz respeitar a vontade soberana do cidadão, (c) impede a deformação do modelo de representação popular, (d) assegura a finalidade do sistema eleitoral proporcional, (e) valoriza e fortalece as organizações partidárias e (f) confere primazia à fidelidade que o Deputado eleito deve observar em relação ao corpo eleitoral e ao próprio partido sob cuja legenda disputou as eleições.⁴¹

O pluralismo político também tem seus efeitos para além do âmbito eleitoral. É princípio de grande magnitude. Alberga, por exemplo, o direito das minorias de participar e fazer instalar Comissões Parlamentares de Inquérito⁴². Vale transcrever o seguinte excerto do voto do Min. Marco Aurélio que, embora não tenha evocado expressamente o princípio do pluralismo, acabou por expor suas vísceras:

Alfim, no estado Democrático de Direito, paradoxal é não admitir e não acolher a desigualdade, o direito de ser diferente, de não formar com a maioria. Mais: o Estado Democrático de Direito constitui-se, em si mesmo – e, sob certo ponto de vista, principalmente -, instrumento de defesa das minorias. (...)

É de repetir até a exaustão, se preciso for: Democracia não é a ditadura da maioria! De tão óbvio, pode haver o risco de passar despercebido o fato de não subsistir o regime democrático sem a manutenção das minorias, sem a garantia da existência destas, preservados os direitos fundamentais assegurados constitucionalmente.⁴³

⁴¹ Mandado de Segurança nº 26.603, Rel. Min. Celso de Mello, 04/10/2007, DJe-241, divulgado em 18-12-2008, publicado em 19-12-2008.

⁴² STF, Mandado de Segurança nº 24831-9, Rel. Min. Celso de Mello, 22/06/2005.

⁴³ Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1.351, Rel. Min. Marco Aurélio, 07/12/2006.

2. PRINCÍPIO DA LEGITIMIDADE DAS ELEIÇÕES

a) *Fundamentos Filosóficos*

Com o advento da democracia, os países se veem diante da tarefa de estipular mecanismos de participação popular. Esta participação, em geral, não significa o governo exercido diretamente pelo povo, mas um governo exercido em seu nome, através da *representatividade* ou *representação política*. Um governo, para ser legítimo, deve passar periodicamente sobre a chancela do soberano, que lhe renova ou altera o caráter de *representatividade*, ou seja, o voto de confiança para a gestão das coisas públicas e proteção dos direitos. É fato que atualmente já não se admite mais outras formas de legitimação para o exercício do governo e da legislatura, ainda que remanesçam ou permaneçam outras formas de provimento para a chefia de Estado e para a função judicial. Nas sábias palavras de COTERET e EVERI (1973, pp. 8-9), “Los representantes elegidos del pueblo son los gobernantes legítimos. (...) a partir del siglo XVIII, ya no es la Iglesia, sino el pueblo elector el que inviste el soberano⁴⁴: le elección reemplaza a la coronación”. Uma vez estabelecida a democracia representativa, fica criada a necessidade de um processo legitimador, ao qual damos o nome de *eleição*.

A eleição é o processo de escolha de representantes, para o exercício dos poderes públicos. Este processo serve exatamente para legitimar alguém a assumir um cargo público e assim assumir competências relevantes para a realização dos valores constitucionais. Conforme CARRERAS e VALLÉS,

⁴⁴ O sentido aqui empregado para *soberano* é o de governante. Trata-se de sentido diverso do que empregamos, que se referia ao povo. O conceito de governante soberano está vinculado à teoria da soberania do Estado, que em nosso ver, foi desbancada pela soberania popular após o advento do constitucionalismo (VARGAS, 2003).

La elaboración de reglas electorales es consecuencia de la afirmación liberal sobre el carácter delegado de la autoridad política. Un vez aceptado el origen popular del poder político, los ciudadanos se verán llamados a decidir a qué hombres y a qué programas van a confiar la orientación de los asuntos públicos. (...) El objetivo reconocido de unas elecciones es la designación por los ciudadanos de quienes ostentando su representación van a ejercer el poder político en una comunidad. Se ha hecho notar que dicho objetivo encierra en realidad un serie de funciones más o menos explícitas, que podemos resumir en tres efectos principales: producir representación, producir gobierno y ofrecer legitimación. (CARRERAS; VALLÉS, 1977, pp. 17-19)

É a necessidade de legitimação que fundamenta a realização de eleições. Para Simone GOYARD-FABRE, a exigência de legitimidade no direito político decorre da exigência de *ordem* que caracteriza o Estado moderno. A *juridicização da política*, referida por Kelsen, leva o Estado moderno a estruturar-se em regras que buscam ordenar o poder e justificá-lo racionalmente. Disto decorre, conclui a jurista francesa, a existência regras para conjurar a violência e a arbitrariedade (GOYARD-FABRE, 1999, p. 273 e 280).

Em outros tempos ou lugares, estas regras de legitimidade poderiam assumir outras formas, tais como a monárquica ou hereditária. Entretanto, entre nós não há dúvidas: só podem governar os cidadãos e o que o legitima a assumir esta função é o processo eleitoral democrático. Só este, quando legítimo em si, pode configurar a prerrogativa de empoderamento público. E disto depende toda a estabilidade do sistema democrático, pois se a aplicação das regras que racionalizam o processo eleitoral não resulta em um governante legítimo, deslegitimam-se as regras e o sistema. O povo soberano não admite governante ilegítimo, independente do regime político que se adote, ainda que a inércia possa adiar o rompimento do regime. Conforme já afirmamos alhures: “É o poder do povo, que é intrínseco à sua condição de maioria, que dita as várias regras sociais. Mesmo que ele seja dirigido por classes elitistas, ele não perde seu assento: é o povo que está sendo dirigido, e não o poder em si” (VARGAS, 2003, p. 85).

E o que é a legitimidade?

Em sua acepção mais larga, o conceito de legitimidade constitui uma proteção contra o capricho ou a anarquia, contra a arbitrariedade ou a insensatez. Ela responde à necessidade que os homens têm de segurança, confiança e coerência. (...) A legitimidade traz em si a marca do justo. (...) Pode-se mesmo dizer que está no cerne da reflexão moderna sobre o direito político. (GOYARD-FABRE, 1999, pp. 273-274)

Não se admite que o processo legitimador seja, em si, ilegítimo. As eleições, para serem válidas e cumprirem com sua função, devem ser legítimas.

b) Fundamentos Jurídicos

O governo ou a representação, longe de ser um privilégio ou uma esperteza, é uma prerrogativa que deve ser bem fundamentada⁴⁵. Este postulado é uma decorrência lógica dos princípios (expressos) da soberania popular e da moralidade: da combinação destes dois deflui a exigência de um processo eleitoral límpido, sem abusos e desvios, que expresse a vontade livre do povo.

Enquanto a soberania popular exige que haja processo eleitoral legitimador para o exercício do poder, a moralidade exige que este não seja dirigido ou arbitrário.

Certamente estamos diante de um dos princípios mais relevantes do direito eleitoral, pois ele dá sentido à legislação eleitoral como um todo. Ele está vinculado à própria ideia de *eleição*, pois, se a eleição não for legítima, ela de nada servirá e fará letra morta a democracia. Em outras doutrinas, este também é conhecido por “princípio do impedimento de falseamento da vontade popular”. E, neste sentido, estamos com o espanhol Eduardo ALVAREZ CONDE⁴⁶, que classifica toda a legislação eleitoral como uma projeção deste princípio, por representar a concreção mais direta da democracia. Enquanto processo legitimador, a eleição precisa espelhar a opinião do povo

⁴⁵ Após dissecar com maestria a obra de Rousseau, GOYARD-FABRE (1999, p. 232) chega a quase idêntica conclusão.

⁴⁶ “Nuestra legislación electoral contiene muchas concreciones de este principio. Es mas, toda ella debe ser considerada como una proyección del mismo, debiendo, por lo tanto, ser interpretada a la luz de sus postulados fundamentales” (ALVAREZ CONDE, 1991, p. 14).

(soberano) sem desvios ou desmandos. O resultado das eleições precisa ser legítimo, uma representação fiel da vontade popular. Qualquer atividade que mascare esta vontade, alterando a livre expressão do voto, representa uma afronta ao princípio da legitimidade das eleições.

O primeiro conteúdo deste princípio é o *voto livre*, que consiste no direito fundamental de votar com liberdade, sem peias ou arreios. O *voto livre* visa a proteger o eleitor da violência e do abuso de poder, garantindo assim uma escolha justa que espelhe a verdade do povo. Evidentemente, sem *voto livre* não temos eleição legítima. E a Constituição toma esta posição de uma maneira bastante clara ao erigir o direito ao voto como um direito fundamental, inserido em seu Título II, e protegido contra reformas constitucionais pelo art. 60, § 4º, II. A própria tutela do *voto*, enquanto *direto*, *secreto* e *universal* tem como pano de fundo ou pilar sustentador a ideia de garantir a legitimidade da eleição.

Não podemos nos olvidar, é claro, de que a liberdade do voto está protegida também pelo direito genérico à liberdade constante do 'caput' do artigo 5º da Constituição, sendo-lhe pertinente também o direito de reunião protegido pelo inciso XVI e o direito de associação protegido pelo inciso XVII, ambos deste mesmo artigo constitucional. Evidentemente são práticas distintas do voto, mas que estão a ele ligadas pelo seu conteúdo *político*, sendo certo que o *voto* é o ponto culminante do processo político. Mas não é só: a Constituição dá uma extensa proteção aos direitos políticos, garantindo expressamente sua inviolabilidade, como vemos a seguir:

Art. 15. É vedada a cassação de direitos políticos, cuja perda ou suspensão só se dará nos casos de:

I - cancelamento da naturalização por sentença transitada em julgado;

II - incapacidade civil absoluta;

III - condenação criminal transitada em julgado, enquanto durarem seus efeitos;

IV - recusa de cumprir obrigação a todos imposta ou prestação alternativa, nos termos do art. 5º, VIII;

V - improbidade administrativa, nos termos do art. 37, § 4º.

Pela leitura do dispositivo fica clara a norma geral de *inviolabilidade dos direitos políticos*, que só poderão ser cassados ou suspensos nas hipóteses descritas neste rol taxativo que consta *exclusivamente* do texto constitucional. Lembrando sempre que, como direito fundamental, o sufrágio deve sempre ser interpretado de forma que seu alcance seja o maior possível (máxima eficiência) e que suas restrições sejam as menores possíveis⁴⁷.

A tutela constitucional da legitimidade eleitoral se faz ainda mais evidente quando cuida de coibir o abuso de poder e estabelecer as inelegibilidades. Vejamos o disposto no parágrafo 9º do artigo 14:

§ 9º Lei complementar estabelecerá outros casos de inelegibilidade e os prazos de sua cessação, a fim de proteger a probidade administrativa, a moralidade para exercício de mandato considerada vida 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.

Vemos no dispositivo a menção expressa ao princípio da legitimidade da eleição, como fundamentador da doutrina das inelegibilidades, relacionando-os também com a coibição do abuso de poder. A normalidade das eleições, que ali também aparece estampada, refere-se ao impedimento de fraudes e tumultos que dizem respeito à segurança do voto. Entretanto, tais anormalidades acabariam também por resvalar na legitimidade do pleito. Assim, esta normalidade, muito embora tenha um significado específico, pode ser absorvida pelo conceito mais abrangente que vemos na legitimidade eleitoral.

No que diz respeito às inelegibilidades, o princípio da legitimidade das eleições atua num duplo sentido. O primeiro sentido é a restrição à criação de hipóteses de inelegibilidade, que se dá através da definição constitucional de algumas inelegibilidades e a restrita possibilidade de ampliação deste, através de lei complementar. Ainda assim, qualquer inclusão deve se dar sempre conforme as balizas

⁴⁷ A este respeito, vide CANOTILHO (1993, p. 227), BASTOS (1999, p. 104 e segs.) e BARROSO (2001, p. 240 e segs.).

ali traçadas, para que não sejam criadas hipóteses excessivas que conduzam a uma limitação não razoável do direito ao sufrágio passivo. O primeiro sentido é o de garantir que titulares de cargos ou posições de poder não façam uso destes para manipular o processo eleitoral a seu favor. Aqui vemos o outro aspecto do princípio da legitimidade das eleições, que diz respeito à proteção do resultado final das urnas e não mais vinculado a um direito individual.

O primeiro sentido das inelegibilidades está em não criar e nem permitir a criação de regras extravagantes em matéria de inelegibilidades. A Constituição estabelece poucas e permite a criação de outras somente por lei complementar, sempre visando a “proteger a probidade administrativa, a moralidade para exercício de mandato considerada vida pregressa do candidato, e a normalidade e legitimidade das eleições contra a influência do poder econômico ou o abuso do exercício de função, cargo ou emprego na administração direta ou indireta”. Esta pauta material é fundamental para controlar a constitucionalidade das normas que versem sobre inelegibilidades. A Constituição estabelece assim restrições de cunho formal e material para a ampliação do rol de inelegibilidades, com o fim declarado de proteger a legitimidade das eleições, pois o excesso nas hipóteses de inelegibilidade conduziria à limitação desarrazoada da participação política dos cidadãos e, assim, a um pleito tisonado pela tirania e pelo desequilíbrio.

O segundo sentido das inelegibilidades se faz patente nas normas que restringem a reeleição e estabelecem as inelegibilidades por parentesco (art. 14, §§ 5º a 7º). Nestes casos, a Constituição demonstra uma desconfiança e aposta na limitação do direito de candidatar-se para assegurar a lisura do pleito. Este aspecto diz respeito mais à moralidade eleitoral, a ser tratada em tópico específico. O que importa dizer é que as inelegibilidades também apostam no favorecimento da alternância no poder; conceito este que se liga com a própria legitimidade, conforme lição de GARRORENA MORALES (2008, p. 22):

En concreto, a las elecciones se debe la creación de representación y, con ello, la posibilidad de que los ciudadanos actualicen su presencia en las instituciones mediante el apoderamiento electoral de quienes representan. De ellas pende,

asimismo, la temporalidad del poder, ya que – para decirlo con las ajustadas palabras de Juan José Solozábal – gracias a las elecciones, en el sistema democrático no existe legitimación *ad aeternum*, sino periódica y necesitada de constante renovación. Más en profundidad, las elecciones realizan la competitividad y la alternancia en el poder, lo que tanto quiere decir como la condición abierta del sistema mismo. Y si quisiéramos apelar a un valor que, pese a tener identidad propia, engloba y subsume a todos los anteriores, tendríamos que añadir que las elecciones les corresponde sobre todo la producción de legitimidad.

Como visto no dispositivo constitucional acima transcrito, as inelegibilidades devem buscar proteger a legitimidade das eleições contra o abuso do poder. A matéria do abuso de poder é caríssima ao direito eleitoral e seu fundamento está na preservação da legitimidade do pleito, assim como na lisura deste.

Além da doutrina das inelegibilidades, a Constituição também traça – sempre em proteção à legitimidade das eleições – o combate ao abuso de poder, à corrupção ou fraude, criando a possibilidade de impugnação do mandato eletivo que tiver sido conquistado com o uso destes mecanismos maculadores da legítima escolha popular:

§ 10 - O mandato eletivo poderá ser impugnado ante a Justiça Eleitoral no prazo de quinze dias contados da diplomação, instruída a ação com provas de abuso do poder econômico, corrupção ou fraude.

É a legitimidade do pleito que pauta toda doutrina de nulidades em matéria eleitoral. O princípio da legitimidade das eleições impede (ou visa a impedir) que o processo eleitoral seja vítima de fraudes que comprometam a *verdade material* das urnas.

Aqui vemos o tratamento dado pela legislação às nulidades que, muito embora não esteja versado na Constituição, é uma clara decorrência deste princípio constitucional. Ao mesmo tempo que a legislação protege o processo eleitoral, acoimando com nulidade as práticas que realmente mascaram a vontade popular (art. 220 e 221 do Código Eleitoral), há o nítido cuidado de não permitir que qualquer prática irregular acabe por prejudicar o resultado eleitoral. É importante perceber que a legislação eleitoral não permite que qualquer irregularidade seja capaz de anular uma

eleição (ou uma seção eleitoral, ou uma urna), pois a irregularidade de um (ou de uns) invalidaria a legítima manifestação de vários outros. Vejamos os dispositivos pertinentes do Código eleitoral, que estabelecem de forma clara a necessidade de que toda tutela das nulidades esteja sujeita ao fim da lei eleitoral, qual seja, de garantir eleições legítimas:

Art. 219. Na aplicação da lei eleitoral, o Juiz atenderá sempre aos fins e resultados a que ela se dirige, abstendo-se de pronunciar nulidades sem demonstração de prejuízo.

Parágrafo único. A declaração de nulidade não poderá ser requerida pela parte que lhe deu causa nem a ela aproveitar.

Art. 222. É também anulável a votação quando viciada de falsidade, fraude, coação, uso de meios de que trata o art. 237, ou emprego de processo de propaganda ou captação de sufrágios vedado por lei.

Para que as nulidades estabelecidas no Código Eleitoral sejam aptas a anular uma eleição inteira, é exigido que esta nulidade atinja mais da metade dos votos. É o que se vê na leitura do disposto no artigo 224:

Art. 224. Se a nulidade atingir a mais de metade dos votos do País nas eleições presidenciais, do Estado nas eleições federais e estaduais, ou do Município nas eleições municipais, julgar-se-ão prejudicadas as demais votações, e o Tribunal marcará dia para nova eleição dentro do prazo de 20 (vinte) a 40 (quarenta) dias.

Esta norma se justifica também pelo princípio da legitimidade das eleições que não admite que a legítima vontade expressada pela maioria dos eleitores seja maculada por nulidades pontuais ou sem expressão. A preservação do ato eleitoral está intimamente ligada a este tópico, muito embora seja pertinente tratá-la no princípio da estrita segurança jurídica em matéria eleitoral. Aqui, o que se busca é a obtenção da verdade material das urnas, não permitindo que eventuais deslizos, irregularidades ou mesmo ilegalidades maculem a expressão legítima da vontade popular. O princípio da legitimidade eleitoral exige respeito à *vontade do eleitor*, devendo toda interpretação

legal e dos fatos *sub judice* levar este dado em consideração. Em relação a este aspecto, vale transcrever as lições de Juan Carlos GAVARA DE CARA (2007, pp. 108-109):

El sentido de la aplicación del principio al proceso electoral no es otro que asegurar que accedan al cargo público los candidatos que los electores hayan elegido como sus representantes, de forma que se satisfice que se mantenga la debida correlación entre la voluntad del cuerpo electoral y la proclamación de los candidatos, así como sobre la necesidad de que las irregularidades o anomalías del procedimiento electoral denunciadas afecten al resultado final de la elección para poder apreciar la existencia de una lesión real y efectiva del derecho de sufragio pasivo.

Neste sentido, temos que alertar para a duvidosa constitucionalidade do disposto no artigo 41-A da Lei das Eleições (Lei nº. 9.504/97), que autoriza o Judiciário a tolher o mandato do cidadão eleito com milhões de votos se ficar comprovado que *um* voto foi comprado. É a total inversão do respeito à vontade dos eleitores em razão de um eleitor. Ao reconhecer a validade desta regras, está-se atribuindo maior peso à moralidade do que a legitimidade eleitoral, anulando a manifestação livre e soberana de todo o restante do eleitorado. E esta medida é muito duvidosa, diante do enorme peso que este princípio tem no sistema normativo, que deve ser conjugado com o direito fundamental de sufrágio ativo (dos eleitores que nele votaram) e passivo (de aceder a cargos políticos). Vejamos o posicionamento do Tribunal Constitucional Espanhol a este respeito:

(...) el principio de interpretación de la legalidad en el sentido más favorable a los derechos fundamentales ha sido reiteradamente reconocido por este Tribunal tanto en términos generales [SSTC 34/1983 (RTC 1983, 34), 17/1985 (RTC 1985, 17) y 57/1985 (RTC 1985, 57), entre otras resoluciones⁴⁸], como a propósito de los derechos de sufragio activo y pasivo. Respecto a éstos, este Tribunal, en su Sentencia 76/1987 (RTC 1987, 76), fundamento segundo, dijo, y ahora reitera, que 'la Constitución ha introducido un principio de interpretación del ordenamiento jurídico en el sentido más favorable al ejercicio y disfrute de los derechos fundamentales que ha de ser tenido en cuenta por todos los poderes públicos y muy especialmente por los órganos jurisdiccionales en su función de

⁴⁸ Os espanhóis chamam de *resoluciones* as decisões colegiadas que versam sobre casos concretos. Portanto, quando referem-se a *resoluciones* estão tratando do que nós chamamos de *acórdãos*.

aplicación de la leyes. Esta consideración general es de especial relevancia en el proceso electoral, en donde se ejercen de manera efectiva los derechos de sufragio activo y pasivo que, por estar en la base de la legitimación democrática del ordenamiento político han de recibir un trato especialmente respetuoso y favorable, sin perjuicio del necesario respeto a la legislación electoral y de la diligencia de los partícipes activos en las elecciones han de tener en su actuación para posibilitar un ordenado y fluido proceso electoral”⁴⁹.

O fim maior de uma eleição é retratar de forma legítima a vontade do povo, através de um processo justo, que não pode ser vilipendiado e maculado por fatos de pouca relevância em relação ao todo.

Em suma, o princípio da legitimidade tem uma dimensão individual que garante o *voto livre e a inviolabilidade dos direitos políticos* (com a consequente *restrição em matéria de inelegibilidade*), e uma dimensão difusa, que protege as eleições do *abuso de poder*, estabelece as *inelegibilidades*, as *nulidades eleitorais* e também protege ao máximo a *verdade material das urnas* (exigindo a *potencialidade lesiva* para a nulidade da eleição).

c) *Conteúdo jurídico*

Segundo Maurice HAURIOU, “Las democracias modernas han adoptado este principio de que los modos de transmisión están regulados por la ley siendo sólo ésta que puede transmitir el poder de un titular a otro (...). Este es el principio de legitimidad, que no es en si otra cosa que el principio de la transmisión del poder conforme a la ley” (2003, p. 216). Esta visão da legitimidade limita e encerra seu conteúdo à legalidade. O princípio da legitimidade, então, não seria nada além que um corolário ou um detalhamento do princípio da legalidade. Com isso não estamos de acordo. O conteúdo jurídico do princípio da legitimidade está muito além do formalismo legal, até porque os termos *legitimidade* e *legalidade* têm conteúdos distintos.

⁴⁹ STC 24/1990 (RTC 1990, 24).

O princípio da legitimidade eleitoral exige que haja uma correlação de pertinência entre a vontade do corpo eleitoral, expressada livremente, e a proclamação dos candidatos eleitos.

Podemos dizer que o processo eleitoral tem dois resultados: um resultado intermediário (contagem de votos/resultado das urnas) e um resultado final (candidato empossado). Podemos dizer mais, que no Estado Moderno Democrático de Direito o princípio da legitimidade eleitoral exige que o resultado final tem de corresponder ao resultado intermediário. Além disso, este resultado intermediário tem de representar a expressão livre (não manipulada) e verdadeira (não fraudada) do eleitorado.

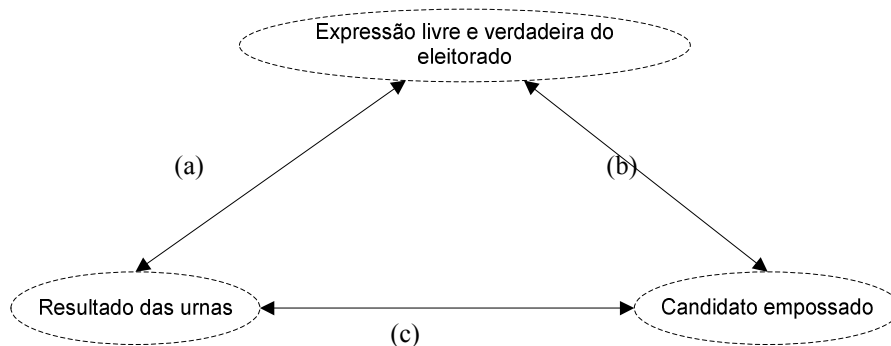
Esta correspondência entre o resultado das urnas e o empossamento, apesar de óbvia, nem sempre ocorre. Sabemos de hipóteses em que o candidato mais votado não é empossado, por circunstâncias que põem em cheque a livre e verdadeira expressão do eleitorado. É neste contexto que o princípio da legitimidade ganha foro de excelência e deve pautar a decisão final, ainda que tenha de se sobrepor à legalidade, ao exigir a resposta à seguinte questão: quem está legitimado pelo eleitor a assumir o poder (mandato)?

Como sempre ocorre com os princípios, o que guia sua aplicação e balanceamento com os demais, é a proporcionalidade⁵⁰. Isto não serve para responder à pergunta, mas serve para pautar a decisão que deverá considerar algumas regras jurídicas e, assim, balancear a legitimidade e a legalidade.

Diante dos fatos, esta decisão pode ser difícil de ser tomada. Mas ela é de todo fundamental, pois pode por na berlinda todo o sistema. A legitimidade só estará respeitada quando houver o equilíbrio entre os *outputs* da eleição (resultado intermediário – contagem de votos das urnas – e resultado final – candidato

⁵⁰ “It has already been hinted that there is a connection between the theory of principles and the principle of proportionality. This connection is as close as it could possibly be. The nature of principles implies the principle of proportionality and vice versa. That the nature of principles implies the principle of proportionality means that the principle of proportionality with its three sub-principles of suitability, necessity (use of the least intrusive means), and proportionality in its narrow sense (that is, the balancing requirement) logically follows from the nature of principles; it can be deduced from them. The Federal Constitutional Court has stated in rather obscure terms that the principle of proportionality emerges ‘basically from the nature of constitutional rights themselves’ (BVerfGE 19, 342 – 348 f.; 65, 1 – 44)” (ALEXY, 2002, p. 66).

empossado) e o seu meio (expressão livre e verdadeira da vontade do eleitorado), que pode ser representada pelo triângulo abaixo:



O mencionado e exigido equilíbrio implica que nenhum dos elementos seja desprezado ou possa ser anulado. Vejamos:

(1) *Se não houver livre e verdadeira expressão do eleitorado (considerando o eleitorado como um todo e não partes dele), a eleição não é legítima.* Votos comprados, manipulados através do abuso do poder (político ou econômico) ou fraudados (hipótese já mais dificultosa com adoção do voto eletrônico) quando têm o condão de mascarar a expressão da vontade do eleitorado, tornam o processo eleitoral ilegítimo. O mesmo pode ocorrer, ainda, quando a campanha eleitoral for marcada pela desigualdade entre os candidatos, pois a escolha do eleitor ficaria assim tisonada pela assimetria eleitoral.

(2) *Se o resultado das urnas for totalmente desconsiderado, a eleição não é legítima.* Eleições em que o candidato com votação expressiva é destituído e em seu lugar assume um candidato que não tem representatividade suficiente é uma eleição ilegítima. Não adianta punir ilegalidades com cassação e conduzir um candidato ilegítimo ao cargo de poder.

(3) *Se não houver candidato empossado, não houve eleição legítima.* Eleições que não conduzem à formação da representatividade não chegam ao seu objetivo.

Em qualquer uma das hipóteses acima mencionadas, se não for possível restabelecer o equilíbrio e a validade de todos e cada um dos elementos, há que se anular a eleição e convocar outra.

A relação entre cada um destes elementos é fundamental para que se cumpra o princípio jurídico da legitimidade das eleições:

(a) o resultado das urnas deve corresponder, na maior medida possível, à expressão livre e verdadeira do eleitorado. Irregularidades, fraudes e nulidades que não chegam a quebrar esta relação devem ser desconsideradas para fins de validade da eleição, sem prejuízo da punição dos culpados. Entretanto, quando o volume destes desvios atingir o patamar em que não mais é possível dizer que o resultado das urnas exprime a vontade do povo, a eleição deve ser anulada. É exatamente por isso que, conforme reza o artigo 222 do Código Eleitoral, nas hipóteses de fraude a eleição é *anulável*, e não nula. Sempre que possível, a ocorrência de fraudes deve acarretar a nulidade dos votos correspondentes (exemplo de nulidades ocorridas na seção eleitoral). Entretanto, quando isso não for possível, deve-se questionar se a fraude ou abuso tem potencialidade para influir no resultado final do pleito. Com isso, fica equilibrada a relação vontade popular-resultado das urnas.

(b) o candidato empossado deve corresponder ao que o eleitorado livremente escolheu. Se, por fim, o candidato empossado não tem representatividade popular, as eleições não são válidas.

(c) o candidato empossado deve ser respaldado pelo resultado das urnas. As urnas trazem um resultado concreto que não pode ser desprezado em razão de uma abstrata expressão da vontade. Não é permitido ao juiz eleitoral perverter o resultado da apuração sob o pretexto de que não era isso que o povo quis dizer, pois esta abstração não o autoriza a escolher outro candidato em nome do povo. Entretanto, nem sempre esta correspondência poderá ser absoluta, uma vez que pode haver suficientes razões (nulidades) que permitam nomear o segundo colocado, desde que este goze de votação expressiva. Vejamos a seguinte situação: candidato se elege com evidente abuso de poder, e tem seu diploma cassado, mas o segundo colocado teve votação inexpressiva. Dar o mandato a este seria acabar com a relação entre o resultado das

urnas e o empossado; por isso, aqui está o fundamento lógico da regra do artigo 224 do Código Eleitoral, que determina *nulidade* da eleição em caso de anulação de mais da metade dos votos⁵¹.

d) Aplicação jurisprudencial

O Supremo Tribunal Federal reconhece a legitimidade eleitoral como princípio básico do direito político. No voto vencedor do Relator Néri da Silveira, no emblemático caso Lucena (que versava sobre a confecção e distribuição de calendários com foto do Senador, custeados pelo Senado Federal, em ano eleitoral), isto fica patente, ainda que limitando-se ao aspecto pertinente à coibição do abuso de poder:

(...) Na espécie, trata-se de matéria do âmbito dos direitos políticos e da legislação eleitoral, onde a proteção da normalidade e legitimidade das eleições contra a influência do poder econômico ou o abuso do exercício de função, cargo ou emprego constitui princípio básico, qual deflui da norma do § 9º do art. 14 da Constituição. (...)

O Supremo Tribunal Federal também tem apelado à legitimidade das eleições para fundamentar decisões de “casos difíceis” dworkinianos que dizem respeito à inelegibilidade. No processo RE 158314/PR, o Relator Celso de Melo vincula este princípio com “a ideia republicana”, com o regime democrático e com a igualdade, como podemos verificar do trecho da ementa a seguir transcrito:

(...) O primado da ideia republicana - cujo fundamento ético-político repousa no exercício do regime democrático e no postulado da igualdade - rejeita qualquer

⁵¹ Neste sentido, tem se manifestado o TSE: “É descabida a diplomação dos candidatos de segunda colocação, haja vista a votação obtida pelo candidato vencedor, de 51,61% dos votos válidos.” (RESPE 27737).

prática que possa monopolizar o acesso aos mandatos eletivos e patrimonializar o poder governamental, comprometendo, desse modo, a legitimidade do processo eleitoral.

Importante salientar que o laço traçado entre a legitimidade das eleições e a igualdade só se forma a partir do momento em que entendemos que a quebra da isonomia entre os candidatos afeta a livre decisão do eleitor. Não se trata, pois, de um vínculo direto, senão intermediado pelo princípio do voto livre. Como é sabido, os princípios se entrelaçam⁵² e é essa teia que forma a lógica interna do direito eleitoral. E mais do que isso: o princípio da legitimidade é um princípio de alcance ímpar, pois – como já dito – informa o direito eleitoral como um todo. Desta feita, é natural que surjam vínculos e impactos dele com os demais princípios; é exatamente por isso que o classificamos como *princípio estruturante*.

Entretanto, o vínculo direto que tem com o *voto livre* é bem marcante. Vejamos o seguinte trecho do Acórdão nº 14/2008, do Tribunal Regional Eleitoral de Sergipe:

A doação vedada não engendrará consequências de sanção, quando em valor proporcional irrelevante ao total dos gastos de campanha. Sua consideração deve ser hábil a permitir inferência possível de levar vício à vontade do eleitor. Na vontade livre está o conteúdo primacial da legitimidade eleitoral. Representação rejeitada.⁵³

A jurisprudência tem reconhecido o princípio da legitimidade das eleições de forma bastante marcada, no que diz respeito ao combate ao abuso de poder. O Tribunal Superior Eleitoral tem uma longa jurisprudência que exige a prova do nexo de causalidade entre o abuso cometido e a legitimidade do pleito. Entretanto, esta posição foi superada no RESPE 19.571, relatado pelo Min. Sepúlveda Pertence em 2002, onde

⁵² “as normas que veiculam princípios desfrutam de maior envergadura sistêmica. Elas enlaçam a si outras normas e passam a cumprir um papel de imã e de norte, a um só tempo, no interior da própria Constituição. (...) É que as normas principais consubstanciam ou tipificam valores (Democracia, República, Separação dos Poderes, Pluralismo Político, Cidadania, Dignidade da Pessoa Humana,...), que são fins em si mesmo. E os valores são quase sempre *dialogantes* ou interreferentes; quer dizer, os valores interagem fortemente e ainda são exigentes de um estado-de-coisas ora mais ora menos concreto para sua realização.” (BRITTO, 2003, p. 166)

⁵³ Representação nº 855, Rel. Edmilson da Silva Pimenta, julgado em 24/04/2008.

ficou assentado que não mais se exigiria a demonstração do nexo de causalidade entre o abuso praticado e o resultado do pleito, bastando para a procedência da ação a “indispensável demonstração – posto que indiciária – da provável influência do ilícito no resultado eleitoral (...)”. Este *leading case* tem se mostrado robusto, conforme verificamos em julgados mais recentes como o Processo RESPE 26035, relatado pelo Min. José Gerardo Grossi em 2007, em que confirmou-se que “a caracterização do abuso de poder não pressupõe nexo de causalidade entre as condutas praticadas e o resultado da eleição, mas a potencialidade lesiva dos atos, apta a macular a legitimidade do pleito”. Portanto, migrou-se da exigência de *nexo de causalidade* para a *potencialidade lesiva*, sem entretanto descurar do vínculo direto do combate ao abuso de poder com a legitimidade do pleito. O que se quer preservar é, sempre, a legitimidade do pleito. É o que se vê:

Investigação judicial. Art. 22 da LC nº 64/90. Abuso do poder político. Prefeito. Candidata a deputada estadual. Máquina administrativa. Utilização. Cartazes. Convites. Eventos. Municipalidade. Patrocínio. Mochilas escolares. Distribuição. Posto médico. Jalecos. Nome e número da deputada. Divulgação.

Abuso do poder político. Configuração. Cálculos matemáticos. Nexos de causalidade. Comprovação da influência no pleito. Não-cabimento.

Potencialidade. Caracterização.

1. Para a configuração de abuso de poder, não se exige nexo de causalidade, entendido esse como a comprovação de que o candidato foi eleito efetivamente devido ao ilícito ocorrido, mas que fique demonstrado que as práticas irregulares teriam capacidade ou potencial para influenciar o eleitorado, o que torna ilegítimo o resultado do pleito.

2. Se fossem necessários cálculos matemáticos, seria impossível que a representação fosse julgada antes da eleição do candidato, que é, aliás, o mais recomendável, visto que, como disposto no inciso XIV do art. 22 da LC nº 64/90, somente neste caso poderá a investigação judicial surtir os efeitos de cassação do registro e aplicação da sanção de inelegibilidade.⁵⁴

Mais recentemente, ao condenar o fenômeno do “caixa 2” das campanhas eleitorais, o TSE decidiu que “o abuso de poder econômico implica desequilíbrio nos

⁵⁴ Recurso ordinário nº 752, Rel. Min. Fernando Neves, 15/06/2004, DJ - Diário de Justiça, Volume 1, Data 06/08/2004, Página 163.

meios conducentes à obtenção da preferência do eleitorado, bem como conspurca a legitimidade e normalidade do pleito” (RESPE 28387/GO).

Entretanto, sábias as palavras do Min. Gilmar Mendes, que com sua argúcia ponderou: “creio que a intervenção do Tribunal Superior Eleitoral no processo eleitoral há de se fazer de uma forma minimalista, com o devido cuidado para que não haja alteração da própria vontade popular”⁵⁵.

No direito norte-americano também é protegida a legitimidade das eleições. Há um princípio ali que determina a manutenção das eleições até que uma violação afete materialmente o seu resultado⁵⁶. Citando ampla jurisprudência, WEINBERG elenca vários sub-princípios ou detalhamentos, sendo que todos exigem algo em comum: comprometimento do resultado. A legitimidade, como vimos, refere-se ao resultado das eleições. A normalidade é que se refere ao processo eleitoral. Entre nós, ambas são protegidas, ainda que a legitimidade (resultado) tenha uma proteção mais robusta. Entretanto, parece que por lá apenas esta preocupação foi erigida ao *status* de princípio jurídico.

O Tribunal Superior Eleitoral também já reconheceu que as limitações à propaganda eleitoral estão vinculadas “na ordem constitucional, a princípios como o da lisura e da legitimidade dos pleitos, bem como ao da isonomia entre os candidatos” (RESPE 19466/AC). Utilizando uma terminologia um pouco diversa, mas de idêntico conteúdo, o Supremo Tribunal Federal valida estas restrições “como forma de garantir a efetividade da legislação e do processo eleitoral, assegurando observância aos princípios da isonomia e da liberdade do voto” (ADI 2267/AM, ADI 2275/PA). A isonomia eleitoral, como já afirmamos, está intimamente ligada à legitimidade do pleito, e a liberdade do voto é um de seus conteúdos fundamentais.

Merece destaque também a jurisprudência americana, que tem aplicado o princípio da legitimidade sob a alcunha de *preservação da vontade do eleitor*, para determinar que os votos dados a candidato morto ou cassado não podem ser simplesmente anulados. Estes votos, dizem as cortes norte-americanas, são fruto da

⁵⁵ Agravo Regimental no Agravo de Instrumento nº 4.592, Rel. Min. Gilmar Mendes, DJU de 09/12/05, fl. 142.

⁵⁶ “Election Results Stand Unless a Violation Materially Affects the Outcome” (WEINBERG, 2006).

expressão da vontade popular e devem ser considerados como válidos, ainda que não seja possível ao candidato assumir o cargo:

(the votes) must be evaluated, and decided, on the basis of the unique public policy considerations which derive from governmental concern to respect the *will of the electorate* as it has been objectively manifested in votes which have been actually cast. These policy considerations dictate that the objective results of elections conducted to actual completion, in accordance with legal directives prescribed for the procedural course of the election and the tabulation of its outcome, *shall be accorded*, rather than denied *maximum possible legal effectiveness*...

It is in light of this public policy that the overwhelming weight of authority in the United States has developed the principle that a person's ineligibility to take, or hold, office will not be permitted to vitiate absolutely and totally the legal effectiveness of the votes actually cast for him in a lawfully conducted election.⁵⁷

No fundo, o que não se permite é que um candidato menos votado assuma o cargo em disputa. Em nosso sistema, esta norma também é válida e assume especial relevância em disputas nas quais não se exige a maioria absoluta dos votos válidos, como é o caso de todas as eleições legislativas (inclusive senado) e executivas em municípios com menos de 200 mil eleitores. Em uma eleição proporcional, se os votos dados ao candidato falecido ou cassado são considerados válidos, esses votos alteram o coeficiente eleitoral e o partidário, podendo alterar o resultado das eleições. No caso de uma eleição majoritária em que não seja exigida maioria absoluta, o candidato vitorioso pode não ter “mais da metade dos votos” o que significa que a anulação dos seus votos poderia conduzir à vitória de outro candidato sem que fosse aplicável no caso a regras do artigo 224 do Código Eleitoral. Nestes casos, deve prevalecer o princípio da legitimidade das eleições a determinar a impossibilidade de dar posse a um candidato que não foi claramente escolhido pela vontade popular.

Na jurisprudência constitucional espanhola, esta exigência de correspondência entre a vontade do eleitor e a proclamação dos eleitos também é bastante nítida:

⁵⁷ *Barber v. Edgar*, 294 A.2d 453 (Maine 1972), citado e comentado juntamente com outras decisões judiciais de mesmo teor por WEINBERG (2006, p. 98).

(...) Como hemos dicho, entre otras, en la ya citada STC 71/1989, de 20 de abril (RTC 1989, 71), F 4, el derecho de sufragio pasivo que consagra el art. 23.2 de la Constitución (RCL 1978, 2836), en relación con el apartado 1 de dicho precepto, tiene como contenido esencial asegurar que accedan al cargo público aquellos candidatos que los electores, en quienes reside la soberanía popular, hayan elegido como sus representantes satisfaciendo, por tanto, dicho derecho siempre que se mantenga la debida correlación entre la voluntad del cuerpo electoral y la proclamación de los candidatos. De ello se sigue, según concluimos en la STC 27/1990, de 22 de febrero (RTC 1990, 27), F 3, que resulta de los derechos de sufragio adquiere un especial densidad constitucional que se manifiesta en la obligación, reiteradamente subrayada por la doctrina de este Tribunal, de que tanto la Administración electoral como los Jueces y Tribunales al revisar los actos y resoluciones dictados por aquélla, opten por la interpretación de la legalidad más favorable a la eficacia de tales derechos. En efecto, como se declaró en la STC 76/1987 (RTC 1987, 76), ese principio hermenéutico de la interpretación más favorable ‘es de especial relevancia en el proceso electoral, en donde se ejercen de manera efectiva los derechos de sufragio activo y pasivo que, por estar en la base misma de la legitimación democrática del ordenamiento político, han de recibir un trato especialmente respetuoso y favorable’.⁵⁸

B. PRINCÍPIOS DO SUFRÁGIO

A constituição brasileira elenca quatro princípios em um só dispositivo, ao declarar o sufrágio universal, o voto direto, secreto e igual para todos. Esta lista principiológica consta do ‘caput’ do artigo 14, como se vê:

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

- I – plebiscito;
- II – referendo;
- III – iniciativa popular.

⁵⁸ STC 26/2004 (RTC 2004, 26), F 6 (DUQUE VILLANUEVA, 2006, pp. 127-128).

O voto direto, secreto, universal e periódico é destacado também como uma cláusula pétrea, por compor o núcleo intangível da Constituição (art. 60, § 4º, II).

Como não podia deixar de ser, estão intimamente ligados ao princípio da soberania popular, como uma consequência lógica e operacional deste, conforme plasmado na norma acima transcrita. Estes princípios, somados ao *voto livre*, conformam o que a Comissão de Viena denominou de *tradição constitucional europeia*, por se verificar que todos os países democráticos daquela União adotam estes princípios, ainda que com regras diferentes no seu detalhamento⁵⁹.

Para classificarmos estes princípios como pertinentes ao sufrágio, cumpre definir o que entendemos por sufrágio. Segundo Rodrigo BORJA, “el sufragio consiste en la intervención directa del pueblo, o de un amplio sector de él, en la creación de las normas jurídicas, en su aprobación o en la designación de los titulares de los órganos estatales” (1991, p. 215).

Neste sentido, o sufrágio poderia ser entendido como uma parte de um direito (mais amplo) à participação política. Esta pode se dar de várias formas, como através da participação em conselhos de políticas públicas, no direito de petição e no direito de acesso a informações, e também pode se dar através do sufrágio, onde mostra sua faceta concreta de participação nos processos políticos. Quando está votando em eleições, em plebiscitos, referendos ou participando de uma iniciativa popular de lei, o cidadão está exercendo o sufrágio ativo. E, em relação à participação como candidato em um processo político, está ele exercendo o sufrágio passivo: o direito de *ser votado*⁶⁰.

⁵⁹ Fundado em 1949, o *Council of Europe* busca desenvolver na Europa princípios comuns e democráticos baseados na Convenção Europeia de Direitos Humanos e em outros textos de referência na proteção dos indivíduos. Este Conselho instituiu a *European Commission for Democracy through Law*, também conhecida como *Comissão de Veneza*, para que funcione como um órgão consultivo em assuntos constitucionais. Esta Comissão, sempre na tentativa de unir os países europeus e realizar estudos comparativos, elaborou um seminário denominado “New trends in electoral law in a pan-European context” e também um “Code of good practice in electoral matters”. Este Código tem por finalidade “compile a list of the underlying principles of European electoral systems by co-ordinating, standardising and developing current and planned surveys and activities” (texto introdutório do *Code*), tendo sido aprovado pela Assembleia Parlamentar do Conselho da Europa na sua sessão de 2003.

⁶⁰ Importante anotar que este conceito de sufrágio não é consenso na doutrina pátria, sendo que alguns defendem que o sufrágio corresponde tão somente ao direito de votar. Provavelmente o mais radical é Adriano Soares da COSTA: “A cidadania é o direito de sufrágio político, é dizer, o direito de votar nas

1. PRINCÍPIO DO SUFRÁGIO UNIVERSAL

a) *Fundamentos Filosóficos*

A democracia está fundamentada na identidade entre governantes e governados. É precisamente esta identidade o valor moral que legitima o governo democrático, que deve, portanto ser formado *pelo* povo. Segundo Carl SCHMITT (2006 (1982), p. 230), “la fuerza o autoridad de los que dominan o gobiernan no ha de apoyarse en cualesquiera altas cualidades inaccesibles al pueblo, sino sólo en la voluntad, el mandato y la confianza de los que han de ser dominados o gobernados, que de esta manera se gobiernan en realidad *a sí mismos*”.

Só é possível criar um espaço verdadeiramente democrático – que seja digno desta qualificação – se os governantes forem escolhidos pelo povo. E quem é o povo? Friedrich MÜLLER classifica esta expressão como pertencente ao conjunto das menos seguras dos documentos constitucionais, e por isso elabora um rol de utilizações diferentes deste conceito, que representam significados diversos. O que nos interessa, aqui, é o que ele chama de *povo ativo* (MÜLLER, 1998, p. 52).

eleições, escolhendo seus representantes; bem assim, é o direito de candidatar-se a cargos públicos (direito de ser votado). (...) Há quem afirme, por descuar do direito positivo, que o sufrágio abrange tanto o direito de eleger, quanto o direito de ser eleito. Mas sem razão. Em verdade, o direito de sufrágio (= direito de votar; *ius singulii*) e a elegibilidade (= direito de ser votado; *ius honorum*) são espécies do gênero soberania popular (ou cidadania), como o explicita o próprio art. 14 da CF/88, ao tratar conjuntamente dos dois institutos, quando da regulação sobre o modo de exercício da soberania popular: pelo sufrágio (*caput*) e pela elegibilidade (§ 3º)” (COSTA, 2008, pp. 23-24). Entretanto, não podemos concordar com o ilustre jurista alagoano. O *caput* do art. 14 da CF/88 faz uma nítida distinção entre o sufrágio e o voto. Este é secreto e direto. Mas o sufrágio é universal, tanto na sua vertente passiva, como na ativa.

O povo ativo seria o conjunto de pessoas que formula uma presença ativa junto ao Estado, através das eleições, plebiscitos, referendos e iniciativa popular. Refere-se, portanto, ao grupo de pessoas que exerce os direitos políticos, aos quais José Afonso da SILVA (1995, p. 331) chama de cidadãos. Em suma, são os eleitores, os credenciados a exercerem ativamente a cidadania, que configuram a fonte ativa da instituição de normas. Este grupo é definido nas Constituições e na legislação ordinária, que restringe um rol de pessoas do total de habitantes, sendo comum defini-los como nacionais com maturidade, capacidade mental e aptidão ao exercício dos direitos civis (VARGAS, 2003, p. 60). Isto porque as normas jurídicas excluem do povo ativo os estrangeiros, os muito jovens, os acometidos de doença ou sofrimento mental, bem como aqueles que tenham sofrido condenação penal. No Brasil, há também a hipótese de suspensão de direitos políticos através de condenação de natureza civil, em caso de improbidade administrativa e de suspensão política nos casos de crime de responsabilidade.

Por povo, então, devemos entender a gama abrangente de pessoas capazes que fazem parte de uma nação e que se submetem a uma mesma organização política (Estado). Enquanto estas pessoas escolhem e compõem o governo, podemos visualizar (mediante a combinação com outros fatores) um regime democrático. Portanto, qualquer restrição indevida no sufrágio gera uma quebra no padrão democrático da nação. Isto pode ocorrer tanto em relação ao sufrágio ativo como passivo. No primeiro caso, os governos constituídos pela vontade de poucos não representam governos legitimamente democráticos, pois não há identidade entre governante-governado. No segundo caso, se os governos são constituídos por poucos e não estão abertos a receber quem o povo escolhe, o regime já não pode ser democrático, senão simplesmente aristocrático.

A universalidade do sufrágio é exigência de um sistema democrático e não pode ser limitada à sua vertente ativa. É fundamental garantir-se que um rol dilatado de pessoas possa candidatar-se, aumentando assim a participação popular no poder.

A extensão do sufrágio ao contingente mais abrangente possível de pessoas responde ao esforço de realizar a identidade dos governantes e governados (SCHMITT,

2006 (1982), p. 231). Mas diz respeito também à garantia da liberdade política das pessoas. O ser humano livre, hoje em dia, é aquele que tem assegurada sua autonomia privada, mas também aquele que participa da decisão sobre as regras que deve seguir. O modelo representativo articula e engendra uma técnica que possibilita a tomada de decisão indireta por todos os cidadãos, garantindo assim sua liberdade política. Assim é que a liberdade das pessoas está diretamente vinculada à sua capacidade de votar e de ser votado; portanto, a universalidade do sufrágio é a universalidade da liberdade política.

b) Fundamentos Jurídicos

O sufrágio abrange todos estes direitos de participação democrática, assegurados pela Constituição. Nele está inserido o direito de votar, o de ser votado, o direito de participar de plebiscito, referendo e iniciativa popular.

Sua universalidade é exigida de forma expressa pela Constituição no 'caput' do artigo 14, que declara que "a soberania popular será exercida pelo sufrágio universal". Em seguida, define a norma constitucional, as limitações e condicionamentos desta universalidade, tanto no que diz respeito ao sufrágio ativo como em relação ao passivo. A norma constitucional já deixa bastante claro que a *universalidade* do sufrágio não é absoluta.

No que diz respeito ao sufrágio ativo, determina sua obrigatoriedade aos maiores de 18 anos e menores que 70:

§ 1º - O alistamento eleitoral e o voto são:

I - obrigatórios para os maiores de dezoito anos;

II - facultativos para:

a) os analfabetos;

- b) os maiores de setenta anos;
- c) os maiores de dezesseis e menores de dezoito anos.

§ 2º - Não podem alistar-se como eleitores os estrangeiros e, durante o período do serviço militar obrigatório, os conscritos.

Tal normativa oferece um rol mais amplo do que o definido no Código Eleitoral, tendo o Tribunal Superior Eleitoral decidido pela sua autoaplicabilidade, permitindo a inclusão dos maiores de 16 anos e os analfabetos no corpo eleitoral⁶¹. Como vemos, a redação do § 3º cuida não só do voto, como do alistamento. Este é o meio de qualificar o indivíduo perante a Justiça Eleitoral, operando sua inscrição no corpo eleitoral (CÂNDIDO, 1998, p. 77). A restrição ao alistamento do estrangeiro é comum nos ordenamentos constitucionais, em que pese já haver mudanças no que diz respeito às eleições locais⁶². Entretanto, não podemos dizer o mesmo em relação à restrição imposta ao alistamento dos militares em serviço obrigatório. Importante anotar a ressalva de Joel J. Cândido, de que a norma constitucional cria um certo problema devido a sua redação (CÂNDIDO, 1998, p. 79). Isto ocorre porque o alistamento eleitoral é permitido a partir dos 16 anos e o conscrito⁶³ só adquire esta condição aos dezoito anos. Assim é que, caso já esteja alistado eleitoralmente, a norma constitucional perde sentido, uma vez que seu comando atinge só o alistamento e não o voto. Nesse caso, os conscritos já alistados estariam aptos a votar. Mas, como forma de não esvaziar a norma constitucional, o Tribunal Superior Eleitoral decidiu que “o eleitor inscrito, ao ser incorporado para prestação do serviço militar obrigatório, devera ter sua inscrição mantida, ficando impedido de votar, nos termos do art. 6, II, c, do Código Eleitoral”. Tal decisão não poderia estar mais equivocada. A uma porque o dispositivo

⁶¹ Resolução 15072/89, Rel. Min. Sidney Sanchez.

⁶² “the rule is that political rights are reserved for nationals with very few exceptions, at least for national elections; the Irish Constitution, in permitting ‘such other persons in the State as may be determined by law’ to participate in national elections, is unique in Europe. While the right to vote in local elections is recognized by a larger number of States, it is to be noted that only three – the Netherlands, Norway and Sweden – have so far ratified the European Convention on the Participation of Foreigners in Public Life at Local Level without making exclusions as to the applicability of the part concerning the right to vote local elections. In the European Union, however, all citizens of the Union and thus all citizens of the Member States have the right to vote and to stand for elections in the Member State where they reside” (GARRONE, 1999, pp. 12-13).

⁶³ “praça que se encontra engajado para prestação de serviço militar obrigatório” (CÂNDIDO, 1998, p. 79).

citado do Código Eleitoral não impede ninguém de votar, mas só exime alguns da obrigatoriedade, dentre eles “os funcionários civis e os militares, em serviço que os impossibilite de votar” (art. 6º, II, c). A duas porque o princípio do sufrágio universal indica uma interpretação das normas no sentido que lhe dê maior eficácia. E, por fim, porque a referida decisão não está fundamentada neste tópico, que foi o único em que distou do sábio parecer da Procuradoria-Geral Eleitoral que assim determinava: “o eleitor inscrito, ao ser incorporado para prestação do serviço militar obrigatório, devera ter sua inscrição mantida, ficando *desobrigado* de votar, nos termos do art. 6, II, c, do Código Eleitoral”. Esta sim, uma posição lastreada nos princípios constitucionais, que não contradiz nem as regras constitucionais pertinentes, dando o correto sentido da legislação ordinária aplicável, mas que foi substituída por uma expressão sem mais, que lhe alterou bastante o significado.

Já em relação ao sufrágio passivo, a Constituição determina muitas mais limitações, como vemos:

§ 3º - São condições de elegibilidade, na forma da lei:

I - a nacionalidade brasileira;

II - o pleno exercício dos direitos políticos;

III - o alistamento eleitoral;

IV - o domicílio eleitoral na circunscrição;

V - a filiação partidária;

VI - a idade mínima de:

a) trinta e cinco anos para Presidente e Vice-Presidente da República e Senador;

b) trinta anos para Governador e Vice-Governador de Estado e do Distrito Federal;

c) vinte e um anos para Deputado Federal, Deputado Estadual ou Distrital, Prefeito, Vice-Prefeito e juiz de paz;

d) dezoito anos para Vereador.

§ 4º São inelegíveis os inalistáveis e os analfabetos.

§ 5º O Presidente da República, os Governadores de Estado e do Distrito Federal, os Prefeitos e quem os houver sucedido, ou substituído no curso dos mandatos poderão ser reeleitos para um único período subsequente.

§ 6º 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.

§ 7º São inelegíveis, no território de jurisdição do titular, o cônjuge e os parentes consanguíneos ou afins, até o segundo grau ou por adoção, do Presidente da República, de Governador de Estado ou Território, do Distrito Federal, de Prefeito ou de quem os haja substituído dentro dos seis meses anteriores ao pleito, salvo se já titular de mandato eletivo e candidato à reeleição.

§ 8º O militar alistável é elegível, atendidas as seguintes condições:

I - se contar menos de dez anos de serviço, deverá afastar-se da atividade;

II - se contar mais de dez anos de serviço, será agregado pela autoridade superior e, se eleito, passará automaticamente, no ato da diplomação, para a inatividade.

§ 9º Lei complementar estabelecerá outros casos de inelegibilidade e os prazos de sua cessação, a fim de proteger a probidade administrativa, a moralidade para exercício de mandato considerada vida 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.

Analisando o § 3º, vemos que as quatro primeiras exigências são as mesmas aplicáveis ao sufrágio ativo. Entretanto, somam-se a estas a exigência de filiação partidária e outros requisitos de idade mínima. E, no dispositivo seguinte, procede-se à exclusão dos analfabetos do rol das pessoas que podem ser eleitas. No mais, normas de inelegibilidade e condicionamentos à elegibilidade dos militares.

Este é rol de normas constitucionais que dizem respeito diretamente ao sufrágio universal, dando o seu contorno.

c) Conteúdo Jurídico

O sufrágio é o direito de participação política, ativa ou passiva, em procedimentos eleitorais, consultivos ou deliberativos. Na sua *universalidade* está declarado o comando de que deve se garantir ao máximo a participação das pessoas

nos processos políticos, como uma forma de fazer funcionar o aparato democrático e as benesses que dele se espera.

A Constituição de 1988 não é uma norma neutra. Nela está inserida uma posição muito clara a favor de uma ideologia: a democrática. E, neste sentido, exige uma participação universal das pessoas. E vai além: em relação ao voto, exige esta participação, com a criação da figura do voto obrigatório (art. 14, § 1º). A universalidade do sufrágio, ainda que não estivesse expressa, seria uma consequência lógica da conjugação do princípio da igualdade com o princípio da soberania popular. Se o povo é o soberano e está vedada a distinção entre as pessoas, decorre naturalmente que deve ser assegurado o direito à participação política de todos. E é este precisamente o conteúdo normativo do sufrágio universal.

Afeta não somente ao direito subjetivo das pessoas, mas à regulamentação e coordenação dos procedimentos eleitorais. Estes devem ser encaminhados a facilitar o exercício do direito de sufrágio, de sorte que em sua regulamentação estejam proscritas as limitações qualificáveis como arbitrárias ou desproporcionadas. De outro lado, esta regulamentação deve adotar medidas que facilitem e até estimulem o exercício do sufrágio (AZPITARTE SÁNCHEZ, 2003, p. 430).

Entretanto, esta norma não pode ser levada às últimas consequências. Há limitações de cunho jurídico e de cunho prático que se impõem. “Valem como possibilidades legítimas de restrição do direito de voto de titulares de nacionalidade a decretação da perda dos respectivos direitos civis, correta em termos juspenalistas, bem como a faixa etária e o estado ‘mental’” (MÜLLER, 1998, pp. 56-57).

Uma restrição de cunho jurídico está associada ao princípio da não subordinação da Nação no campo das relações internacionais (também chamado, em nosso ver equivocadamente, de “princípio da soberania do Estado”). Deste princípio decorrem limitações que são pertinentes à nacionalidade, para o usufruto do sufrágio. Sob o entendimento de que só devem gozar do sufrágio aqueles que têm interesse no Estado (CARRERAS; VALLÉS, 1977, p. 37)⁶⁴, temos que para ser cidadão brasileiro e assim

⁶⁴ Importante consignar a crítica dos autores a esta postura, demonstrando sua inadequação frente aos “tempos atuais” já em 1977: “Nos encontramos, por tanto, ante un requisito típicamente personal, propio

gozar dos direitos políticos, há que se ter a nacionalidade brasileira, ficando então excluídos os estrangeiros (art. 14, § 2º, CF/88). Ao tratar da restrição em relação à nacionalidade, Torres de Moral manifesta que “es, pues, una cautela en el ejercicio de la soberanía dentro de un marco internacional no caracterizado precisamente por su solidaridad” (TORRES DE MORAL, 2004, p. 442). Cumpre observar, entretanto, que este ambiente muda bastante quando tratamos de comunidades internacionais. Na União Europeia já está assegurado o direito a voto em eleições municipais, aos nacionais de qualquer dos países comunitários que residam em qualquer um dos Estados membros⁶⁵. Constrói-se, assim, aos poucos, uma nacionalidade comunitária.

Outra restrição diz respeito à capacidade mental ou mesmo faixa etária, partindo-se do pressuposto que a participação política deve ser com consciência. Em geral, os países colocam limites de idade mínima para o sufrágio, que pode ou não coincidir com a maioridade civil. No Brasil, o voto é facultativo para os maiores de dezesseis anos e obrigatório a partir dos dezoito anos. Temos de salientar, entretanto, que esta restrição também reveste-se de um caráter jurídico, ao passo que a menoridade e a interdição são itens característicos da capacidade jurídica. Conforme TORRES DE MORAL, “toda incapacidad jurídica plena debe comportar la incapacidad electoral, porque, al fin y al cabo, la votación es un acto jurídico” (TORRES DE MORAL, 2004, p. 443).

del Estado liberal de derecho, que expresa ideas hoy completamente desfasadas. Este requisito de nacionalidad o ciudadanía responde a una época en que era postulado esencial en todo Estado el concepto de soberanía. El Estado del siglo XIX se creía un Estado soberano. Posteriormente este concepto de soberanía entró en crisis. Fundamentalmente esta crisis tuvo dos centros de gravedad estrechamente relacionados entre sí: por un lado la política expansionista del capitalismo más avanzado y, por otro, los esfuerzos y los logros de los trabajadores para conseguir una organización unitaria a nivel internacional. Es evidente que por motivos económicos, políticos y militares la decimonónica noción de soberanía está hoy en día absolutamente fuera de lugar y, atendiéndonos a nuestro objeto de estudio, ya lo estaba en el periodo 1931-1936. Por tanto, decir en siglo XX, que sólo los ciudadanos de un país tienen interés en lo que sucede en el mismo nos parece algo perfectamente falso. Ahora bien, como es un problema que hay que resolver (pues hay que delimitar el número de votantes), quizá la única fórmula que puede funcionar sea ésta de atribuir el derecho de voto a los nacionales del país de que se trate, pero a condición de ser perfectamente conscientes de que no están representados los intereses reales del país.” Fica posta, então, a discussão acerca da prevalência de um ou de outro princípio no que concerne à limitação do sufrágio ativo pela cidadania. Lembrando sempre que, entre nós, trata-se de uma regra expressa constitucional.

⁶⁵ Art. 8, apartado 1, do Tratado da Comunidade Europeia: “Todo ciudadano de la Unión que resida en un Estado miembro del que no sea nacional tendrá derecho a ser elector y elegible en las elecciones municipales del Estado miembro en el que resida, en las mismas condiciones que los nacionales de dicho Estado. Este derecho se ejercerá sin perjuicio de las modalidades que el Consejo deberá adoptar antes del 31-12-1994, por unanimidad, a propuesta de la Comisión y previa consulta al Parlamento Europeo; dichas modalidades podrá establecer excepciones cuando así lo justifiquen problemas específicos de un Estado miembro.”

As restrições de idade aparecem de forma mais marcada em relação ao sufrágio passivo. Existem diferentes requisitos de idade para os cargos eletivos (art. 14, § 3º, VI), cuja ascensão é diretamente proporcional à responsabilidade e importância política envolvida no cargo em disputa. Mais uma vez apelamos às considerações de TORRES DE MORAL, para quem

en un régimen representativo, la elegibilidad debe tender a la universalidad de los ciudadanos, como el derecho de voto. Las limitaciones, cualesquiera que sean, deben responder sólo a consideraciones prácticas, sin segundas intenciones políticas. Sin embargo, de hecho, no es inusual establecer algunas condiciones más exigentes que para el sufragio activo. (TORRES DE MORAL, 2004, p. 443).

Outras regras jurídicas estão em tensão com o sufrágio universal: as inelegibilidades. Estas condições negativas ao direito de ser votado limitam frontalmente o sufrágio universal, mas estão lastreadas em outros princípios: o da legitimidade das eleições e o da moralidade eleitoral. Destes, trataremos em outro tópico, ficando aqui anotado, por pertinência ao princípio do sufrágio universal, que as restrições ao direito de votar e de se candidatar devem ser comedidas, prevalecendo sempre a opção que garanta maiores possibilidades aos cidadãos.

O sufrágio universal gera um direito individual de votar e de se candidatar, respeitadas as normas regulamentares. E, enquanto direito de participação política, tem uma consequência relevante: o direito de exercer o cargo para o qual foi eleito, não podendo ser removido sem expressa previsão legal (legalidade) e com respeito ao *due process of law*. A perda do mandato para o qual foi eleito é medida de exceção que só pode se fazer valer quando necessária à realização de outros princípios eleitorais, em especial o da legitimidade das eleições. Quando assim colocado, não há que se falar em menoscabo do princípio do sufrágio universal.

O sufrágio universal é, pois, um princípio constitucional expreso, cujo sentido prescinde de enunciado normativo, mas que pode ser assim elaborado: o direito de participação política deve ser ampliado a todos, na medida do possível. Esta norma é de aplicação tendencial e modular, o que deixa evidente o seu caráter principiológico.

d) Aplicação jurisprudencial

Em 1952, quando sua sede ainda era no Rio de Janeiro, o Supremo Tribunal Federal já pugnava que o princípio do sufrágio universal era “dominante” e que as eleições indiretas eram “exceções”⁶⁶. Estas exceções seriam as hipóteses de eleições indiretas. Em 1965 assim se pronunciou a Suprema Corte:

Não é inconstitucional a eleição para o cargo de Vice-Governador do Estado da Guanabara, realizada pela Assembléia Legislativa. O sufrágio universal não é princípio absoluto no corpo do direito constitucional positivo. Representação julgada improcedente.⁶⁷

O Tribunal Constitucional Espanhol, ao aplicar o princípio do sufrágio universal, já deixou bastante claro este seu caráter principiológico:

(...) el precepto constitucional mencionado contiene un derecho de configuración legal, como expresa su último inciso. Por tanto, no se trata de un derecho indiscriminado, sino que su ejercicio requiere el cumplimiento de los requisitos establecidos por las leyes, las cuales, empero, han de interpretarse en los términos más favorables a la efectividad del derecho fundamental y sin restricciones innecesarias para aquel ejercicio (SSTC 24/1989 [RTC 1989,24], fundamentos jurídicos 3º y 6º, y 168/1989, fundamento jurídico 6º, entre otras). Tal exigencia de efectividad se acentúa en el caso de los cargos y funciones representativos (STC 24/1990 [RTC 1990, 24], fundamento jurídico 2º) STC 104/1991 (RTC 1991, 104), F 2. (DUQUE VILLANUEVA, 2006, pp. 147-148)

É importante salientar que na Constituição Espanhola está previsto o direito fundamental de aceder aos cargos públicos em condição de igualdade. Tal direito

⁶⁶ Recurso Extraordinário Eleitoral n° 20.246, Rel. Min. Álvaro Ribeiro da Costa, 18/07/1952.

⁶⁷ Representação n° 600, Rel. Min. Pedro Chaves.

compõe o sufrágio universal, na sua vertente passiva. E o Tribunal Constitucional espanhol já demonstrou que o alcance deste princípio não se limita à candidatura, mas também na garantia de posse aos eleitos:

El derecho de sufragio pasivo pretende asegurar el acceso a los cargos públicos representativos de aquellos candidatos que los electores, a través del ejercicio del derecho de sufragio activo, elijan como sus representantes, satisfaciéndose, por tanto, dicho derecho siempre que se mantenga la debida correlación entre la voluntad del cuerpo electoral y la proclamación de candidatos” STC 185/1999 (RTC 1999, 185). (DUQUE VILLANUEVA, 2006, p. 147)

O Tribunal Constitucional Espanhol também já se manifestou pela exigência de lei para impor restrições ao sufrágio passivo:

El derecho de acceder en condiciones de igualdad a las funciones y cargos públicos, con los requisitos que señalan las leyes, incluye la prohibición de cualquier impedimento a dicho acceso que no haya sido legalmente previsto de modo expreso. Ello significa, en lo que aquí importa, que una interpretación errónea de la legalidad que determine la imposibilidad de acceder al cargo de Diputado o Senador implicaría sin duda la lesión de aquel derecho fundamental” STC 25/1990 (RTC 1990, 25), F 6. (DUQUE VILLANUEVA, 2006, pp. 149-150)

Entre nós, merece destaque uma decisão tomada pelo Tribunal Regional do Rio Grande do Norte, que diante de irregularidades praticadas pelo chefe da Zona Eleitoral única de um determinado Município, se deparou com um pedido de suspensão das eleições. Assim ponderou o Relator, em voto acatado pela unanimidade:

Acho que seria muito açodamento por parte deste Tribunal, este é meu particular entender, se fosse determinada a suspensão da eleição a esta altura do processo, todos nós sabemos quão frágil é a democracia, principalmente na América Latina, e quando uma população inteira de um município se mobiliza para ir às urnas escolher os seus dirigentes, só diante de uma gravidade magnífica e comprovada, é que deveria ser afastada essa população do sagrado exercício do voto, em uniformidade com o que se realiza em todo o País.⁶⁸

⁶⁸ Representação nº 676/2000, Rel. Juiz Ivan Lira de Carvalho, 29/09/2000.

2. PRINCÍPIO DO VOTO DIRETO

a) *Fundamentos Filosóficos*

Conforme lição de CARRERAS e VALLÉS, as eleições devem produzir representatividade, produzir governo e produzir legitimidade (CARRERAS; VALLÉS, 1977, pp. 17-32). Para cumprir com tais finalidades, há que se convocar o povo ao processo eleitoral, pois somente com a expressão da vontade deste é que se pode produzir aqueles feitos em um regime democrático.

Está na raiz da democracia a necessidade de uma expressão do povo para legitimar as decisões políticas. O primeiro passo é a escolha dos representantes, ligado ao fim de produzir representação. Caso a relação entre o povo e seus representantes seja mediada por outra instância, corre-se o sério risco de que sejam escolhidas pessoas que não representam o povo. Em outros tempos já houve escolhas eleitorais pautadas pela *mediação*, onde o proprietário das terras votava em nome de seus camponeses. O que se buscava, nestes sistemas, era *depurar* o sufrágio:

el deseo de depurar el sufragio encomendando la designación de los representantes a personas dotadas de ciertas y determinadas condiciones que garantizaban la imparcialidad en la designación; y, en práctica, el acomodamiento de la organización del sufragio al estado social ambiente en que había electores privilegiados que por razones diversas podían ostentar la representación de los que de ellos dependían, como ocurría con los grandes terratenientes que, prácticamente, imponían su criterio a sus colonos y, por tanto, éstos designaban como compromisario de aquél. (GIMÉNEZ FERNANDEZ, 1977, p. 35)

O voto indireto era uma forma de manipular a vontade popular, que (na melhor das hipóteses) trazia subjacente a ideia de despreparo ou incapacidade de parcelas da população. Conforme lição de CARRERAS e VALLÉS, também poderia estar ligado a um fim de moderação: “normalmente el sufragio indirecto respondía a una orientación moderada que, con este método, restaba pasión – y quizás violencia – a la lucha política y, en definitiva, dejaba fácilmente la elección en manos de una elite, siempre más manipulable y, con frecuencia, menos radical” (1977, p. 89).

Não é demais dizer que este tipo de mediação sempre produziu distorções e imoralidades, que acabavam por desvalorar e descaracterizar a democracia. A representação deve surgir a partir de uma manifestação direta de vontade, para que seja legítima. A participação direta dos cidadãos é exigência para o bom funcionamento do sistema, sendo esta uma verdadeira função imposta em nome do interesse comum (GARCÍA SORIANO M. V., 2005, p. 43). Somente através da expressão direta da vontade popular é que a democracia pode produzir decisões que atendam ao interesse legítimo da comunidade e, desta forma, possa produzir responsabilização e conhecimento. É neste sentido que vemos o processo democrático como um sistema autoalimentado, que, quanto mais praticado, mais se desenvolve e mais se tonifica. Como salienta J. H. MEIRELLES TEIXEIRA: “A simples participação no governo constitui, por si só, excelente *processo educativo das massas*, que passam a interessar-se pelos negócios públicos, pelos problemas de governo e de convivência humana. E é usando a liberdade que aprendemos a dar-lhe valor, que compreendemos os seus mais altos significados” (1991, p. 468). É certo que a experiência tem um forte poder pedagógico, e isso conta para a avaliação qualitativa e a avaliação de risco que se possa fazer sobre a soberania popular, pois os medos que aparecem aqui e ali sobre as decisões populares devem dissipar-se com o tempo. Só a prática democrática conduz a sociedade a uma democracia consolidada e segura (VARGAS, 2003, p. 122).

A *mediação* do voto já não se admite, sendo certo que a escolha dos representantes deve se dar de maneira direta, que é a forma de garantir representatividade. A transmissão de confiança entre eleitor e eleito deve ser sempre imediata.

O voto direto acaba sendo também uma consequência direta da sua universalidade e da igualdade, uma vez que interferências sempre conduzem a uma restrição do sufrágio. Daí DUVERGER (1980, p. 101) dizer que o sufrágio indireto é menos democrático que o direto.

b) Fundamentos Jurídicos

O princípio do voto direto é expreso. O ‘caput’ do artigo 14 da nossa Constituição determina que a soberania popular será exercida, dentre outros, pelo voto direto.

Não obstante tal comando normativo seja aplicável a todas as eleições, o artigo 29, I da Lei Maior ainda o reforça, estipulando que a eleição do Prefeito, Vice-Prefeito e Vereadores se dará mediante “pleito direto”.

A partir desta premissa, há que se qualificar quem são os eleitores, tarefa esta levada a cabo pelo parágrafo primeiro deste mesmo artigo constitucional. Em seguida, estipula-se que o voto é obrigatório para enorme parcela da população. Esta obrigatoriedade deita suas raízes no ideal de que a participação direta do povo é uma exigência da democracia, para que esta possa render os frutos que se espera.

Existe, entretanto, uma exceção ao princípio do voto direto. Trata-se da única hipótese de eleição indireta estipulada pela Constituição de 1988, que ocorre quando há vacância do cargo executivo nos dois últimos anos do seu mandato:

Art. 81. Vagando os cargos de Presidente e Vice-Presidente da República, far-se-á eleição noventa dias depois de aberta a última vaga.

§ 1º - Ocorrendo a vacância nos últimos dois anos do período presidencial, a eleição para ambos os cargos será feita trinta dias depois da última vaga, pelo Congresso Nacional, na forma da lei.

Assim é que, ocorrendo vacância na segunda metade do mandato, o Congresso Nacional elegerá novo Presidente da República. Ainda assim, devemos frisar, este representante indireto somente irá terminar o mandato do seu sucessor, conforme disposto no parágrafo segundo do mesmo artigo 81; o que, aliás, é compatível com o seu caráter excepcional.

c) Conteúdo Jurídico

O voto direto é aquele em que o eleitor vota no nome da pessoa, no partido ou mesmo numa lista, que vai definir quem serão os representantes políticos. Trata-se de uma escolha direta do eleitor. Contrapõe-se ao voto indireto, em que se escolhe um compromissário (CARRERAS; VALLÉS, 1977, p. 89) ou um delegado (DUVERGER, 1980, p. 101) para que este lhe represente no momento da eleição definitiva.

O princípio do voto direto impede a adoção de mecanismos eleitorais como o norte-americano, em que a eleição presidencial se dá através de delegados. No Brasil, a eleição é direta: o eleitor vota no candidato ou no partido. Não existe e não se admite eleitores de segundo ou terceiro grau.

A adoção de um regime parlamentarista, em que o chefe de governo seja escolhido no parlamento, também está afastada em face da proteção constitucional que o voto direto mereceu no art. 60, § 4º da Constituição. De acordo com o que está ali estipulado, “não será objeto de deliberação proposta de emenda tendente a abolir (...) o voto direto (...)”. Esta mudança poderia ter tomado lugar no plebiscito estipulado pelo artigo 2º do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias. Tendo vencido e sendo adotado o presidencialismo, a escolha direta do chefe de governo está cristalizada, salvo novo processo de consulta popular direta.

d) Aplicação jurisprudencial

Em 1981, o Supremo Tribunal Federal rechaçou a possibilidade de ampliação das vagas legislativas no curso da legislatura, mediante a convocação dos suplentes, pois esta medida afrontaria o voto direto:

COMPETÊNCIA. TRIBUNAL REGIONAL ELEITORAL. VEREADORES (NUMERO). SUPLENTE (CONVOCAÇÃO). LEI ESTADUAL N. 4.827-79 - (INCONSTITUCIONALIDADE).

(...)

2- É inconstitucional a lei que dispõe sobre convocação de suplentes para completar vagas na mesma legislatura, posto que implica em alterar diretamente a composição política do município, com abstração do sufrágio direto e universal.

3- Representação julgada procedente, em parte.⁶⁹

Conforme o entendimento ali sufragado, não cabe alterar a composição política decidida pelo voto direto. Seria uma decorrência do princípio do voto direto a vedação ao incremento no número de vagas parlamentares no decorrer de uma legislatura. Seria esta uma regra nascida a partir do sopesamento de princípios constitucionais.

O Tribunal Superior Eleitoral também reconheceu princípio do voto direto como fundamentador de uma das nulidades estipuladas pelo Código Eleitoral, qual seja, a de votar com identidade falsa:

Agravo Regimental. Negativa de seguimento. Recurso Especial. Eleitora que votou com o título eleitoral da mãe. Votação anulável (art. 221, III, c, CE). Preclusão. Falta de prequestionamento.

- A impugnação relativa à identidade do eleitor deve ser feita no momento da votação, sob pena de preclusão.

Tema de natureza infraconstitucional. Precedente.

⁶⁹ Representação nº 1.091-1, Rel. Min. Rafael Mayer, 04/11/1981.

- O prequestionamento requer efetivo debate da matéria e emissão de juízo acerca do tema, o que não se deu no caso.
- Agravo regimental desprovido.⁷⁰

Vemos que o princípio do voto direto é a *ratio* da regra do Código Eleitoral invocada. Alegava o recorrente que a nulidade de um voto contaminava toda a urna, eis que em face do segredo destes, não seria possível anular um só. Infelizmente, o caso foi resolvido com base no sub-princípio da diligência dos atores eleitorais, pois “apesar de estarem presentes os fiscais” não houve impugnação a tempo certo. O debate seria mais interessante se houvesse o confronto do voto direto com a preservação do ato eleitoral e a legitimidade das eleições, de forma a decidir qual deveria prevalecer no caso concreto.

Foi o que aconteceu no seguinte julgado:

Eleitores impedidos de votar porque constava na folha de votação que já tinham votado - Registro de ocorrência na delegacia de polícia e apresentação de protesto e impugnação às urnas perante o juízo eleitoral - Ausência de impugnação quanto à identidade daqueles que teriam se passado pelos eleitores - Arts. 147 e 149 do Código Eleitoral - Casos isolados que não indicam fraude generalizada a determinar a nulidade dos votos das seções eleitorais.⁷¹

Concluiu aquela Corte Superior que, mesmo havendo fraude no voto de alguns, em detrimento ao voto direto, esta conduta não é suficiente para se chegar a anulação das seções eleitorais afetadas. Trata-se de uma regra de direito constitucional derivada, nos moldes que fala ALEXY (2002) e sua *Law of Competing Principles*.

⁷⁰ RESPE nº 25.556, Rel. Min. José Gerardo Grossi, 06/03/2007, DJ - Diário de justiça, Data 22/03/2007, Página 140.

⁷¹ RESPE nº 19.205, Rel. Min. Fernando Neves, 05/12/2000, DJ - Diário de Justiça, Volume 1, Data 30/03/2001, Página 231.

3. PRINCIPIO DO VOTO LIVRE (OU DA LIBERDADE DE DECISÃO DO ELEITOR)

a) *Fundamentos Filosóficos*

Para que as eleições produzam um governo legítimo, o voto dos cidadãos deve ser livre. Isto é dizer que, ainda que haja eleições democráticas, se não se garantir a liberdade de escolha do eleitor, de nada adiantará. Eleição que não expressa a livre decisão do eleitor é peça de ficção que não cabe no cenário democrático, pois subverte seus fins.

A eleição, enquanto consulta popular, existe exatamente para que as pessoas decidam quem serão seus governantes, lembrando sempre a lição de CARRERAS e VALLÉS (1977, p. 19), sobre a tripla finalidade das eleições: produzir governo, produzir representação e oferecer legitimação. Entretanto, se as pessoas não estão decidindo livremente sobre o seu voto, nenhum destes fins será alcançado.

O Estado Democrático de Direito não se coaduna com a simples e formal realização de eleição, devendo sempre o ordenamento eleitoral garantir a liberdade e a autonomia política.

Una investigación rigurosa de la configuración del Estado Democrático de Derecho lleva implícita la necesidad de un análisis detallado de la ordenación legal de las elecciones, pues no es suficiente saber que el ejercicio de la soberanía nacional se realiza primordialmente a través de las elecciones, o que la Constitución declara que uno de los principios esenciales del ordenamiento jurídico es la libertad democrática, sino que es necesario indagar si la regulación de las elecciones articula correctamente la libertad y autonomía política de los individuos sujetos a la Constitución, lo que implica averiguar no ya desde la perspectiva estrictamente sociológica, sino desde el propio ordenamiento jurídico, quienes pueden ser electores y quienes elegibles, qué condiciones de igualdad se establecen para ambos colectivos, cuales son las garantías del procedimiento electoral, cual es la libertad de decisión del elector, en que medida

el instrumento de la representación se organiza al servicio de la representatividad teniendo en cuenta los valores, creencias e intereses concurrentes que se manifiestan en las urnas y en que medida se produce la participación electoral ciudadana y se regula expresamente en nuestro ordenamiento jurídico, pues, todos estos puntos de vista son la base esencial de la democracia que, en expresión de Hans Kelsen 'es la mejor forma de gobierno'. (GONZALEZ RIVAS, 1993, pp. 13-14)

As formas de controle que afetam a liberdade de votar são variadas e antigas. Na Inglaterra dos séculos XVIII e XIX, considerava-se que o arrendatário de terras era obrigado a votar segundo os interesses do proprietário das mesmas. A maioria dos contratos durava apenas um ano e podia expirar legalmente mediante denúncia de curto prazo. Desta forma, como podia a lei distinguir entre a discricionariedade do proprietário na gestão de sua fazenda e o uso da mesma para influir nos votos? (MACKENZIE, 1962, p. 161). Esta era uma prática social que acabava determinando o voto não só dos arrendatários, mas em moldes semelhantes também afetava as outras categorias profissionais, num sistema de conformismo geral. MACKENZIE aponta três condições que podem contribuir para reestabelecer o equilíbrio em tais situações. A primeira é o *voto secreto*, que permite ao indivíduo defender-se, ainda que seja através da dissimulação. A segunda é a existência e acesso a tribunais independentes, dispostos a investigar e punir as pressões indevidas sofridas pelos cidadãos. A terceira condição é a existência de fortes partidos nacionais, que orientam e assistem aos seus simpatizantes quando estes se encontram diante de situações desfavoráveis (1962, pp. 161-162). MACKENZIE aporta, assim, três condições para o *voto livre*, que demonstram sua relação direta com outros princípios constitucionais, quais sejam: inviolabilidade do voto, inafastabilidade e independência do controle judicial e pluripartidarismo.

É certo, porém, que a liberdade de votar (ou ao votar) também está intimamente relacionada com a conquista de outras liberdades que constituem os direitos fundamentais, tal qual a liberdade de pensamento, a liberdade de expressão, a liberdade de associação e a liberdade de ir e vir. As liberdades se reforçam mutuamente para configurar uma só liberdade, que é a da pessoa humana.

Ao tratar do “futuro da democracia”, BOBBIO falava da sua caracterização pela regra da maioria e pelo sufrágio universal. E adicionava:

Pero tampoco el sufragio universal basta para dar una definición correcta y útil de democracia. Hace falta una tercera condición. Hace falta que quienes están llamados a decidir, o a elegir a quienes deberán decidir, se encuentren ante alternativas reales y estén en condiciones de poder elegir una u otra alternativa. Para que se verifique esta condición hace falta que a los llamados a decidir se les garanticen los llamados derechos de libertad, como la libertad de opinión, de reunión, de asociación, etc. Son, como todo el mundo sabe, los derechos sobre los que se fundaron los Estados liberales modernos, de la revolución americana a la revolución francesa en adelante, y que han dado origen al Estado de Derecho en sentido fuerte. (BOBBIO, 1984, pp. 12-13)

GIOVANNI SARTORI (1988, p. 117) afirma que, para termos eleições livres, há de haver opinião livre, pois “las elecciones libres con una opinión que no es libre no significan nada. Sostenemos que el pueblo debe ser soberano. Pero un soberano vacío que no tiene nada que decir, sin opiniones propias, es un mero sancionador, alguien que se limita a ratificar algo, un soberano de nada”.

As eleições servem para formatar o “governo do povo”, que para ter tal título deve ser representação da livre decisão popular. A liberdade de decisão do eleitor tem, pois, vínculo estreito e direto com a ideia de autogoverno, contida no ideal democrático. Enquanto mantivermos a ideologia da democracia, a proteção da liberdade de decisão do eleitor é elemento essencial, sem o qual esta perde sentido.

b) Fundamentos Jurídicos

Como vimos, a liberdade de decisão do eleitor é característica fundamental para a realização de eleições legítimas e para o desenvolvimento do princípio da soberania popular. Estes princípios, por sua própria natureza, exigem que o eleitor se manifeste e opine, sendo certo que esta manifestação só pode ser livre.

A uma porque a soberania popular se assenta na decisão do povo. Se fora permitida a coerção ou manipulação, a decisão popular seria uma mero veículo da

decisão de outros. Assim é que, se o sistema exige manifestação da vontade popular, ela necessariamente tem de ser livre, sob pena de descaracterização da sua autoria.

A duas porque o eleitor é uma pessoa humana e, como tal, está amparado pelos direitos fundamentais que lhe garantem a liberdade de pensamento e de expressão. Estas liberdades, expressas em nossa Constituição no artigo 5º, IV e VI, garantem aos cidadãos uma ampla liberdade para formar e expressar suas convicções, inclusive no âmbito político. Aliás, esta liberdade é essencial para a própria configuração da democracia. Para HÄBERLE (2002, p. 155) a defesa da democracia baseada na soberania amplia o conteúdo da liberdade de manifestação, pois reconhece que os manifestantes são um item necessário ao debate público:

La base jurídica de la libertad de manifestación es algo especial y podría incluso considerarse el más reciente de los derechos fundamentales de última generación. (...) Los manifestantes se articulan a sí mismos como una parcela del ámbito público, como una especie de 'preconfiguración' de la voluntad política.

Ainda segundo o constitucionalista alemão, as decisões judiciais e a doutrina que defendem uma ampliação da liberdade de manifestação partem do lema de que “democracia significa debate e discussão de problemas”.

Temos, então, que o princípio da liberdade de decisão do eleitor, ou simplesmente princípio do voto livre, está implícito em nossa Constituição, podendo ser extraído da mesma a partir da conjugação dos princípios expressos da soberania popular, da legitimidade das eleições, da liberdade de pensamento e da liberdade de expressão.

c) Conteúdo Jurídico

O princípio da liberdade de decisão do eleitor também é conhecido como *voto livre* ou *livre convencimento*. São fórmulas encontradas para garantir que os eleitores não sofrerão intervenção indevida na formação da sua decisão em relação ao voto.

Por intervenção indevida na liberdade de voto devemos compreender a coação e a corrupção que podem fazer efeito sobre o voto. A liberdade de voto é um direito fundamental do cidadão, que não pode ser obliterado por medidas que corrompam esta liberdade. Mas, sob outra perspectiva, também é um princípio constitucional que protege um interesse coletivo, qual seja, o de garantir eleições legítimas. O *voto livre*, como vimos, está intimamente ligado ao princípio da legitimidade das eleições, sem com ele se misturar. Pelo contrário, complementam-se. Garantindo a liberdade de escolha dos eleitores, estamos garantindo uma parte importante do que seria uma eleição legítima, sem no entanto esgotá-la. Só o voto livre não garante a legitimidade das eleições.

Também devemos cuidar para delimitar o campo de abrangência e o conteúdo deste princípio em relação à isonomia entre os candidatos (isonomia eleitoral passiva). Aqui cuidamos de garantir que o eleitor não sofrerá danos em sua liberdade de decisão, enquanto que lá se cuida de impedir que os poderes econômico e político afetem a igualdade entre os candidatos.

Por certo que o tema não é simples, nem estamos tratando de realidades estanques e facilmente apartadas no campo dos fatos.

Tomemos como exemplo um candidato ao governo que obtém o apoio explícito da máquina administrativa; ele está nitidamente sendo diferenciado em relação aos seus concorrentes. E, por outro lado, poderíamos dizer que a população acaba sendo influenciada de forma abusiva ou ilegal, o que poderia mascarar a liberdade voto. Mas não. Há que se separar estes dois conteúdos. A seguir o raciocínio que acabamos de apresentar como hipótese, toda quebra de isonomia entre os candidatos geraria uma quebra de liberdade do voto. Mas isso não é verdade, nem no plano dos fatos e nem no tratamento jurídico da matéria. O eleitor não pode ser visto como um hiposuficiente, pois não estamos aqui tratando de uma relação direta entre uma pessoa com mais poder e outra com menos. Estamos tratando de relações coletivas de uma sociedade

de massa onde as campanhas eleitorais consistem fortemente em uso abrangente de mídia e estratégias publicitárias, sendo que “o eleitor” é uma figura heterogênea e nem sempre tem menos poder do que “o candidato”. O eleitor não é um incapaz que precisa ser tutelado pela Justiça Eleitoral. Os incapazes, como vimos, estão excluídos do corpo eleitoral, e o paternalismo deve ser banido da prática dos órgãos eleitorais, sob pena de se incorrer em ilegitimidade das eleições. Se um candidato tem mais propaganda que o outro, ainda que esta propaganda seja ilegal, não podemos falar em lesão à liberdade de escolha do eleitor. Se há uso da máquina pública a favor de uma campanha, também não podemos falar em lesão direta à liberdade de escolha do eleitor. Nestas situações, o que ocorre é a quebra da isonomia entre os candidatos.

Uma pessoa tem sua liberdade de decisão tolhida quando é vítima de ameaça ou quando há corrupção eleitoral.

A ameaça não necessariamente implica emprego de violência, pois como bem sabemos sobre um passado não tão distante, tínhamos a figura do voto de cabresto, em que a decisão sobre o voto não estava nas mãos do eleitor, mas sim do “coronel” ou do seu patrão.

De outra parte, a corrupção eleitoral, que consiste na compra de voto, é uma outra forma de elidir a liberdade de decisão do eleitor. O oferecimento de vantagem econômica corrompe a liberdade do eleitor de uma forma bastante direta, uma vez que a pressão econômica impõe-se diretamente sobre esta decisão. E, neste sentido, em nada diferencia-se da ameaça física ou mesmo trabalhista, nos casos em que ameaça-se demitir (que não deixa de ser uma ameaça de cunho econômico). O elemento econômico tem um poder de pressão muitas vezes maior do que a própria violência física. Transforma o ato cívico em uma tratativa econômica, prejudicando sobremaneira o fim da eleição, que é produzir um governo legítimo. A criminalização da corrupção eleitoral (art. 299 do Código Eleitoral) representa um desenvolvimento legislativo deste princípio constitucional.

Temos que qualquer pressão indevida (ameaça de tirar ou promessa de dar) que se faça diretamente sobre o indivíduo afeta sua liberdade de votar. Pressões indiretas,

tais como campanhas abusivas, uso excessivo de recursos econômicos e uso da máquina pública, refletem quebra da isonomia eleitoral.

Tentamos, assim, a cotoveladas, delimitar a abrangência deste princípio, ainda que, na realidade dos fatos, a situação possa ser mais nebulosa. Entretanto, temos que, ao erigir em norma constitucional o *voto livre* e a *isonomia*, o constituinte não tratou da mesma coisa. Em uma, preserva o eleitor. Em outra, preserva o candidato.

O princípio da liberdade de decisão do eleitor implica respeito à liberdade de pensamento, de informação, de expressão, de associação e de reunião. Estas liberdades são elementos essenciais para garantir o livre convencimento do eleitor, que necessita de informações e possibilidade de construção e participação no debate público. É importante ressaltar que o acesso a informações é item relevante ao voto livre e justifica assim as garantias relativas à propaganda eleitoral e os incentivos públicos concedidos para o horário eleitoral “gratuito”, que garante espaço mínimo para todas as candidaturas, consubstanciando-se no que se convencionou chamar de direito de antena. “Solo se puede reputar como libre una elección donde se le proporciona al ciudadano el pleno conocimiento de los distintos grupos políticos. Los poderes públicos no pueden por ello limitarse a garantizar la ausencia de coacciones, sino que deben, además, realizar una actividad pública que garantice ese conocimiento” (GARCIA LLOVET, 1987, p. 159). O princípio do voto livre implica, pois, medidas que favoreçam o conhecimento do eleitor acerca das eleições e das candidaturas⁷², seja através de campanhas informativas, seja através da imposição de regras que garantam informação clara ao eleitor (e. g., normas que obrigam expor o nome do partido e da coligação na propaganda eleitoral), seja fiscalizando a propaganda eleitoral ou, ainda, garantindo o direito de antena aos candidatos.

Implica também respeito à inviolabilidade do voto, que é uma garantia direta da sua liberdade de votar, sem a qual esta fica muita ameaçada. Qualquer pressão pode

⁷² Como adverte SARTORI (SARTORI, 1988, pp. 140-141), “el estado de falta de atención, desinterés, subinformación, percepción distorsionada y, finalmente, de total ignorancia del ciudadano medio, nunca deja de sorprender al observador. Los porcentajes varían, pues dependen de la exactitud aproximada con que midamos la ‘suficiente información’. Pero en todas las democracias la imagen resultante de los análisis de votos y encuestas es invariablemente penosa respecto a la base informativa – sin mencionar el resto – de la amplia mayoría de la ciudadanía”.

resultar pífia se o opressor não conhece o voto que é inserido na urna e, por isso, MACKENZIE fala da dissimulação como uma arma do eleitor na defesa da sua liberdade. O segredo do voto é a forma mais direta e simples de proteger a liberdade do eleitor.

Implica também a existência de opções a escolher. Sem opções, a liberdade do eleitor é inócua. Portanto, um dos pilares do voto livre é o pluralismo político e seu corolário, o direito de acesso a cargos públicos. Se não for garantida a liberdade de postular candidaturas (sufrágio universal passivo), o eleitor não poderá escolher livremente, pois sua liberdade teria sido tolhida de antemão. A *escolha* implica decidir-se entre possibilidades, mas se estas não estão dispostas ou não são conhecidas, não podemos propriamente falar em *escolha*. E, menos ainda, em *liberdade*.

Implica também a existência de garantias judiciais capazes de fazer frente às pressões e tutelar sua liberdade. É um pressuposto de qualquer liberdade haver um judiciário independente e acessível.

Formamos, assim, o conteúdo jurídico da liberdade de decisão do eleitor: consiste na possibilidade de o eleitor formar sua opinião e expressá-la livremente nas urnas, sem intervenções coercitivas.

Como qualquer outra liberdade, está fortemente apoiada no amplo acesso ao judiciário e na independência judicial, mas o voto livre exige especial respeito às liberdades fundamentais de pensamento, expressão, informação, reunião e associação, bem como na garantia do voto secreto, do pluralismo político e do sufrágio universal. Estas garantias são pressupostos para o voto livre.

d) *Aplicação jurisprudencial*

O Tribunal Constitucional espanhol já demonstrou o estreito vínculo que este princípio guarda com a legitimidade das eleições e com as liberdades de expressão e informação:

(...) Los derechos de participación en los asuntos públicos (art. 23.1 CE) y de acceso a los cargos públicos (art. 23.2 CE), que en la parte de su contenido que afecta a las dos vertientes del principio de representación política forman un 'todo inescindible' (entre otras, SSTC 5/1983 [RTC 1983, 5], Fundamento jurídico 4º, y 24/1990 [RTC 1990, 24], fundamento jurídico 2º), poseen, no sólo un contenido prestacional y un función de garantía de institutos políticos, como el de la opinión pública libre, sino también un contenido de derecho de libertad, que se concreta, en lo que aquí interesa, en la posibilidad constitucionalmente protegida de ofrecer a los ciudadanos, sin interferencias o intromisiones de los poderes públicos, los análisis de la realidad social, económica o política y las propuestas para transformarla que consideren oportunas.

Los bienes jurídicos que este particular aspecto de los derechos del art. 23 CE pretende garantizar o, mejor, los valores y principios constitucionales que pretende hacer efectivos son, entre otros, la legitimidad democrática del sistema político, el pluralismo político y la formación de la opinión pública libre. Con estos derechos de trata de asegurar a las personas que participan como actores en la actividad pública, y a los partidos y grupos en los que aquéllas se integran la posibilidad de contribuir a la formación y expresión dela opinión pública libre, poniendo a disposición de los ciudadanos en general y de los electores en particular una pluralidad de opciones políticas para que puedan formar sus propias opiniones políticas para que puedan elegir libremente los programas que estimen más adecuados. Precisamente por ello, por ser éstos bienes jurídicos tutelados por esta vertiente de los derechos de participación, puede afirmarse que queda fuera del ámbito constitucionalmente protegido por estos derechos la difusión de programas o mensajes que por su contenido, debidamente contextualizado, resulten amenazantes o intimidatorios, especialmente cuando esos efectos se producen durante los procesos electorales como consecuencia de la difusión de mensajes que pretenden decantar el sentido del voto hacia las opiniones mantenidas por quienes las transmiten por temor a sufrir daños o perjuicios. En estos supuestos (...), el ejercicio de los derechos de participación política, lejos de contribuir a la formación y expresión de una opinión pública libre, se convierte en un elemento de distorsión de esa opinión y de esa participación, con lo que no puede gozar de la protección atribuida a los referidos derechos fundamentales.⁷³

A Corte Constitucional espanhola também já demonstrou a grande dimensão que dá ao princípio do voto livre, concluindo que ele exige um sistema eleitoral democrático que conduza a proclamação dos preferidos pelos eleitores:

⁷³ STC 136/1999 (RTC 1999, 136), F 14 (DUQUE VILLANUEVA, 2006, pp. 128-129).

(...) en el ámbito del artículo 23.1 de la CE, y como garantía del derecho de los ciudadanos a participar en los asuntos públicos por medio de representantes libremente elegidos, ha de comprenderse la exigencia de un sistema electoral democrático y libre, que cuente con mecanismos que aseguren el correcto desarrollo de la elección de modo que culmine con la proclamación de los preferidos por el cuerpo electoral.⁷⁴

O Supremo Tribunal Federal já atestou que o art. 41-A da Lei das Eleições, que trata da cassação do registro da candidatura ou do diploma nos casos de compra de voto, tem o objetivo de resguardar a vontade do eleitor:

EMENTA: Ação direta de inconstitucionalidade. Art. 41-A da Lei nº 9.504/97. Captação de sufrágio. 2. As sanções de cassação do registro ou do diploma previstas pelo art. 41-A da Lei nº 9.504/97 não constituem novas hipóteses de inelegibilidade. 3. A captação ilícita de sufrágio é apurada por meio de representação processada de acordo com o art. 22, incisos I a XIII, da Lei Complementar nº 64/90, que não se confunde com a ação de investigação judicial eleitoral, nem com a ação de impugnação de mandato eletivo, pois não implica a declaração de inelegibilidade, mas apenas a cassação do registro ou do diploma. 4. A representação para apurar a conduta prevista no art. 41-A da Lei nº 9.504/97 tem o objetivo de resguardar um bem jurídico específico: a vontade do eleitor. 5. Ação direta de inconstitucionalidade julgada improcedente.⁷⁵

O resguardo da vontade do eleitor é o conteúdo primordial do princípio do voto livre, que, como se vê, opera a *ratio* da norma anti-corrupção eleitoral.

4. PRINCÍPIO DA INVIOABILIDADE DO VOTO

⁷⁴ STC 21/1984 (RTC 1984, 21), F 2 (DUQUE VILLANUEVA, 2006, p. 133).

⁷⁵ Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3.592, Rel. Min. Gilmar Mendes, 26/10/2006, DJ 02-02-2007 pp. 71.

a) *Fundamentos Filosóficos*

Para que as eleições sejam legítimas, a expressão da vontade popular precisa ser autêntica. E, para preservar a autenticidade da opção eleitoral, o direito estabelece normas que visam a garantir que esta expressão seja livre e consciente. No centro deste debate está inserida a questão acerca do segredo ou publicidade do voto.

Personalidades como Montesquieu, Stuart Mill y Bismarck defendieron la publicidad del voto; y, en efecto, desde el plano meramente doctrinal, no cabe dudar de que la pública emisión del sufragio contribuye a robustecer el civismo y a fomentar el sentido de responsabilidad. Sin embargo, *a sensu contrario*, parece claro que tal criterio estimula la abstención electoral y ofrece prima codiciable al soborno, que puede operar sobre seguro. Por eso, y aunque la nota de publicidad debe acompañar a cuanto se enlaza con la idea de representación, ha prevalecido la tendencia a declarar secreto el voto, con lo cual se evitan coacciones y represalias que podrían en peligro la independencia del elector y la consiguiente sinceridad del sufragio. (PÉREZ SERRANO, 1984, p. 364)

Cabe ressaltar que nem sempre esta coação é direta ou violenta. DUVERGER aponta que, na Áustria, os dois grandes partidos políticos têm raízes muito fortes na comunidade, extrapolando sua dimensão de mera organização política. Estes partidos têm fortes ligações com empresas, sindicatos, cooperativas e associações esportivas, sociais, intelectuais e religiosas, de forma que as pessoas são induzidas a tornarem-se membros destes partidos, como uma forma de aumentarem suas chances no dia-a-dia. Entretanto, um fenômeno chama atenção: “in some districts, the number of members of a party is greater than its voters because the privacy of the voting booth allows the voters to reveal sentiments that cannot be expressed publicly” (DUVERGER, 1986, p. 73). O segredo do voto garante o voto livre destes cidadãos mesmo diante da mera pressão social, e isso é demonstrado numericamente no caso austríaco. Vemos que mesmo um sistema democrático e não violento também pode induzir os cidadãos através de outros mecanismos a se afiliarem politicamente a um grupo. E, neste caso,

só a garantia de inviolabilidade do voto é que protege a liberdade política destes cidadãos e, assim, a legitimidade das eleições.

A inviolabilidade do voto é, assim, um mecanismo de proteção da liberdade do eleitor e, consequentemente, da legitimidade das eleições.

b) Fundamentos Jurídicos

A inviolabilidade do voto consta como mandamento constitucional no ‘caput’ do artigo 14, que determina que “a soberania popular será exercida pelo (...) voto direto e *secreto* (...)”.

O dispositivo retrocitado trata da inviolabilidade do voto na seara eleitoral, isto é, como uma garantia do eleitor e uma regra mestra das eleições, voltada a garantir sua legitimidade.

Registre-se, entretanto, que a Constituição erige o voto secreto em outras situações de votação que ocorrem no âmbito do Poder Legislativo (art. 52, III, IV e XI; art. 55, § 2º) e do Poder Judiciário (art. 119, I; art. 120, I). Ao fim e ao cabo, o fundamento é sempre o mesmo, qual seja, o de proteger o procedimento da coação e do dirigismo, assegurando sua liberdade; ainda que estes comandos não estejam relacionados com o direito eleitoral.

c) Conteúdo Jurídico

O art. 21 da Declaração Universal dos Direitos do Homem, de 1948, determina que a vontade do povo deverá se expressar “mediante eleições autênticas que haverão de celebrar-se periodicamente, por sufrágio universal e igual e por voto secreto ou outro procedimento equivalente que garanta a liberdade do voto”.

Segundo Walter Costa PORTO (2000, p. 463), o voto secreto é “aquele que assegura, por sistemas apropriados o sigilo quanto ao seu conteúdo”. O princípio do voto secreto demanda atitudes bastante concretas que visam a proteger o sigilo do voto: cabinas de votação, urnas não transparentes, envelopes, etc. Medidas concretas precisam ser tomadas para evitar que outras pessoas saibam o conteúdo do voto de um eleitor, com o fim de preservar-lhe a liberdade. Longa é a história das normas sobre o sigilo do voto, remontando à designação dos Deputados às Cortes Portuguesas em 1821 e passando pela substituição da cédula individual pela cédula única. Hoje, após a adoção e o sucesso da urna eletrônica, já está em fase de implantação a urna biométrica. Não só não existe mais cédula, como o eleitor se identifica através de um cartão com chip e sua impressão digital. São técnicas para assegurar o voto direto, mas que não podem jamais achacar o segredo deste.

Para que seja secreto, o voto deve ser pessoal. Por isso, este mesmo princípio opõe óbices ao voto por correspondência ou por procuração. Outras tecnologias podem ser desenvolvidas a ponto de permitir o seguro voto em trânsito, como por exemplo o título eleitoral eletrônico e a urna biométrica, desde que o sistema assegure ao mesmo tempo a *territorialidade* e a *inviolabilidade* do voto. Ou seja, há que garantir que o voto seja pertinente ao seu município ou estado-membro, sem que seja possível extrair do sistema informações que permitam violar a opção de cada eleitor. Qualquer sistema que permita identificar o voto do eleitor é de uso proscrito pela normativa constitucional.

Evidentemente, uma vez que o voto tenha ingressado na urna (mesmo a eletrônica), não há mais que se falar em sigilo. O cômputo dos votos é medida necessária e deve se dar de forma transparente e fiscalizada pelos partidos e candidatos. Assim é que o resultado da urna não tem sigilo, mas deve-se manter o segredo quanto à opção individual de cada eleitor. Não se admitem procedimentos eleitorais em que seja possível identificar a escolha eleitoral: ela é indevassável.

Também ao eleitor é facultado declarar seu voto. A inviolabilidade é uma garantia posta pela Constituição para que o cidadão a desfrute, e não para seja um limite à sua liberdade. A liberdade de expressão do eleitor não é tolhida em hipótese nenhuma pelo princípio da inviolabilidade do voto, pois ambas devem juntas compor um cenário de realização da democracia e da liberdade, bem como instruir a legitimidade das eleições e o pluralismo político. Enfim, o que é importante consignar é que o debate político não sofre limitações pelo princípio da inviolabilidade do voto, uma vez que este deve ser estimulado e regido pela liberdade expressão.

d) Aplicação jurisprudencial

Em 1982, o Tribunal Superior Eleitoral dizia que “o sigilo do voto, entre outras providências, é assegurado mediante a adoção de cédula oficial”⁷⁶. Em 1990, o Supremo Tribunal Federal fez uma ponderação entre o sufrágio universal e o voto secreto:

Recurso Extraordinário. Decisão do TSE em recurso especial. Cidadania e sigilo do voto.

(...)

O princípio do sufrágio universal vem conjugado, no art. 14 da Constituição, à exigência do sigilo do voto: não o ofende, portanto, a decisão que entende nula a cédula assinalada de modo a poder identificar o eleitor.⁷⁷

A preocupação com a cédula era importante para dar a máxima eficácia possível, conforme as possibilidades fáticas. Há quem defenda, ainda, que a votação através das cédulas é meio mais seguro e adequado, pois garante o sigilo do voto e, ao mesmo

⁷⁶ Resolução nº 11.369, Rel. Min. Pedro Gordilho, 05/08/1982.

⁷⁷ Agravo Regimental em Agravo de Instrumento nº 133.468-1, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, 15/02/90, DJ de 09/03/90, Ementário nº 1572-2.

tempo, a segurança na apuração, uma vez que permite a recontagem a olho nu. Entretanto, felizmente já está superada esta questão, sendo a urna eletrônica uma realidade bem vinda que traz ainda mais segurança, através dos meios disponíveis hoje.

O Tribunal Superior Eleitoral já decidiu que o sigilo do voto não alcança a declaração espontânea dos eleitores. Em processo para averiguar a veracidade de pesquisa realizada por instituto especializado, por suposta prática de fraude, o Ministério Público intimou para o inquérito pessoas consultadas pela pesquisa. Elas teriam de confirmar o que disseram ao entrevistador e, assim, revelar seu voto diante da polícia e do Ministério Público. Assim se pronunciou o Tribunal Superior Eleitoral:

HABEAS CORPUS. PESQUISA ELEITORAL. PRINCIPIO DO SIGILO DO VOTO. INQUERITO POLICIAL. INTIMACAO DE PESSOAS ENTREVISTADAS PARA TOMADA DE DECLARACOES. DEVOLUCAO DE QUESTIONARIOS APREENDIDOS. 2. A decisão do TRE-PR, determinando a abertura de inquérito policial para apurar fatos relativos as pesquisas eleitorais, não constitui decisão sem causa, em face do sistema previsto nos arts. 48 e 49, da lei n. 9.100/1995, a vista da posição que adotou quanto a haver incorrido o ibope na conduta prevista no art. 49, parágrafo 1, da Lei n. 9.100/1995. 3. A garantia constitucional do voto secreto, previsto no art. 14, caput, da carta magna, não se aplica a manifestação espontânea da intenção de voto dada em pesquisa eleitoral.

Hipótese em que ao ministério publico eleitoral e assegurado o amplo acesso as fontes de informações para averiguar eventuais manipulações ou falseamentos, tendentes a influenciar o eleitorado. 4. O habeas corpus não é a via adequada para reaver formulários de pesquisa, apreendidos em inquérito policial. 5. Habeas corpus indeferido.⁷⁸

Também já decidiu esta Corte Superior que o voto secreto deve ceder diante da autonomia partidária:

RECURSO ESPECIAL. DIRETORIO MUNICIPAL. PEDIDO DE REGISTRO. DEFERIMENTO PELA CORTE REGIONAL.

Alegada violação de lei e divergência jurisprudencial, por terem sido feridas as normas legais que determinam o sigilo do voto. Inocorrência de votação individualizada e existência de voto cumulativo sem a permissão legal.

⁷⁸ Habeas Corpus nº 327, Rel. Min. Neri da Silveira, 29/10/1998, RJTSE - Revista de Jurisprudência do TSE, Volume 11, Tomo 4, Página 27.

O voto cumulativo e questão interna corporis do partido, não cabendo a justiça eleitoral se imiscuir na vida das agremiações (cf, art.17, parágrafo 1).

Inexistente a nulidade ex officio, por se tratar de matéria afeta a intimidade do partido.

Recurso não conhecido.⁷⁹

Vemos aqui a aplicação típica de normas principiológicas, que devem ser ponderadas com outros princípios, podendo ser assim restringidos em seu alcance.

5. PRINCÍPIO DA ISONOMIA ELEITORAL

a) Fundamentos Filosóficos

Segundo TORRES DE MORAL,

la igualdad de sufragio no consiste propiamente en que cada ciudadano tenga un voto, con exclusión de los votos plurales. El principio ‘un hombre, un voto’ es sencillamente la descripción del sufragio universal. La igualdad de sufragio añade la idea del valor igual de cada voto, tal como defendió, hace ya siglo y medio, J. S. Mill. (2004, pp. 84-85)

É certo que na história nem sempre foi assim, sendo que os votos tinham pesos diferentes conforme acepções ideológicas de desigualdade eleitoral. Na Nova Zelândia (até 1946) e na Noruega (até 1952), concedia-se maior valor ao voto rural. Já na União Soviética, pelo contrário, o voto urbano valia cinco vezes mais que o camponês (TORRES DE MORAL, 2004, p. 85). Outras regras poderiam surgir que estruturassem o

⁷⁹ RESPE nº 9.807, Acórdão nº 13.489, Rel. Min. Cid Flaquer Scartezini, 08/06/1993.

procedimento eleitoral de forma a desigualar o voto popular⁸⁰, por exemplo, através de eleições não simultâneas em todo o país. Todas estas regras e medidas são completamente incompatíveis com o princípio da isonomia eleitoral, que não se esgota no *one man, one vote*, mas irradia os seus efeitos sobre todo o procedimento, de forma a assegurar que o voto de cada um dos eleitores tenha o mesmo peso⁸¹.

Em relação à América Latina, VANOSSI já disse que “es bueno que nos ocupemos de materia electoral, porque no está de más reflexionar acerca de que el acto electoral es el único momento – desgraciadamente – en el cual en países como los nuestros *todos somos iguales*” (VANOSSI, 2002/2003, p. 264). A isonomia eleitoral, evidentemente, é mais uma das vertentes do abrangente princípio da isonomia. Esta vertente, a política, é relevantíssima pois a participação política tem um forte efeito multiplicador, uma vez que influencia a formação do governo. Este ímpar “instante de igualdade total” a que se referia o mestre argentino é assim descrito em face do fato de que o mais miserável e o multimilionário votam com o mesmíssimo valor quando fazem parte da mesma circunscrição. Muito embora esta isonomia na hora do voto seja bastante concreta e sensível, o fato é que, analisando o sistema eleitoral, ela não se demonstra absoluta.

Este princípio vê-se em permanente tensão com o sistema eleitoral adotado. A composição das regras de atribuição de cadeiras no Parlamento pode adotar diferentes critérios, sendo certo que nunca dará plena igualdade aos votos. E esta análise pode ser feita sob diferentes perspectivas. Vejamos a questão territorial: o Senado, que deve respeitar a questão federativa-territorial, é composto de 3 senadores de cada Estado. Neste sentido, cada território (Estado-membro) está isonomicamente representado nesta casa legislativa. Entretanto, temos que um Estado como São Paulo, que tem 28.037.734 eleitores (TSE, 2006) elegeu 1 senador com 8.986.803 votos, enquanto que no Acre o senador foi eleito com 96.860 votos. Sob esta perspectiva (individual), temos

⁸⁰ Lembremos do ocorrido no complexo sistema norte-americano, que na eleição de George W. Bush, o voto dos eleitores do Estado da Flórida fez-se valer mais do que do restante do País.

⁸¹ Decisão do Tribunal Constitucional Espanhol (STC 24/1990): “(...) la exigencia constitucional de que el sufragio sea igual para todos (arts. 68.1 y 69.2 CE) (...) no se agota en el principio cada hombre un voto, ni en las condiciones de elegibilidad, sino que se proyecta también durante el proceso electoral en la simultaneidad del mismo en todas sus fases y en particular en lo tocante a la votación” (DUQUE VILLANUEVA, 2006, p. 130).

uma quebra da isonomia eleitoral; ao passo que, sob a perspectiva federalista, temos um pleno respeito à isonomia eleitoral. Vejamos agora a questão sob o prisma do sistema *proporcional*. A Constituição determina, em seu artigo 45, que o número de Deputados Federais será definido por lei complementar *proporcionalmente à população*, mas devendo observar também que “nenhuma daquelas unidades da Federação tenha menos de oito ou mais de setenta Deputados”. Desta feita, a delimitação de piso e teto acaba por gerar outra distorção na igualdade do voto. Isto porque, se considerarmos o eleitorado carioca (10.891.293 eleitores em 2006, segundo dados do TSE) e seus representantes (46 deputados federais), chegaremos a uma relação de 1 deputado para cada 236.767 eleitores, enquanto que no Amapá esta relação é de 1 deputado para cada 45.076 eleitores (considerando os 360.614 eleitores em 2006, segundo dados do TSE, e as 8 cadeiras que tem o Estado na Câmara dos Deputados). Isto significa que o voto do carioca não tem exatamente o mesmo peso que o voto do amapaense na composição da Câmara dos Deputados, em que pese o princípio da isonomia eleitoral pregar o valor igual dos votos. De outra parte, estes limites visam a evitar super-representações ou sub-representações na Câmara dos Deputados, tentando contornar as diferenças demográficas dos Estados-membros e dando um peso maior ao princípio federativo.

É certo que a isonomia eleitoral jamais será respeitada à risca em todas as suas vertentes, pois está em permanente tensão com outros princípios (em especial, com o federativo)⁸². Estas considerações são importantes para demonstrar o caráter nitidamente principiológico desta norma: ela pode ser cumprida em diversas escalas, sendo certo que sempre devemos levar seu conteúdo ao máximo de efetividade em termos práticos e jurídicos.

A isonomia eleitoral, entretanto, não se esgota no eleitor. Ela é mais ampla, pois abrange também o candidato ou os possíveis candidatos. Para que a sociedade escolha livremente seus representantes, há que se garantir também igual trato aos cidadãos que estão dispostos a assumir os mandatos representativos. Favorecimentos

⁸² Ao comentar o sistema eleitoral espanhol, TORRES DE MORAL afirma que “así las cosas, la Constitución ha falseado su propio principio de la igualdad de sufragio, que deviene de imposible cumplimiento. Todavía habría cabido esperar que se falseara lo menos posible” (TORRES DE MORAL, 2004, p. 85).

por parte do Estado ou restrições injustificadas ao exercício do sufrágio passivo são afrontas à isonomia dos candidatos, que devem ser tratados de forma equânime pelo aparato estatal (inclusive e especialmente pela Justiça Eleitoral). Tampouco deve ser permitido que as diferenças de fato existentes entre os candidatos na seara econômica assumam proporções insustentáveis, do ponto de vista da capacidade de concorrer que deve ser franqueada aos que tem menos recursos. Isto é dizer que o Estado deve garantir um mínimo de competitividade aos candidatos, apesar das diferenças econômicas eventualmente existentes entre eles, através da distribuição de tempo no horário eleitoral, garantia de participação em debates, inelegibilidades e combate ao abuso do poder econômico. Todas estas ferramentas servem para aplacar as diferenças indesejadas na seara política, tentando manter, estabelecer ou reestabelecer uma paridade na disputa eleitoral.

b) Fundamentos Jurídicos

O princípio da isonomia está estampado no ‘caput’ do artigo 5º da Constituição Federal, e tem seu sentido complementado pelo seu inciso I:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

I - homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos desta Constituição;

Trata-se de um dos princípios fundamentais da ordem jurídica brasileira, sendo que no direito eleitoral o mesmo também encontra aplicabilidade. Não obstante, o constituinte fez notar esta aplicação específica no ‘caput’ do artigo 14, ao determinar que a “a soberania popular será exercida através (...) do voto (...) com valor igual para

todos (...). Fica aqui consignada de maneira expressa a vertente ativa da isonomia eleitoral, qual seja, a que diz respeito à igualdade entre os eleitores ou o *voto igual*.

Há também, entretanto, a exigência de igualdade entre os candidatos. Esta vertente não está expressa no texto constitucional, muito embora seja uma decorrência lógica e direta do princípio da isonomia. Além disso, há na Constituição outras regras cuja *ratio* pode ser encontrada na isonomia: as normas de inelegibilidade e de combate ao abuso do poder econômico. Estas normas visam a garantir que alguns candidatos não tenham uma situação desarrazoada de vantagem sobre os demais. Neste sentido, estamos com GONZÁLES RIVAS (1993, p. 13):

Entendemos que el fundamento de las inelegibilidades radica en evitar presiones electorales, y mantener la libertad del elector impidiendo que quien se encuentre en una situación de supremacía jurídica, económica o social pueda concurrir a elecciones rompiendo así el principio de igualdad de oportunidades.

A norma constitucional reforça este entendimento, no parágrafo nono do artigo 14:

§ 9º Lei complementar estabelecerá outros casos de inelegibilidade e os prazos de sua cessação, a fim de proteger a probidade administrativa, a moralidade para exercício de mandato considerada vida 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.

Vê-se que o constituinte erigiu a obrigação do combate ao abuso do poder econômico e do poder político ou funcional (“exercício de função, cargo ou emprego na administração direta ou indireta”), como uma forma de preservar a legitimidade das eleições. Evidentemente, esta legitimidade é ferida quando os candidatos não jogam com paridade, o que ocorre quando há abuso de uma das partes. Sempre que o candidato puder abusar do poder econômico, político ou funcional que detém, terá vantagem eleitoral indevida sobre os demais, o que não é permitido pela Constituição.

A realização de eleições com respeito à Lei Maior exige que haja a maior paridade possível entre os candidatos.

Merece menção também, por relevante, o instituto do direito de resposta. Este, enquanto direito fundamental constitucionalizado no art. 5º, V, é norma que está também vinculada à busca da isonomia entre os candidatos⁸³. Além de constitucionalizado, este direito também encontra respaldo na legislação eleitoral, com normas materiais e processuais próprias do instituto. Não está vinculado a uma isonomia no direito de candidatar-se, mas está vinculado a uma isonomia na campanha eleitoral. E, como tal, abrangida pelos desígnios da isonomia eleitoral no sufrágio passivo.

c) Conteúdo Jurídico

A isonomia eleitoral se manifesta em duas frentes: o voto igual e a igualdade de condições dos candidatos. Ou seja, tem uma vertente pertinente ao sufrágio ativo e outra pertinente ao sufrágio passivo. Estes dois aspectos conformam a “igualdade democrática dos cidadãos”⁸⁴.

O voto igual impede que haja diferenciações entre os cidadãos, situando todos no mesmo nível, sem privilégios derivados da sua posição social, econômica ou cultural (PÉREZ SERRANO, 1984, p. 365). Mas este conteúdo é bastante amplo. Em relação ao voto igual, há uma possível distinção em relação a seu aspecto subjetivo e o aspecto objetivo (GAVARA DE CARA, 2007, pp. 51-55). O aspecto subjetivo da igualdade diz respeito ao seu conteúdo numérico, de forma que valha apenas um voto por eleitor,

⁸³ “Nos países nos quais se disseminou, o direito de resposta e retificação foi criado por lei e, posteriormente, constitucionalizado a fim de afastar óbices intransponíveis decorrentes da concepção sobre a liberdade de imprensa. Esse instituto jurídico encontra-se respaldado em princípios inerentes à dignidade do homem, sendo caudatário direto da igualdade, da proporcionalidade, da liberdade de expressão e da livre manifestação do pensamento” (MENDES A. C., 1999, p. 10).

⁸⁴ Expressão cunhada por FOSSAS ESPALDER (1993, p. 98 e segs.).

sendo vedada a adoção de sistemas de voto plural ou múltiplo. Já o aspecto objetivo diz respeito ao número de representantes eleitos por cada circunscrição, que demonstra – sob outra perspectiva – o valor do voto de cada um. Trata, portanto, do quanto cada eleitor se faz representar no poder e, neste sentido, está mais vinculada a aspectos do sistema eleitoral do que a aspectos subjetivos do voto. “En principio, la proporción entre el número de votantes y el número de cargos electos debería ser idéntica en cualquier circunscripción o distrito” (GAVARA DE CARA, 2007, pp. 52-53).

Esta norma sofre restrições decorrentes do princípio federativo, no que diz respeito à organização do sistema eleitoral. Como vimos, nem sempre o voto dos eleitores tem o mesmo valor nas urnas. Entretanto, dentro da cada circunscrição eleitoral, esta isonomia do voto é absoluta. E com este objetivo colabora a inviolabilidade do voto: uma vez dentro da urna e sem possibilidade de identificação, não há como atribuir valor diferente aos votos. Entretanto, sua maior relevância está em assegurar que todos votam igual, ou seja, nas mesmas eleições e na mesma data. Ninguém pode votar mais de uma vez e nem votar de forma “representativa” por outros, como já ocorreu na história. Cada um dedica um voto secreto a cada eleição e assim fica assegurada a isonomia do eleitor.

No que diz respeito à isonomia dos candidatos, a norma em questão assume uma complexidade ainda maior. Exige, de plano, neutralidade estatal: tratamento igualitário para todos os candidatos por parte de todos os órgãos estatais. Exige, também, combate ao abuso do poder econômico, político ou funcional, uma vez que estas armas devem ter o seu poder de fogo reduzido no embate eleitoral, como forma de garantir mais ampla participação política e legitimidade. A deixar correr solto o uso do dinheiro e do poder político, estar-se-á sufocando as demais candidaturas e, com isso, deslegitimando o processo eleitoral, por permitir uma desigualdade não desejada entre os candidatos. O direito eleitoral cuida para que os poderes econômico e político não representem um peso extraordinário a favor de candidatos nas eleições.

As restrições à vertente passiva deste princípio não são poucas. Uma primeira de cunho fático: candidatos com mais recursos têm vantagem na campanha eleitoral. Este dado de realidade não é possível de ser revogado pelo princípio constitucional em

tela. A campanha eleitoral na sociedade de massas exige gastos e, mais do que isso, as campanhas que são dotadas de maior estrutura podem obter maior aproveitamento dos recursos empregados (como é o caso da adoção do *marketing* eleitoral e da produção peças publicitárias de maior impacto). Tomemos um exemplo: o horário eleitoral gratuito na televisão. Enquanto alguns candidatos têm uma modesta produção televisiva, outros podem produzir grandes peças atraentes e convincentes para a população, ainda que a Justiça Eleitoral tenha repartido o tempo com justeza.

Aliás, neste aspecto, surge outra questão relevante para a isonomia dos candidatos. A todos deve ser garantido o tempo no horário eleitoral gratuito, muito embora não se possa dizer que todos devem ter atribuídos a si o *mesmo* tempo de televisão ou rádio. As candidaturas mais expressivas podem ter atribuídas a si maior exposição e o critério adotado pelo legislador foi o da representatividade atual na Câmara dos Deputados (Lei das Eleições, artigo 47, § 2º). Com este critério, os partidos que obtiveram votação mais expressiva na última eleição para a Câmara conquistam maior espaço na mídia gratuita e, assim, tendem a perpetuar sua situação. Se, por um lado, podemos ver um sistema que tende a manter o *status quo*, por outro, vemos um critério bastante razoável (representatividade) para informar a divisão do tempo. Num regime pluralista, pluripartidário e de sufrágio universal não se admite a adoção de uma isonomia formal absoluta. A divisão equânime do tempo levaria a uma absurda situação em que candidaturas que contassem com amplo apoio popular e precisassem apresentar sua proposta aos cidadãos tivessem seu tempo extremamente limitado pelo suposto direito igual de outras candidaturas que tentassem entrar no cenário nacional. O tempo destinado ao horário eleitoral gratuito é limitado e deve possibilitar o conhecimento das candidaturas. Sua pulverização em várias parcelas iguais é um tiro no pé da cidadania, pois a informação relevante não chegará aos espectadores. Assim é que, pelo critério da representatividade nacional dos partidos, constituiu-se um critério em que o povo escolhe quem tem mais tempo no rádio e na televisão, conformando um critério democrático de divisão do tempo sem que seja aniquilada a isonomia entre os candidatos. Esta é preservada através do critério objetivo adotado e dos tempos mínimos assegurados.

Outro aspecto relevante diz respeito à pauta da mídia. O embate que se coloca nesta seara está entre a liberdade de expressão e de imprensa e a isonomia dos candidatos. Não é preciso ser um cientista político para afirmar que o apoio das redes de televisão ao um candidato é um fator de desequilíbrio brutal em uma disputa eleitoral. Muito embora a liberdade de imprensa aponte no sentido da possibilidade de manifestar um ideal político, não podemos deixar de apontar os limites sofridos por esta em respeito a outros princípios constitucionais que permanecem igualmente válidos. Vejamos o que diz a Constituição acerca da comunicação social:

Art. 220. A manifestação do pensamento, a criação, a expressão e a informação, sob qualquer forma, processo ou veículo não sofrerão qualquer restrição, observado o disposto nesta Constituição.

§ 1º - Nenhuma lei conterá dispositivo que possa constituir embaraço à plena liberdade de informação jornalística em qualquer veículo de comunicação social, observado o disposto no art. 5º, IV, V, X, XIII e XIV.

§ 2º - É vedada toda e qualquer censura de natureza política, ideológica e artística.

Os dispositivos acima citados apontam para uma ampla liberdade de condução nas empresas de comunicação social, que não podem sofrer limitações por expressarem posicionamentos políticos. Entretanto, sabemos que sua atuação a favor ou contra alguma candidatura coloca um forte peso nas eleições, que põe em questão a isonomia entre os candidatos. Mas não é só. Existem outras normas constitucionais a respeito do tema:

Art. 21. Compete à União:

XII - explorar, diretamente ou mediante autorização, concessão ou permissão:

a) os serviços de radiodifusão sonora, e de sons e imagens;

Art. 223. Compete ao Poder Executivo outorgar e renovar concessão, permissão e autorização para o serviço de radiodifusão sonora e de sons e imagens, observado o princípio da complementaridade dos sistemas privado, público e estatal.

Estes dispositivos apontam para a propriedade pública dos sinais de rádio e televisão e para o modelo de concessão às empresas privadas, de forma que uma empresa que obtém a concessão de sinal de televisão ou rádio está diretamente vinculada ao governo e ao congresso, através do seu contrato. Esta natureza pública do serviço é mais uma questão que impede que estas empresas possam posicionar-se a favor ou contra qualquer candidato.

Além de serem veículos de fortíssimo impacto na opinião pública, pois são veículos de mídia de massa, as empresas de rádio e televisão utilizam um sinal público e dependem de contrato público para veicular seu sinal, de forma que poderiam estar condicionadas pela força política de plantão. Este possível instrumento de manipulação é inadmissível, em face da neutralidade estatal exigida pelo princípio da isonomia eleitoral, que se estende às concessionárias e permissionárias de serviço público.

É exatamente neste ponto que reside a diferença de tratamento dado às empresas de mídia impressa em relação àquelas de mídia televisiva ou radialista. Vejamos o disposto no § 6º do mesmo artigo 220 da Constituição:

§ 6º - A publicação de veículo impresso de comunicação independe de licença de autoridade.

Assim é que a mídia impressa diferencia-se das demais por não depender de autorização pública para funcionamento, estando por isso mesmo no gozo de maior liberdade. Outro aspecto diretamente ligado a estes fatos e normas deve ser mencionado: os sinais de rádio e televisão são limitados; a mídia impressa, não. Não há limite para quantos jornais ou revistas podem circular, sendo esta uma decisão concernente à autonomia privada das empresas. Um sem-número de veículos estão disponíveis, e podem ser criados outros, de forma que não há uma concentração necessária neste meio de comunicação, reinando uma pluralidade maior que nos demais âmbitos.

Em face disto tudo, há uma distinção de tratamento, no que tange ao direito eleitoral, em relação às empresas de mídia impressa e de radiodifusão. Revela-se

consentâneo com o princípio da isonomia eleitoral que as empresas de rádio e televisão não podem manifestar posicionamento favorável a candidatos ou partidos e também que não possam sequer veicular propaganda política fora do horário eleitoral gratuito (Lei das Eleições, artigo 44). Assim como também se revela consentâneo com a isonomia eleitoral que estas restrições não vigorem em relação à mídia impressa, pois aqui há um peso maior da liberdade de expressão e de imprensa, por não haver vínculo com o Estado. As empresas de mídia impressa não estão impedidas de veicular opinião favorável ou desfavorável a candidatos, pois gozam de uma liberdade constitucional maior que as empresas que veiculam sinal público-estatal.

Isto não significa, entretanto, que gozem de uma liberdade plena e absoluta. São órgãos de amplo poder econômico e penetração na opinião pública, cujo peso não pode balançar desmesuradamente uma eleição. A liberdade de imprensa e de opinião aqui não permite que estes órgãos de imprensa se transformem em verdadeiros veículos de propaganda eleitoral, pois esta postura afetaria gravemente a paridade entre os candidatos. Há liberdade de posicionamento, mas isto não pode ser confundido com uma ampla liberdade de uso dos veículos de comunicação como instrumentos de propaganda eleitoral. Segundo GARCIA LLOVET,

la interdicción de la discriminación tiene como objeto inmediato el acceso a los medios de comunicación de titularidad pública, pero puede fundamentar también una adecuada disciplina de la propaganda electoral en medios de comunicación privada. El libre juego del mercado y la concentración de los medios de comunicación puede alterar sustancialmente su neutralidad en los procesos electorales. (1987, p. 160)

Diante do balanceamento da liberdade de imprensa e de opinião com a isonomia eleitoral, revelam-se adequadas as limitações contidas na legislação, referentes às limitações de tamanho de propaganda (Lei das Eleições, artigo 43).

O mesmo entendimento deve prevalecer em relação à internet, uma vez que se trata de ambiente livre. Aliás, em face do baixo custo que apresenta e do fácil acesso, é um sinal muito mais livre do que a mídia impressa. Por estes motivos, a liberdade de

propaganda e de opinião política na internet sofre restrições ainda menores do princípio da isonomia eleitoral, quando a comparamos com a mídia impressa.

Por fim, temos de abordar o aspecto do comportamento do governo durante as eleições. Tendo em vista que este é conduzido por políticos vinculados a partidos e que estes, por sua vez, patrocina candidaturas, há que cuidar para que o governo não seja um instrumento de desequilíbrio eleitoral. Restrições a contratações de servidores, inaugurações de obras e publicidade institucional durante o período eleitoral são medidas exigidas pelo princípio da isonomia eleitoral, pois previnem que o candidato apoiado pelo governo seja beneficiado e a campanha desbalanceada em detrimento dos demais candidatos.

d) Aplicação jurisprudencial

Conforme o Acórdão relatado pelo Ministro Carlos Ayres Brito, no âmbito do RESPE 28066, “a multa que prevê o artigo 37 da Lei de Eleições tem por objetivo punir quem se contrapõe ao postulado da paridade de armas na disputa eleitoral, resguardando o referido processo democrático das nefastas influências do poder econômico”.

O Tribunal Superior Eleitoral também tem reconhecido a isonomia eleitoral passiva, sob a denominação de “princípio de paridade de armas”, como se vê:

RECURSO CONTRA EXPEDIÇÃO DE DIPLOMA. ELEIÇÕES 2006. GOVERNADOR DE ESTADO. AMPLA DILAÇÃO PROBATÓRIA. PROVA TESTEMUNHAL. POSSIBILIDADE.

1. A produção de todos os meios lícitos de provas traduz verdadeira homenagem à autenticidade do regime representativo, traduzido na ideia de: a) prevalência da autonomia de vontade do eleitor soberano; b) normalidade e legitimidade do pleito eleitoral contra qualquer forma de abuso de poder, seja ele econômico,

político ou de autoridade; c) observância do **princípio isonômico ou de paridade de armas na disputa eleitoral**.

2. A Legislação infraconstitucional-eleitoral dispõe que na apuração de suposto "uso indevido, desvio ou abuso de poder econômico ou poder de autoridade, ou utilização indevida de veículos ou meios de comunicação social, **em benefício de candidato ou partido**" (art 22 da LC 64/90), o julgador poderá determinar todas as diligências que julgar necessárias para o seu livre convencimento (incisos VI, VII e VIII do art. 22 da LC nº 64/90). E o "Tribunal formará sua convicção pela livre apreciação dos fatos públicos e notórios, dos indícios e presunções e prova produzida, atentando para circunstâncias ou fatos, ainda que não indicados ou alegados pelas partes, mas que preservem o interesse público de lisura eleitoral" (art. 23 da Lei Complementar nº 64/90). Sem falar que o Tribunal Superior Eleitoral detém competência para "tomar quaisquer providências que julgar convenientes à execução da legislação eleitoral" (inciso XVIII do art. 23 do Código Eleitoral), sobretudo quando formalmente provocado a se pronunciar a salvaguardar a vontade do eleitor soberano, que exerce tal soberania pelo voto direto e secreto (caput do art. 14 da Constituição Federal). (...)⁸⁵

Trata-se de um Acórdão rico em princípios, como sói ocorrer com aqueles lavrados pelo Ministro Carlos Ayres Brito. Vemos que neste mesmo julgado há menção à liberdade de decisão do eleitor (ou autonomia de vontade do eleitor), à legitimidade do pleito e à isonomia dos candidatos (ou paridade de armas).

A liberdade de decisão do eleitor é também entrelaçada com a isonomia dos candidatos em outros julgados do Tribunal Superior Eleitoral, como se vê:

(...)

8. A liberdade de escolha do eleitor é de ser respeitada, quer em momentos de normalidade do processo eleitoral, quer, principalmente, em situações de sérios desequilíbrios na igualdade entre os contendores. A conduta vedada na alínea b do inciso VI do art. 73 da Lei nº 9.504/97, perpetrada por meio de órgão de comunicação de massa - emissora de televisão -, acarreta sério desequilíbrio aos opositores. (...)⁸⁶

No que diz respeito à tutela que o princípio irradia sobre a mídia, o Tribunal Superior Eleitoral tem afirmado que a mídia impressa tem liberdade de se posicionar favoravelmente a um candidato, muito embora sejam puníveis os abusos:

⁸⁵ RCED 671, Rel. Min. Carlos Ayres Brito

⁸⁶ RESPE 25745, Rel. Min. Carlos Ayres Brito.

RECURSO ORDINÁRIO. ELEIÇÃO 2002. AÇÃO DE INVESTIGAÇÃO JUDICIAL ELEITORAL. ABUSO DO PODER ECONÔMICO E USO INDEVIDO DOS MEIOS DE COMUNICAÇÃO. POTENCIALIDADE. NÃO-CARACTERIZAÇÃO. NEGADO PROVIMENTO.

I - Segundo a jurisprudência desta Corte, alterada desde o julgamento do REspe nº 19.571/AC, rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJ de 16.8.2002, na ação de investigação judicial eleitoral, deixou de se exigir que fosse demonstrado o nexo de causalidade entre o abuso praticado e o resultado do pleito, bastando para a procedência da ação a "indispensável demonstração - posto que indiciária - da provável influência do ilícito no resultado eleitoral (...)".

II - O TSE admite que os jornais e os demais meios impressos de comunicação possam assumir posição em relação à determinada candidatura, sendo punível, nos termos do art. 22 da LC nº 64/90, os excessos praticados. Precedente.⁸⁷

No julgado acima exposto, vemos que o comando *prima facie* da isonomia não encerra uma proibição definitiva, mas tão somente exige razoabilidade (não abuso). Analisando os julgados do TSE, vemos que não é possível aplicar o princípio sem realizar um balanceamento do mesmo com a liberdade de expressão e com a liberdade de imprensa.

Esta necessidade de balanceamento também aparece nos julgados do Tribunal Constitucional alemão. Ali, pronunciava-se pela identidade entre a isonomia geral e a eleitoral, como se esta fosse uma extensão daquela. Entretanto, superou esta doutrina em outros julgados, diante da consideração que este princípio deve ter em relação aos demais princípios eleitorais, e na obrigação de ser aplicado em harmonia com as demais normas reguladoras do sistema eleitoral⁸⁸. Estas normas estão a indicar que nem sempre os votos podem ter exatamente o mesmo valor e que isso não vulnera a isonomia eleitoral, devendo sempre levar em conta o sistema eleitoral adotado. Vejamos os comentários de GAVARA DE CARA e de VALLÉS a respeito desta jurisprudência constitucional alemã:

esta diferenciación entre el principio de igualdad general y el principio de igualdad electoral no implica que el primero responda a una igualdad relativa y el

⁸⁷ RO 758, Rel. Min. Peçanha Martins.

⁸⁸ BVerfGE 1, 208 (246), comentado por GAVARA DE CARA e VALLÉS (2007, p. 32).

segundo a una igualdad absoluta, ya que la igualdad jurídica siempre es relativa. En cualquier caso, se debe tener en cuenta que la exigencia del igual valor representativo del sufragio cumple una distinta función en un sistema electoral mayoritario o en un sistema proporcional⁸⁹. En este sentido, el principio de igualdad electoral puede significar igualdad de valor representativo del sufragio con todo su significado y consecuencias en un sistema electoral mayoritario puro como el norteamericano, ya que la igualdad de voto debe realizarse teniendo en cuenta a todos los electores de un distrito electoral y a su representación (...) En definitiva, el principio de igualdad electoral en un sistema proporcional no se relaciona tanto con el valor representativo del voto, sino con el desarrollo y contenido del procedimiento electoral y la consecución y el ejercicio del mandato representativo⁹⁰. En consecuencia, el principio tiene mayor importancia para el derecho de sufragio pasivo⁹¹, el procedimiento de preparación electoral, incluida la campaña y publicidad electoral⁹², la presentación de candidaturas⁹³, así como la valoración de los votos emitidos y su transformación en mandatos sobre la base de votos válidos⁹⁴. (GAVARA DE CARA; VALLÉS VIVES, 2007, pp. 33-35)

Vemos claramente que o manejo da norma em epígrafe demonstra cabalmente seu caráter principiológico, pois sua aplicação exige o balanceamento com os demais princípios e o mesmo pode ser aplicado em distintos graus de exigência.

Seu conteúdo aberto também pode ser claramente detectado na jurisprudência do Tribunal Constitucional espanhol, que assim descreveu o conteúdo do princípio da igualdade eleitoral, ao julgar a constitucionalidade da cláusula de barreira:

el principio democrático de la igualdad se encuentra abierto a las fórmulas electorales más diversas, y ello porque se trata de una igualdad ante la Ley, o como el mismo artículo 23.2 de la Constitución establece, de una igualdad referida a las 'condiciones' legales en que el conjunto de un proceso electoral se desarrolla, por lo que la igualdad, por lo tanto, no prefigura un sistema electoral y excluye otros, sino que ha de verificarse dentro del sistema electoral que sea libremente determinado por el legislador, impidiendo las diferencias discriminatorias, pero a partir de las reglas de tal sistema, y no por referencia a cualquier otro. (...)

Lo significativo, ..., es que la regla legal se aplica a todas las candidaturas por igual, sin que conste la exigencia de obstáculos para que todas ellas concurren a unas mismas elecciones, y en unos mismos distritos o circunscripciones en las mismas condiciones legales y sin que conste, tampoco, la existencia de

⁸⁹ BVerfGE 95, 335 (353-354).

⁹⁰ BVerfGE 38, 326 (338).

⁹¹ BVerfGE 41, 399 (413).

⁹² BVerfGE 52, 63 (88 e segs.).

⁹³ BVerfGE 7, 63 (71).

⁹⁴ BVerfGE 93, 373 (377).

diferencias injustificadas o irrazonables en la aplicación de esa concreta regla, que es por su intrínseca naturaleza enteramente justificada y fundada...⁹⁵

C. PRINCÍPIOS DO SISTEMA ELEITORAL

A evolução da democracia, desde a Grécia Antiga, e o advento da sociedade de massas trouxeram no seu bojo a realidade da democracia representativa. Isto é, nos tempos modernos, já não se pode mais por em prática a democracia direta, sendo necessário criar mecanismos de *representatividade*. Esta implica estabelecer uma relação entre o cidadão e o governo, de forma que a composição deste último espelhe a vontade do primeiro. Esta representação é política e de direito público, diferindo em muito do mandato privado constituído através de procurações. Esta distinção é muito bem exposta por Antonio Carlos MENDES (1994, p. 40):

entre a representação de direito público e a representação de direito privado existe uma diferença de qualidade ou valor jurídico. O mandato enquanto instituto de direito privado, corolário da representação privada, está voltado para *interesses egoísticos* das relações negociais. O mandato moldado pelo direito público, instituto próprio da representação política, contém dignidade e autoridade encartadas no âmbito da 'res pública', em que o sentido 'publicista' do instituto aponta o nexo indissolúvel com a função pública ou o exercício do poder político.

Nestes termos, as eleições aparecem como o mecanismo através do qual se integra a vontade popular no aparelho estatal (SÁNCHEZ NAVARRO, 1998, p. 16). Para tal, há que se estruturar um mecanismo de conversão da expressão da vontade popular em governo, ou seja, há de haver regras que estipulam como os votos são convertidos em representantes. A este mecanismo damos o nome de *sistema eleitoral*.

⁹⁵ STC 75/1985, de 21 de junho, FJ 4º., citado por ÁLVAREZ CONDE e GARCÍA COUSO (2001, p. 185).

Muito embora a democracia seja hoje uma teoria/realidade quase universal, fato é que os sistemas eleitorais variam de lugar para lugar. Em outras palavras, mesmo que a adoção das eleições seja um denominador comum entre as nações (salvo algumas exceções), o fato é que os sistemas eleitorais não são homogêneos. Segundo SÁNCHEZ NAVARRO (1998, p. 18), a variação destes, em geral, está ligada a como respondem a duas questões: em primeiro lugar, como se formula a pergunta aos cidadãos-eleitores (modalidade do voto: uninominal ou em lista; lista aberta ou fechada, etc.); em segundo, como deve ser interpretada a resposta destes.

Para resolver este último aspecto, as sociedades políticas configuraram duas vertentes: a majoritária e a proporcional. A primeira destina-se a atribuir o(s) mandato(s) em disputa ao(s) candidato(s) mais votado(s) na circunscrição. A segunda busca não só atribuir mandatos aos mais votados, mas também aos menos votados, garantindo assim uma composição mandatária *proporcional* aos votos atribuídos a cada uma das forças políticas presentes na disputa eleitoral. Daí, temos de definir a *fórmula eleitoral*, que consiste no elemento matemático a ser adotado, que também admite algumas variações.

A definição do sistema eleitoral cumpre um papel importantíssimo no direito eleitoral. Não só porque trata de uma questão muito relevante para as eleições, mas porque sua aplicação conduz a situações relevantes que podem ou não estar de acordo com os valores e demais princípios constitucionais.

Dizemos que o sistema eleitoral é muito relevante para as eleições pois trata-se do mecanismo escolhido ou estruturado para definir como devem ser convertidos os votos em mandatos. É evidente que esta questão é central às eleições e ao direito eleitoral.

De outra parte, dizemos que a aplicação do sistema conduz a situações que devem ser avaliadas sob o prisma dos princípios constitucionais. Isto porque um sistema eleitoral que sufoque o pluralismo político ou que não contemple a isonomia eleitoral não pode ser admitido. Por isso, a preocupação com as tendências demonstradas pelos sistemas eleitorais não é somente um *output* político, sendo na verdade algo de suma relevância para a análise jurídica das regras que os suportam.

Os sistemas eleitorais devem ser desenhados de forma a produzirem resultados que correspondam às opções axiológicas do constituinte.

Analisando os sistemas eleitorais conhecidos em 1945, DUVERGER (1980, p. 118) formulou o que chamou de “três leis sociológicas fundamentais”, que ressaltam as tendências dos sistemas políticos:

- 1º. O escrutínio majoritário de um turno tende ao bipartidarismo;
- 2º. A representação proporcional tende a um sistema de partidos múltiplos e independentes entre si;
- 3º. O escrutínio majoritário de dois turnos tende a um multipartidarismo temperado por alianças.

De acordo com DUVERGER, a brutalidade do escrutínio majoritário de um turno obriga as tendências afins a se agruparem, sob pena de serem extintas. A tendência de polarização gerada em sistemas de turno único vai em sentido diretamente contrário ao pluralismo político e, em especial, ao pluralismo partidário⁹⁶.

1. PRINCÍPIO DA REPRESENTAÇÃO PROPORCIONAL

a) Fundamentos Filosóficos

⁹⁶ “En un sistema mayoritario a dos vueltas, los partidos son muchos porque la existencia de una segunda vuelta permite a cada uno probar su suerte en la primera sin que el desmenuzamiento de las tendencias próximas provoque su derrota. El reagrupamiento se efectúa en la segunda vuelta. (...) La segunda vuelta es el escrutinio de las alianzas, como lo demuestran la III y la V República francesas y el Imperio alemán, los dos grandes países que han practicado este sistema” (DUVERGER, 1980, p. 120).

Podemos dizer que os sistemas eleitorais são compostos por quatro elementos: voto, circunscrição, vagas (mandatos em disputa) e fórmula eleitoral. É da conjugação e relação entres estes *elementos* que surge a configuração do que chamamos de *sistema* eleitoral.

Como vimos, estas configurações podem formar um sistema majoritário ou um sistema proporcional. Enquanto os sistemas majoritários buscam escolher o mais votado, os sistemas proporcionais buscam espelhar o pluralismo existente na sociedade, garantindo a representatividade das minorias. “Los intereses prioritarios perseguidos por los dos sistemas electorales – mayoritario y proporcional – en estado puro son, pues, distintos: la gobernabilidad y la participación de las minorías” (ALVAREZ CONDE; GARCÍA COUSO, 2001, p. 183).

Muito embora haja variação na fórmula eleitoral, os sistemas proporcionais têm um traço comum: o resultado eleitoral de cada circunscrição outorga mandatos tanto aos candidatos majoritários como aos candidatos minoritários. Vemos então que o fundamento do sistema proporcional está radicado no pluralismo político, pois sua função é garantir que o órgão representativo espelhe na maior medida possível as tendências políticas existentes na sociedade.

b) Fundamentos Jurídicos

O princípio da representação proporcional está estampado em nossa Constituição no artigo 45, a seguir transcrito:

Art. 45. A Câmara dos Deputados compõe-se de representantes do povo, eleitos, pelo sistema proporcional, em cada Estado, em cada Território e no Distrito Federal.

§ 1º - O número total de Deputados, bem como a representação por Estado e pelo Distrito Federal, será estabelecido por lei complementar, proporcionalmente

à população, procedendo-se aos ajustes necessários, no ano anterior às eleições, para que nenhuma daquelas unidades da Federação tenha menos de oito ou mais de setenta Deputados.

§ 2º - Cada Território elegerá quatro Deputados.

Vê-se que é um princípio de aplicação delimitada à Câmara dos Deputados, não correspondendo a nenhuma normativa incidente sobre as eleições para o Poder Executivo ou para o Senado Federal. É certo, também, que este princípio tem sua aplicação estendida às Assembleias Legislativas, por força do disposto nos seguintes dispositivos constitucionais:

Art. 27. O número de Deputados à Assembleia Legislativa corresponderá ao triplo da representação do Estado na Câmara dos Deputados e, atingido o número de trinta e seis, será acrescido de tantos quantos forem os Deputados Federais acima de doze.

§ 1º - Será de quatro anos o mandato dos Deputados Estaduais, aplicando-se-lhes as regras desta Constituição sobre sistema eleitoral, inviolabilidade, imunidades, remuneração, perda de mandato, licença, impedimentos e incorporação às Forças Armadas.

Muito embora seja fácil perceber que a redação não prima pela clareza, o sistema eleitoral a que alude é, sem dúvida, o definido para seu órgão análogo no âmbito federal, qual seja a Câmara dos Deputados. Não cabe aos Estados adotar sistema eleitoral diverso do estipulado no artigo 45 da Constituição Federal, sendo-lhe impositivo o sistema proporcional.

Tal comando é estendido à Câmara Legislativa do Distrito Federal pelo artigo 32, § 3º. No que diz respeito aos Municípios, o constituinte preferiu dedicar-se mais às normas pertinentes à remuneração dos vereadores do que propriamente ao sistema eleitoral. Entretanto, há que se reconhecer que a Constituição não deixa brecha para adoção de outro sistema que não o proporcional para as Câmaras Municipais, em face do princípio da simetria ou paralelismo, que obriga os Municípios a adotarem em suas leis orgânicas os princípios da Constituição Federal (art. 29, 'caput').

Vemos, assim, que a proporcionalidade é um princípio que se impõe em relação a todos os órgãos legislativos, com uma única exceção: o Senado Federal. Isto se dá por uma razão muito simples: conforme estipulado pelo artigo 46 da Constituição da República, o Senado é composto de representantes dos Estados e do Distrito Federal. Cada um destes membros sub-nacionais deverá escolher três senadores, em eleições alternadas de 1 e de 2 vagas. Este número reduzido de mandatos em disputa não permite a adoção de um sistema proporcional, sendo somente viável o majoritário.

Por fim, temos que o princípio da representação proporcional tem o âmbito de abrangência restrito aos órgãos legislativos das três esferas federativas, com exceção do Senado Federal, que é composto por representantes dos Estados eleitos pelo sistema majoritário.

c) Conteúdo Jurídico

Os sistemas eleitorais são majoritários ou proporcionais, representando diferentes técnicas de leitura dos votos para fins de atribuição de mandatos. Entretanto, ambos os sistemas permitem variações internas. Segundo DIETER NOHLEN,

el resultado de la orientación de la sistemática electoral con respecto a la legislación electoral es el hecho de que el legislador ha de pronunciarse por una determinada idea de la representación. En el marco de esta decisión fundamental tiene el legislador un amplio campo de maniobra para establecer un sistema electoral que sea adecuado a las condiciones peculiares de un país, y ello tanto en lo relativo a los elementos aislados, constitutivos del sistema electoral, como en lo que afecta al grado de consecución de un verdadero principio de representación. Dentro de la elección proporcional, como principio de representación, tan posibles son los sistemas que únicamente alcanzan una proporción aproximada entre votos e escaños. (1981, p. 102)

Não está prefigurada pelo princípio da representação proporcional uma fórmula específica, ou mesmo uma graduação, devendo o legislador pautar-se pela

razoabilidade no momento de definir a técnica de atribuição de mandatos. É a razoabilidade que vai permitir inferir se a regra adotada configura ou desfigura a proporcionalidade representativa do sistema eleitoral. Como advertem ALVAREZ CONDE e GARCÍA COUSO, “si bien es cierto, como ya hemos expuesto, que el sistema proporcional puede presentarse con diferentes modulaciones o variantes, no lo es menos el que el exceso puede provocar el falseamiento del sistema que denominado como proporcional, en realidad por su contenido y consecuencias no se comporta como tal” (2001, p. 189). Dentro deste contexto, não estão de antemão proscritas cláusulas de barreira, nem predeterminadas regras relativas às sobras de votos, sendo certo, entretanto, que estas devem ser desenhadas de forma razoável e justificadas diante dos fatos e do direito como não exterminadoras das minorias políticas e, portanto, da proporcionalidade representativa e do pluralismo político.

A margem de discricionariedade do legislador na configuração do sistema eleitoral está adstrita à obrigação de garantir representatividade proporcional aos votos obtidos pelos grupos políticos ou candidatos. O princípio da representação proporcional exige que sejam atribuídos mandatos às forças políticas majoritárias e minoritárias, constituindo assim uma representação estatal que espelhe o pluralismo político da sociedade. Estão, assim, proscritas normas ou técnicas que sufoquem a expressão político-representativa das minorias nas câmaras legislativas, tal como ocorre no sistema majoritário.

Segundo NOHLEN, sistemas de eleição proporcional são

aquellos sistemas electorales que tratan de reproducir la imagen más fiel posible del electorado desde el punto de vista de los partidos políticos. Por ello, tiene escasa importancia la configuración técnica del sistema electoral a los efectos de la determinación conceptual de la ‘elección proporcional’. Lo decisivo es, más bien, la proporcionalidad aproximada entre votos y escaños que pueda conseguirse. (1981, p. 363)

O princípio da proporcionalidade representativa é um comando dirigido ao legislador eleitoral, que exige a configuração de um sistema plural em que os partidos políticos obtenham uma representação parlamentar proporcional ao número do votos

que receberam. Mas esta determinação está aberta a diferentes configurações. As regras que detalham o sistema eleitoral estão dispostas no Código Eleitoral e poderiam assumir outras formas, sem prejuízo do dispositivo constitucional em comento. O que queremos ressaltar é que o princípio da representação proporcional não exige *per se* a adoção da fórmula de quociente eleitoral e quociente partidário estipulada pelo Código Eleitoral, sendo certo que outros modelos proporcionais são possíveis⁹⁷.

Outro aspecto que merece relevo diz respeito à circunscrição. Temos duas proporcionalidades previstas pelo constituinte: uma no 'caput' do artigo 45 e outra em seu parágrafo único. A proporcionalidade do 'caput' se dá *na circunscrição* e não na composição total da Câmara. Isto significa que em cada circunscrição eleitoral deve haver uma distribuição dos mandatos que contemple e espelhe o pluralismo das forças políticas daquela circunscrição. E no próprio 'caput' do artigo 45, acima transcrito, já estão delimitadas as circunscrições eleitorais para as eleições à Câmara dos Deputados: os Estados e o Distrito Federal. A definição de circunscrições abrangentes dá maior eficácia à proporcionalidade, pois permite a composição plural dos mandatos. Circunscrições pequenas ou com poucos mandatos em disputa acabam caindo necessariamente em um regime majoritário, pois somente os mais votados poderão aceder aos cargos eletivos.

A *proporcionalidade* do parágrafo primeiro diz respeito à composição total da Câmara em relação ao aspecto territorial. Ou, em outros dizeres, determina que cada circunscrição eleitoral – Estados e Distrito Federal – terão atribuídos a si um número de deputados *proporcional* à sua população, de forma que os Estados mais populosos deverão ter mais deputados que os menos populosos. Entretanto, esta proporcionalidade tem alguns fatores corretivos definidos no mesmo dispositivo constitucional, que determina um número mínimo e um número máximo de deputados por circunscrição. Vemos que o constituinte abraçou o aspecto territorial na composição da Casa de representantes do povo, apesar de ter instituído um regime bicameral com o fim constitucionalmente declarado de criar a igualdade de representação entre os Estados.

⁹⁷ Vide NOHLEN (1981, pp. 363-427).

O caráter principiológico da norma em questão aparece não só na fórmula verbal adotada pelo constituinte, como também pela forte carga axiológica e pela necessidade de balanceamento na sua aplicação. Trata-se nitidamente de um comando *prima facie* e não de uma regra tudo-ou-nada, uma vez que admite várias nuances e gradações que podem ser expressadas na fórmula eleitoral ou na adoção de regras relativas à barreira de forças políticas inexpressivas.

Este princípio, como vimos, sofre limitações decorrentes do federalismo (aspectos territoriais que limitam a proporcionalidade) e também da governabilidade ou tentativa de não permitir uma excessiva fragmentação política. Este último aspecto aparece nas regras de cláusula de barreira, consistentes em votação mínima exigida ou caráter nacional dos partidos (art. 17, I, CF/88).

Em termos de desenvolvimento legislativo deste princípio, temos as regras dos artigos 106 a 111 do Código Eleitoral, que classifica e determina a adoção do quociente eleitoral e do quociente partidário para a atribuição de mandatos aos partidos e candidatos. A referida norma regula a atribuição de mandatos de acordo com a contagem dos votos válidos, da seguinte maneira: o quociente eleitoral é obtido a partir da divisão do número de votos válidos da circunscrição pelo número de mandatos em disputa (artigo 106) e os partidos ou coligações terão atribuídos a si o número de mandatos correspondente à quantidade de quocientes eleitorais obtidos (ou, em outras palavras, ao número de quocientes partidários, que são obtidos a partir da divisão do número de votos válidos dados ao partido ou aos seus candidatos pelo quociente eleitoral, conforme artigo 107).

Antes do advento da Lei das Eleições, em 1997, vigorava a regra segundo a qual voto em branco é considerado válido. Esta normativa levava em consideração que o voto branco, diferentemente do nulo, era uma legítima expressão da vontade do eleitor. Entretanto, temos que andou bem o legislador a proceder à revogação desta norma (antigo parágrafo único do artigo 106), pois ela prejudicava a representatividade das minorias políticas. Isto porque, ao contabilizar os votos em branco nestes termos, acarretava a elevação do quociente eleitoral, exigindo assim mais votos para a conquista de uma cadeira no parlamento e excluindo mais partidos. Desta feita, o

legislador, ao revogar dita regra, privilegiou o pluralismo e deu assim maior eficácia ao princípio da representatividade proporcional. Ainda assim, os votos em branco continuam a ser contabilizados e divulgados, cumprindo com seu papel político-ideológico, sem que haja prejuízo na fórmula eleitoral e na representatividade das minorias.

d) Aplicação jurisprudencial

O comando *prima facie* deste princípio é bem explicitado na jurisprudência do Tribunal Constitucional espanhol, em especial em dois julgados que trazemos à colação. Em um primeiro julgado, a Corte Constitucional declara de forma bastante clara o seu caráter tendencial:

(...) la exigencia de proporcionalidad ha de verse como un imperativo de 'tendencia' que orienta, pero no prefigura, la libertad de configuración del legislador democrático en este ámbito (SSTC 40/1981, 75/1985, 193/1989 y 45/1992, entre otras)⁹⁸

A textura aberta do princípio também já foi observada pelo Supremo Tribunal Federal, como podemos verificar no voto do Relator do Recurso Extraordinário nº 140.460, Min. Ilmar Galvão:

É certo que, diferentemente das Cartas anteriores, a Constituição de 1988, no art. 45, ao dispor sobre a eleição dos Deputados, limita-se a referir o sistema proporcional, sem remeter a sua regulamentação para a lei ordinária. Não é menos certo, também, que não diz ela o que se deva entender por 'sistema proporcional', circunstância que coloca o texto em inexorável dependência de regulamentação, por meio de lei, lei essa já encontrada pela nova Carta, no texto

⁹⁸ STC 225/1998, de 23 de novembro, FJ 7º, citado por ÁLVARES CONDE e GARCÍA COUSO (2001, p. 187).

do Código Eleitoral, onde, de maneira incontestável, se acham traçadas regras conducentes 'a realização de eleição proporcional que, se não corresponde ao melhor sistema que se poderia engendrar, pelo menos foi o estabelecido pelo legislador, não sendo dado ao Poder Judiciário nele introduzir modificações, como as pretendidas pelo recorrente, capazes de desfigurá-los profundamente, o que é, por si só, suficiente para demonstrar que inexistia um sistema proporcional padrão, a que a Constituição houvesse reportado.⁹⁹

Não resta dúvida, pois, de que se trata de um comando *prima facie*, do qual decorrem as regras necessárias a operacionalizar o sistema.

Em outro julgado do Tribunal Constitucional Espanhol, procura-se destrinchar seu conteúdo, demonstrando que a *ratio* deste princípio está em garantir a representatividade de cada força política:

la representación proporcional es la que persigue atribuir a cada partido o a cada grupo de opinión un número de mandatos en relación con su fuerza numérica. Cualesquiera que sean sus modalidades concretas, su idea fundamental es la de asegurar a cada partido político o grupo de opinión una representación si no matemática, cuando menos sensiblemente ajustada a su importancia real.¹⁰⁰

O Supremo Tribunal Federal, ao condenar a troca de partidos pelos parlamentares eleitos, evocou o princípio do sistema proporcional, para concluir que a infidelidade partidária é uma afronta a este sistema:

A prática da infidelidade partidária, cometida por detentores de mandato parlamentar, por implicar violação ao sistema proporcional, mutila o direito das minorias que atuam no âmbito social, privando-as de representatividade nos corpos legislativos, e ofende direitos essenciais - notadamente o direito de oposição - que derivam dos fundamentos que dão suporte legitimador ao próprio Estado Democrático de Direito, tais como a soberania popular, a cidadania e o pluralismo político (CF, art. 1º, I, II e V). - A repulsa jurisdicional à infidelidade partidária, além de prestigiar um valor eminentemente constitucional (CF, art. 17, § 1º, "in fine"), (a) preserva a legitimidade do processo eleitoral, (b) faz respeitar a vontade soberana do cidadão, (c) impede a deformação do modelo de representação popular, (d) assegura a finalidade do sistema eleitoral

⁹⁹ Recurso Extraordinário nº 140.460, Rel. Min. Ilmar Galvão, 19/05/1993, DJ 04/05/01.

¹⁰⁰ STC 40/1981, de 18 de dezembro, FJ 2º, citado por ÁLVARES CONDE e GARCÍA COUSO (2001, p. 187).

proporcional, (e) valoriza e fortalece as organizações partidárias e (f) confere primazia à fidelidade que o Deputado eleito deve observar em relação ao corpo eleitoral e ao próprio partido sob cuja legenda disputou as eleições.¹⁰¹

Aliás, vemos que o Supremo Tribunal Federal estruturou a tese da perda do mandato do parlamentares infiéis sobre o princípio do sistema proporcional¹⁰², conforme podemos perceber do seguinte trecho da ementa do Mandado de Segurança nº 26.604:

5. No Brasil, a eleição de deputados faz-se pelo sistema da representação proporcional, por lista aberta, uninominal. No sistema que acolhe - como se dá no Brasil desde a Constituição de 1934 - a representação proporcional para a eleição de deputados e vereadores, o eleitor exerce a sua liberdade de escolha apenas entre os candidatos registrados pelo partido político, sendo eles, portanto, seguidores necessários do programa partidário de sua opção. O destinatário do voto é o partido político viabilizador da candidatura por ele oferecida. O eleito vincula-se, necessariamente, a determinado partido político e tem em seu programa e ideário o norte de sua atuação, a ele se subordinando por força de lei (art. 24, da Lei n. 9.096/95). Não pode, então, o eleito afastar-se do que suposto pelo mandante - o eleitor -, com base na legislação vigente que determina ser exclusivamente partidária a escolha por ele feita. Injurídico é o descompromisso do eleito com o partido - o que se estende ao eleitor - pela ruptura da equação político-jurídica estabelecida. 6. A fidelidade partidária é corolário lógico-jurídico necessário do sistema constitucional vigente, sem necessidade de sua expressão literal. Sem ela não há atenção aos princípios obrigatórios que informam o ordenamento constitucional. 7. A desfiliação partidária como causa do afastamento do parlamentar do cargo no qual se investira não configura, expressamente, pela Constituição, hipótese de cassação de mandato. O desligamento do parlamentar do mandato, em razão da ruptura, imotivada e assumida no exercício de sua liberdade pessoal, do vínculo partidário que assumira, no sistema de representação política proporcional, provoca o desprovento automático do cargo. A licitude da desfiliação não é juridicamente inconsequente, importando em sacrifício do direito pelo eleito, não sanção por ilícito, que não se dá na espécie. 8. É direito do partido político manter o número de cadeiras obtidas nas eleições proporcionais.¹⁰³

¹⁰¹ Mandado de Segurança nº 26.603, Rel. Min. Celso de Mello, 04/10/2007, DJe-241, divulgação em 18-12-2008, publicação em 19-12-2008.

¹⁰² Ainda que, após, tenha estendido a perda do mandato também nos casos de infidelidade de eleitos pelo sistema majoritário.

¹⁰³ Mandado de Segurança nº 26.604, Rel. Min. Carmen Lúcia, 04/10/2007, DJe-241, divulgação em 02-10-2008, publicação em 03-10-2008.

Tal construção já havia sido realizada pelo Tribunal Superior Eleitoral na Consulta nº 1398. É de se reconhecer que o sistema proporcional faz que as cadeiras sejam obtidas pelo partido (ou coligação). Neste sentido, haveria uma regra derivada segundo a qual o parlamentar que sair voluntariamente do partido perde seu mandato. Insta consignar, por oportuno, que este tipo de produção normativa derivada é típico dos princípios, reforçando o caráter principiológico da norma em questão.

2. PRINCÍPIO MAJORITÁRIO

a) Fundamentos Filosóficos

Em um regime democrático, regido pela soberania popular, o governo deve espelhar a vontade popular. Mas como descobrir o que quer o povo? Esta questão rende muitos estudos na área da ciência política, desde há muito, em que se discute inclusive se existe uma vontade popular. Mas o fato é que, se a soberania reside no povo, ele deve decidir. E, para decidir, há que se criar mecanismos e regras para sua deliberação.

Como vimos, a democracia está intimamente ligada à ideia de liberdade tal qual a concebemos hoje, em que deve ser preservada a autonomia de cada um. Para preservar esta autonomia, deveríamos garantir que o governo e as leis espelhem a vontade de cada um. Neste modelo, haveríamos de exigir unanimidade nas escolhas populares. Conforme Santiago Nino,

la unanimidad parece ser un equivalente funcional de la imparcialidad. Si todos aquellos que pueden ser afectados por una decisión han participado en la discusión y han tenido una oportunidad igual de expresar sus intereses y

justificar una solución a un conflicto, ésta será muy probablemente imparcial y moralmente correcta siempre que todos la acepten libremente y sin coerción. (SANTIAGO NINO, 1997, p. 166)

Ocorre que a unanimidade não existe no seio da vontade popular. Como já bem observara NELSON,

el problema con la identificación de la voluntad del pueblo y la preferencia unánime de éste es que generalmente no hay preferencia unánime. Por eso, al parecer, ninguna forma de gobierno como tal es legítima ni justificable, si lo que se exige de ella es que legisle siempre de acuerdo con la voluntad unánime del pueblo. Ningún tipo de gobierno puede ser legítimo cuando entre los ciudadanos no hay unanimidad. (NELSON, 1986, p. 90)

Verificada a impossibilidade de decisão unânime, há que desenvolver outro mecanismo. E este mecanismo precisa dar conta da necessidade de decisão e de limite de tempo para que esta seja tomada, pois afinal de contas o sistema representativo democrático exige escolha popular periódica dos governantes. E o mecanismo que se presta a definir a vontade popular em uma eleição é o voto da maioria. De fato, não será uma decisão ideal como seria a unânime, mas será o mais legítima *possível*, pois é um critério razoável de escolha *pelo* povo.

Ao lado da impossibilidade de unanimidade, podemos visualizar outros dois motivos: a necessidade de uma decisão e o limite de tempo. Uma vez mais, recorremos às lições de SANTIAGO NINO:

el pasaje de la unanimidad a la regla de la mayoría debe estar basado en la idea de que la imparcialidad será mejor preservada a través de él que por cualquier otro sucedáneo del consenso unánime. En efecto, un proceso de discusión moral con cierto límite de tiempo dentro del cual una decisión mayoritaria debe ser tomada (...) tiene mayor poder epistémico para ganar acceso a decisiones moralmente correctas que cualquier otro procedimiento de toma de decisiones colectivas. (SANTIAGO NINO, 1997, p. 168)

É importante aprofundar um pouco a questão da *necessidade de decisão*. Em deliberações que aprovam mudanças, é possível exigir unanimidade ou mesmo um

quorum mais elevado. O que decorre disto é a atribuição de um peso maior ao *status quo*, pois ele precisa de muito menos votos do que a proposta de mudança para prevalecer. Entretanto, nas eleições, não está em proposta uma mudança (como seria o caso de uma emenda à Constituição, por exemplo), mas sim uma decisão necessária entre algumas opções. Não há possibilidade de não decidir e favorecer o *status quo*, o que há é a necessidade de deliberar entre as opções, escolhendo apenas uma delas. É por isso que RUFFINI¹⁰⁴ diz que o princípio majoritário é dinâmico, pois é um mecanismo de deliberação coletiva que favorece a tomada de nova decisão.

Mas o que ocorre com o pluralismo político? Em relação à representação proporcional, podemos dizer que o pluralismo é favorecido em dois momentos: antes e depois das eleições. Antes, no que diz respeito à formação de partidos políticos, sufrágio universal, direito de antena, liberdade de pensamento e expressão. Depois, no que diz respeito à composição dos mandatos parlamentares. Entretanto, no que toca a composições majoritárias (decididas pela maioria), o pluralismo político só é respeitado no momento pré-eleitoral. E por que devemos ficar com o modelo majoritário, se ele não favorece o pluralismo político tanto quanto o proporcional? Porque há uma distinção fática e real que impossibilita a adoção da representação proporcional em alguns casos. É impossível fazer uma composição plural quando temos uma ou duas vagas em disputa. Nestas situações, prevalece a decisão da maioria.

O princípio majoritário se impõe sempre que o número de mandatos em disputa é pequeno. A proporcionalidade representativa não tem lugar quando só há uma ou duas vagas em disputa, pois não há como fazer composições matemáticas que permitam compor uma pluralidade. Vemos assim que a diferença entre um sistema majoritário e um proporcional está numa zona cinzenta determinada pelo número de mandatos em disputa na circunscrição. E qual seria então o limite entre uma eleição proporcional e uma eleição majoritária? Segundo DIETER NOHLEN, “la elección en las circunscripciones tetranominales, trinominales, binominales y uninominales es una elección mayoritaria” (1981, p. 97). Por isso, eleições democráticas para o Poder

¹⁰⁴ “E la storia ci insegna, che il maggioritario è nelle deliberazioni collettive l’unico principio *dinamico* (mi si conceda l’abusata antitesi), mentre tutti gli altri sono principi *statici*. Le collettività devono adottarlo, se von vogliano essere condannate a *piétiner sur place*, come disse il Boistel” (RUFFINI, 1987, p. 104).

Executivo e para o Senado são majoritárias. Elas naturalmente exigem que prevaleça a decisão da maioria.

Não é só isso, porém. As eleições devem produzir representatividade, mas também devem produzir governo. Enquanto os parlamentos contemplam o pluralismo no seu interior, os governos não admitem esta mesma elasticidade. Governo tem unidade: só uma pessoa é eleita, junto com seu substituto¹⁰⁵.

Um governo não pode ser formado por um critério pluralista, pois, se cada ministro ou secretário for escolhido através do voto direto, o resultado será anárquico e, portanto, não democrático. Como já alertara SARTORI (1988),

la democracia no es la anarquía – la falta o ausencia de mando. La opinión pública, las elecciones, la participación y un pueblo que adopta decisiones (de una u de otra forma) son los fundamentos de lo edificio; pero los fundamentos por esenciales que sean, son algo que sirve de base a una construcción sobreañadida. Es hora, pues, de considerar la democracia como sistema de gobierno.

Democracia implica instituir um governo da maioria, com respeito aos direitos da minoria.

Para governar, o cidadão tem de disputar a preferência do eleitorado, apresentando seu currículo e suas propostas, em especial, no decorrer da campanha eleitoral. Sua candidatura se choca com outras e o preferido pela maioria será o governante. Esta é, sucintamente, a lógica da formação do governo democrático. Ela vale para a eleição de qualquer cargo-mandato que tenha número reduzido.

b) Fundamentos Jurídicos

¹⁰⁵ O “vice” não tem atribuições constitucionais, afora a de substituir o eleito.

O princípio majoritário vem explicitamente declarado em nossa Constituição em seu artigo 46:

Art. 46. O Senado Federal compõe-se de representantes dos Estados e do Distrito Federal, eleitos segundo o princípio majoritário.

Tal dispositivo, entretanto, aplica-se tão somente ao Senado Federal. Em relação ao Poder Executivo da União, a exigência da maioria dos votos está expressa no § 2º do artigo 77:

§ 2º - Será considerado eleito Presidente o candidato que, registrado por partido político, obtiver a maioria absoluta de votos, não computados os em branco e os nulos.

Em relação aos demais Executivos, o constituinte preferiu fazer menção à esta norma do artigo 77. Assim o fez em relação à eleição dos governadores e vice-governadores de Estado no artigo 28, quando estabeleceu “observado, quanto ao mais, o disposto no art. 77” e em termos bastante semelhantes em relação ao governador e vice-governador do Distrito Federal no artigo 32, § 2º. Em relação aos Municípios, assim estabeleceu o constituinte no artigo 29:

II - eleição do Prefeito e do Vice-Prefeito realizada no primeiro domingo de outubro do ano anterior ao término do mandato dos que devam suceder, aplicadas as regras do art. 77, no caso de Municípios com mais de duzentos mil eleitores.

Uma leitura apressada poderia levar a crer que o princípio majoritário só se aplica nos municípios com mais de duzentos mil eleitores. Mas não é isso. O que se aplica somente aos municípios com mais de duzentos mil eleitores é a exigência de maioria absoluta de votos válidos e eleição em dois turnos, que também constam do

artigo 77. A exigência de maioria simples¹⁰⁶ de votos para eleição dos prefeitos em municípios com menos de duzentos mil eleitores é, curiosamente, uma regra implícita. Decorre ela da adoção do regime democrático, naturalmente, sem que haja uma expressa disposição constitucional neste sentido.

A norma que exige que a eleição deve ser decidida em dois turnos e com maioria absoluta dos votos válidos esta assim expressa na Lei Maior:

Art. 77. A eleição do Presidente e do Vice-Presidente da República realizar-se-á, simultaneamente, no primeiro domingo de outubro, em primeiro turno, e no último domingo de outubro, em segundo turno, se houver, do ano anterior ao do término do mandato presidencial vigente.

.....
§ 2º - Será considerado eleito Presidente o candidato que, registrado por partido político, obtiver a maioria absoluta de votos, não computados os em branco e os nulos.

§ 3º - Se nenhum candidato alcançar maioria absoluta na primeira votação, far-se-á nova eleição em até vinte dias após a proclamação do resultado, concorrendo os dois candidatos mais votados e considerando-se eleito aquele que obtiver a maioria dos votos válidos.

Daqui podemos extrair o conteúdo do princípio majoritário aplicável ao poder executivo federal, estadual e distrital.

O princípio majoritário, como vemos, foi expressamente declarado como *princípio* no artigo 46 (pertinente às eleições do Senado Federal), mas não o foi em relação às eleições do Poder Executivo. Neste caso, preferiu traçar-lhe o enunciado. Estamos, em verdade diante de um conjunto de regras (sendo algumas exceções à regra principal) que pode ser assim disposto:

Regra: Será considerado eleito o candidato que obtiver a maioria absoluta dos votos válidos.

1ª exceção: no Senado Federal, o candidato pode obter maioria simples.

¹⁰⁶ Não no sentido de 50% + 1, mas no sentido de quem obtém mais votos, independentemente do percentual obtido.

2ª exceção: nos municípios com menos de 200 mil eleitores, o candidato pode obter maioria simples.

Regra acessória: se nenhum candidato obtiver maioria absoluta, realizar-se-á um segundo turno de votação somente com os dois candidatos mais votados, de forma que um desses obtenha a maioria absoluta nesta segunda rodada.

O conjunto de regras acima disposto dá o conteúdo jurídico do princípio majoritário. Certamente não estaria de acordo com sua classificação como princípio Sérvulo da CUNHA (2006, p. 62), para quem “princípios não são súmulas de normas semelhantes”. Entretanto, temos alguns motivos para assim classificá-lo.

Em nenhum dos textos normativos apresentados consta expressamente que há situações em que o candidato eleito será o mais votado. Este conteúdo é deduzido da expressão “princípio majoritário” constante do artigo 46, não havendo prescrição normativa neste sentido. Não obstante, a decisão da maioria é uma decorrência lógica do regime democrático, pois este é o método simples de decisões coletivas.

Além disso, muito embora pareça um comando definitivo, o que percebemos é um comando *prima facie* determinando que as eleições devem coroar como eleitos os candidatos que obtiverem a maioria absoluta dos votos sempre que possível. Nas eleições para o Senado, isto não é possível, pois há (alternadamente, isto é verdade) disputa de dois mandatos e, obviamente, quando se elegem duas pessoas não é possível exigir que obtenham maioria absoluta. E, no caso dos pequenos municípios, não se justificaria a realização de um segundo turno, pois a votação obtida não teria uma variação expressiva em termos numéricos.

Conforme o próprio Sérvulo da CUNHA aponta, “se desejamos revelar princípios prescritivos, a realidade de que partimos é o corpo do ordenamento, com base em cuja disposição procedemos por indução”, de forma que a partir daquele conjunto de normas possamos extrair sua *ratio* e atribuir-lhe um conteúdo principiológico.

c) *Conteúdo Jurídico*

Segundo Jairo Nicolau Marconi,

A representação majoritária tem como preocupação básica garantir a eleição dos candidatos que receberam o maior contingente de votos dos eleitores. A principal variação na “família” dos sistemas eleitorais majoritários é o estabelecimento ou não de um contingente mínimo de votos – geralmente 50% - para que um candidato seja eleito. O sistema de *maioria simples* não garante que o mais votado receba pelo menos o apoio da metade dos eleitores, condição que é assegurada pelo sistema de *dois turnos* (com apenas dois candidatos disputando o segundo turno) e pelo sistema de *voto alternativo*. (MARCONI, 2002, p. 15)

Vemos que o comando deste princípio é a obtenção da maioria absoluta dos votos válidos. A realização do segundo turno só existe para garantir que o candidato eleito tenha obtido a maioria absoluta dos votos. Esta exigência está radicada em dois princípios: legitimidade das eleições e pluralismo político. O princípio majoritário, ainda que expresse, decorre logicamente da combinação destes dois princípios estruturantes.

Dizemos que a exigência de votação majoritária absoluta está voltada a garantir maior legitimidade do candidato escolhido, uma vez que a fragmentação dos votos no primeiro turno pode conduzir à escolha de um candidato com menos apoio popular. Seria o caso de uma eleição em que disputam, por exemplo, dois candidatos “da situação” e apenas um “da oposição”. Hipoteticamente, em uma eleição de turno único, este candidato da oposição pode ganhar as eleições apesar da maioria dos votantes preferir um candidato da situação. Isso ocorreria se o candidato oposicionista lograsse obter 35% dos votos e os candidatos da situação ficassem com 30% e 25%, respectivamente. Vemos uma clara *tendência* do eleitorado em manter o atual grupo político (e sua proposta) no poder, apesar do sistema adotado apontar como vencedor o candidato da oposição. O exemplo citado faz uma divisão entre candidatos “da situação” e candidatos de “oposição”, mas qualquer outra vertente poderia ser adotada (como “moderados x radicais”, “conservadores x desenvolvimentistas”, “liberais x socialistas”) que a verdade aqui expressada mantém-se intacta. O remédio para esta distorção é a exigência de maioria absoluta de votos válidos, mediante a adoção de um segundo turno entre os dois candidatos mais votados no primeiro turno.

Dizemos também que esta regra favorece o pluralismo pois ela permite que mais candidatos sejam lançados no primeiro turno, convergindo em alianças apenas no segundo turno. Esse regime abre mais possibilidades aos partidos e candidatos para disputarem as eleições pois, desde um ponto de vista pragmático e de cálculo político, não há prejuízo direto no resultado das eleições se correntes semelhantes lançarem candidaturas diferentes no primeiro turno.¹⁰⁷

Entretanto, como vimos, em alguns casos não será exigida a maioria absoluta, bastando a simples. “Este sistema é conhecido por sua simplicidade: um candidato é eleito se, dentre todos os concorrentes, for o que obtiver mais votos” (NICOLAU, 2002, p. 15).

d) Aplicação jurisprudencial

Em relação ao disposto no art. 77, § 2º, que determina o não cômputo dos votos brancos e nulos para que se obtenha a exigida maioria absoluta de votos, o Supremo Tribunal Federal já decidiu pela restrição da sua aplicabilidade ao âmbito das eleições majoritárias.

EMENTA: ELEITORAL. CÁLCULO DO QUOCIENTE ELEITORAL. VOTOS BRANCOS. INCLUSÃO. ART. 106, PARÁGRAFO ÚNICO, DO CÓDIGO ELEITORAL. ALEGADA OFENSA AOS ARTS. 77, § 1º; 32, § 3º, E 45, CAPUT, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL E AO ART. 5º DO ADCT. Improcedência da arguição. Os votos brancos também representam manifestação da vontade política do eleitor. São eles computados em eleições majoritárias em face de norma expressa (arts. 28; 29, II; e 77, § 2º, da CF) configuradora de exceção alusiva às eleições majoritárias, não podendo por isso ser tomada como princípio geral. O art. 5º do ADCT limitou-se a dispor sobre a inaplicabilidade, à eleição para Prefeito nele referida, do princípio da maioria absoluta previsto no § 2º do referido art. 77 do texto constitucional permanente, não dispondo sobre voto em branco. Recurso não conhecido.¹⁰⁸

¹⁰⁷ Vide capítulo referente aos princípios do sistema eleitoral.

¹⁰⁸ Recurso Extraordinário nº 140.460, Rel. Min. Ilmar Galvão, 19/05/1993, DJ 04/05/01.

A norma constitucional exclui a contagem dos votos brancos e nulos como votos válidos, para as eleições majoritárias. O faz porque de forma diversa poderia ter eleições sem resultado, pois é perfeitamente possível que nenhum candidato obtenha a maioria dos votos se forem computados aí os votos em branco e os nulos. Na ocorrência desta hipótese, haveria uma eleição sem eleito. Isto, o sistema constitucional eleitoral não permite.

O conceito de voto válido é empregado no enunciado do princípio majoritário exclusivamente com o fim de excluir os votos em branco e nulos, para garantir a efetividade das eleições.

O princípio majoritário exige, sempre que possível, a maioria absoluta dos votos *válidos*, sendo que os votos em branco e nulos não são computados como tal.

D. PRINCÍPIOS DO PROCESSO ELEITORAL

Por processo eleitoral nos referimos aqui aos aspectos próprios do desenvolvimento das eleições. Estas, como sabemos, podem ser classificadas como um processo, uma vez que são formadas por atos encadeados que chegam a um resultado final. Podemos dizer que a cada dois anos instaura-se e finaliza-se um processo eleitoral, marcado pelo seu início (com o registro das candidaturas) e pelo seu fim (com a diplomação dos eleitos), em que pese a existência de atos pré-eleitorais (como convenções partidárias e prazos de desincompatibilização para fins de elegibilidade) e atos pós-eleitorais (processos judiciais que continuam o seu trâmite mesmo após o fim das eleições). Tudo o que ocorre durante este processo sistemático e periódico está adstrito aos princípios aqui dispostos.

Para traçar este esquadro, importante analisar o que dispõe o artigo 14, § 9º, da Constituição Federal:

§ 9º Lei complementar estabelecerá outros casos de inelegibilidade e os prazos de sua cessação, a fim de proteger a probidade administrativa, a moralidade para exercício de mandato considerada vida 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.

Vemos na norma supratranscrita vários conteúdos, que precisam ser cuidadosamente analisados, sob pena de usarmos seus conceitos indistintamente e, assim, tornarmos a norma constitucional mera peça retórica.

O dispositivo em comento trata da autorização de criação de outras inelegibilidades, além daquelas já previstas no próprio texto constitucional. Ao criar esta autorização, o constituinte pautou os valores que devem ser perseguidos pelo legislador, deixando assim consignado, também, de quais valores partiu para definir aquelas outras inelegibilidades já estatuídas. O que fez o constituinte foi reconhecer que outras inelegibilidades precisariam ser criadas e que estas deveriam seguir a mesma “receita” por ele adotada.

O primeiro elemento que pinçamos é “contra o que se insurge a norma”. O constituinte deixou claro ao fazer o uso do vocábulo *contra*: influência do poder econômico e abuso do exercício de função, cargo ou emprego. Tendo em vista que a influência do poder econômico não é afastável, eis que é natural que as campanhas tenham custo financeiro, o que se busca é coibir o *abuso do poder econômico*, isto é, seu uso desmesurado ou exagerado. A segunda categoria a que se refere é também conhecida como *abuso do poder político*, que se traduz exatamente no uso indevido do poder que é conferido àqueles que ocupam cargos, funções ou empregos na administração pública. Então, a norma deve-se voltar contra o abuso do poder econômico e o abuso do poder político.

O segundo elemento relevante do comando normativo é o *como*. Qual é a medida legislativa sugerida pelo constituinte para coibir o abuso do poder econômico e

do poder político, no preceito supracitado? A criação de inelegibilidades. A recusa do direito de candidatar-se e receber votos é um meio pelo qual o legislador poderá coibir aquelas práticas indesejadas.

Por fim, resta saber o *porquê*. Por que deve o legislador criar as inelegibilidades e, assim, coibir os abusos de poder? Conforme disciplinou o constituinte, após a revisão de 1994, são quatro os objetivos buscados: (a) proteger a probidade administrativa, (b) proteger a moralidade para o exercício do mandato, (c) proteger a normalidade das eleições, e (d) proteger a legitimidade das eleições.

Portanto, “a fim de” proteger os valores aqui listados, deve o legislador coibir o abuso do poder econômico e político, criando inelegibilidades. Esta pauta de valores que se devem buscar proteger ou de objetivos que se devem perseguir espelham conteúdos axiomáticos contidos nos princípios constitucionais de que trataremos.

A *legitimidade das eleições* é um mega-princípio com um conteúdo bastante abrangente, que classificamos como princípio estruturante.

A *normalidade das eleições* pode ser entendida sob duas perspectivas. Uma é a sua adequação às normas, que, assim, se confunde com a legalidade. É o objetivo de que as eleições ocorram sem transgressões. Entretanto, a legalidade, em nosso ver, não tem nenhum conteúdo específico no âmbito eleitoral. Por isso, não será objeto de nossas considerações. A outra perspectiva da *normalidade* é a expectativa de que as eleições ocorram sem sobressaltos, sem tumultos; é a não-surpresa. Este conteúdo está inserido no princípio da estrita segurança jurídica eleitoral. É um dos seus aspectos e, assim, será tratado na parte dedicada a este princípio.

A *probidade administrativa* merece uma análise um pouco destacada. “A probidade é a retidão, a integridade de caráter (entretanto) no regime jurídico constitucional a probidade assume especial e particular significado (...) é forma qualificada de moralidade administrativa” (FIGUEIREDO, 1999, p. 47). Como matéria restrita à gestão pública e, assim, alheia às eleições, causa certa estranheza estar aqui veiculada como uma questão eleitoral. Entretanto, como vimos, uma das práticas que se busca coibir é o abuso do poder político, consistente na prática desviada de agentes públicos no uso dos poderes que lhe são conferidos, ou seja, nas improbidades

administrativas. “Abuso de poder político, portanto, deve ser visto como a atividade ímproba do administrador, com a finalidade de influenciar no pleito eleitoral de modo ilícito, desequilibrando a disputa” (COSTA, 2008, p. 354). Assim, ao tentar livrar as eleições deste tipo de prática, as normas eleitorais também colaborarão com a preservação da probidade administrativa. Em outras palavras, a promoção da probidade administrativa é de interesse para as eleições – e assim para o direito eleitoral – na medida em que ela tenha potencialidade para atingir de forma danosa o processo eleitoral. Resta então, como uma orientação ao legislador, que se deve buscar naquilo que a legislação administrativa define como ato de improbidade possíveis causas de inelegibilidade. Agindo assim, o constituinte busca firmar um sistema de proteção da coisa pública, que inclui o combate através das normas administrativas e da Justiça comum, bem como através das normas eleitorais e da Justiça Eleitoral. Este sistema é complementado pelo disposto no artigo 37, § 4º da Constituição:

§ 4º - Os atos de improbidade administrativa importarão a suspensão dos direitos políticos, a perda da função pública, a indisponibilidade dos bens e o ressarcimento ao erário, na forma e gradação previstas em lei, sem prejuízo da ação penal cabível.

Como se vê, os atos de improbidade administrativa já causam a suspensão dos direitos políticos, o que inviabilizaria o desejo de candidatar-se. Estes atos serão apurados conforme os cânones do direito constitucional e administrativo, pela Justiça comum, seguindo os ritos que lhe são próprios. Não obstante, também o direito eleitoral poderá, através da Justiça Eleitoral, com seus ritos e normas próprias, acoimar os infratores com a inelegibilidade e a cassação do registro da candidatura ou do diploma. São, assim, medidas que se complementam¹⁰⁹.

¹⁰⁹ Importante ressaltar, também, que a probidade administrativa também deve pautar a atuação dos agentes públicos que atuam na Justiça Eleitoral, tal qual ocorre com todo o restante dos órgãos estatais. Mas este conteúdo específico é de direito administrativo, não trazendo nenhuma especificidade quando inserido no âmbito da Justiça Eleitoral. Portanto, também não será objeto de preocupação neste estudo.

Para nós, esta proteção indireta da *probidade administrativa* é um reflexo da proteção da *moralidade para o exercício do mandato* (incluída a vida pregressa do candidato) e da exigência de *normalidade do pleito*, que são conteúdos ou sub-princípios do princípio da moralidade eleitoral. E este é um princípio do direito eleitoral constitucional que se refere ao processo eleitoral como um todo, desde a apresentação de candidaturas até a diplomação dos eleitos. É, portanto, um princípio do processo eleitoral.

1. PRINCÍPIO DA MORALIDADE ELEITORAL

a) *Fundamentos Filosóficos*

A sociedade prima por preceitos que permitam um convívio harmônico entre seus pares. Neste sentido, padrões morais são esperados das pessoas, como forma de viabilizar uma convivência harmônica em sociedade. Há, pois, “um substrato ético-moral que preside as relações sociais” (FIGUEIREDO, 2003, p. 19).

Entretanto, daquelas que pretendem liderar a nação são esperados padrões ainda mais elevados. Estas pessoas terão de ter força moral para governar, para tomar decisões e impô-las a toda a sociedade; para negociar e exercer a autonomia dos entes federativos e a soberania da nação; para defrontarem-se com situações de conflito, pressão e adversidade cujo sucesso na transposição destes é de interesse de toda a sociedade. E mais: também servirão de exemplo para toda esta sociedade, que os tem como líderes e representantes.

Não por acaso é exigido das pessoas que pretendem eleger-se e, assim, exercer a representatividade da soberania popular, um padrão moral superior.

Além desta exigência, no entanto, é de se reconhecer que, para que as eleições produzam representatividade e legitimidade, elas devem ser limpas. Não basta que seus candidatos tenham um passado limpo, mas que o procedimento eleitoral seja correto. A lisura das eleições é necessária para os fins a que se destina o direito eleitoral.

b) Fundamentos Jurídicos

A moralidade eleitoral é um princípio expresso na nossa Constituição, no § 9º do art. 14:

§ 9º Lei complementar estabelecerá outros casos de inelegibilidade e os prazos de sua cessação, a fim de proteger a probidade administrativa, a moralidade para exercício de mandato considerada vida 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.

Vemos no dispositivo acima transcrito os princípios que pautam – ou devem pautar – as inelegibilidades: moralidade e legitimidade das eleições. Da legitimidade já tratamos; trataremos agora da moralidade. Esta divide-se em dois aspectos, ou sub-princípios: a lisura do pleito e a moralidade para o exercício do mandato.

Importa anotar que a probidade administrativa mencionada no dispositivo constitucional acima transcrito nada mais é do que uma moralidade qualificada; é um tipo específico de moralidade administrativa. Assim, sua conexão com a moralidade eleitoral não é direta. O vínculo da improbidade administrativa com os direitos políticos é objeto de dois outros preceitos constitucionais, que devem ser analisados na busca do sentido desta relação entre a probidade administrativa e os direitos políticos. Um é o art. 15, que determina ser a improbidade administrativa uma das causas de suspensão dos

direitos políticos. Outro é o preceito que atribui a perda da função pública e a suspensão dos direitos políticos ao ímprobo:

Art. 37

§ 4º Os atos de improbidade administrativa importarão a suspensão dos direitos políticos, a perda da função pública, a indisponibilidade dos bens e o ressarcimento ao erário, na forma e gradação previstas em lei, sem prejuízo da ação penal cabível.

Estes dispositivos são harmônicos ao estabelecer que um dos efeitos da improbidade administrativa é a suspensão dos direitos políticos. Neste sentido, compete à lei que regulamenta o dispositivo constitucional acima transcrito estipular os prazos de suspensão dos direitos políticos. E a Lei nº 8.429/92 assim o faz, de forma graduada como previsto pela Constituição, estipulando diferentes prazos conforme o tipo de improbidade praticado – há os que importam enriquecimento ilícito, há os que causam prejuízo ao erário e há os que atentam contra os princípios da administração pública. Estes prazos são estipulados em lei ordinária e suspendem os direitos políticos, cujo gozo é uma condição de elegibilidade. Assim, parece carecer de maior sentido prático o disposto no § 9º do art. 14 naquilo que diz respeito à probidade administrativa, pois não será a lei complementar ali prevista que irá regulamentar os efeitos da condenação por improbidade administrativa sobre as candidaturas. Esta relação já é dosada pelo artigo 37, § 4º e pela Lei das Improbidades, através da suspensão dos direitos políticos.

Não poderíamos imaginar que, como item participante da moralidade eleitoral, a probidade administrativa assume o sentido de valor a ser buscado nos candidatos; isto porque o item seguinte do dispositivo constitucional em comento é a *moralidade para o exercício do mandato*. Não se admite, então, que estes tópicos tenham conteúdos idênticos.

A probidade administrativa, que já é apenada com a suspensão dos direitos políticos, só adquire sentido neste artigo 14, § 9º, quando entendemos que as inelegibilidades ao combaterem o abuso de poder, favorecem a preservação da probidade administrativa. Isto é, muito embora não seja o objetivo direto das

inelegibilidades o trato de questões de direito administrativo, elas têm um impacto sobre os agentes públicos, que não poderão valer-se de seus cargos (e seu poder) para prejudicar a lisura e a legitimidade do pleito. que sendo que inelegibilidades devem ser criadas de forma a buscar este objetivo.

E no que consistiria a moralidade eleitoral?

Podemos iniciar nossas reflexões servindo-nos daquilo que já produziram os teóricos da moralidade administrativa. Constitucionalistas e administrativistas têm debatido desde há muito o alcance do princípio da moralidade administrativa e o ponto central deste debate é: seria esta uma porta de entrada para o subjetivismo judicial e o fim do positivismo? Uns responderão: não, pois a moralidade que aqui se exige é a moralidade jurídica, que está expressa em exigências dispostas em preceitos normativos.

Esta resposta resolve o problema do subjetivismo e da separação entre direito e moral. Entretanto, cria outro: qual seria o conteúdo do princípio da moralidade se ele se limitar à legalidade? Se ser moral é o mesmo que respeitar as leis, a moralidade seria tão somente um aspecto da legalidade e portanto não estaríamos diante de um verdadeiro princípio, eis que careceria de conteúdo.¹¹⁰

A moralidade é, de fato, um princípio espinhoso. Analisando a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, vemos que, no mais das vezes, ela é citada apenas como figura retórica, sem que seja possível enxergar ali nenhum conteúdo jurídico ou qualquer normatividade expressiva. Entretanto, acreditamos na existência de um núcleo deste princípio que não se confunde com a legalidade: a boa fé dos atores envolvidos no ato sob análise ou a não manipulação maliciosa da lei ou do poder.

A moralidade repele a manipulação, a malícia, a fraude e o desvio de finalidade. Exige que os atores eleitorais demonstrem boa conduta e lisura de comportamento, pois serão possivelmente os líderes do amanhã. Neste sentido, a moralidade eleitoral ganha contornos maiores do que apenas um item fundamentador das inelegibilidades, e

¹¹⁰ Neste sentido, ousamos divergir de Marcelo FIGUEIREDO, segundo quem “não há obrigação que transcenda a legalidade, *tal como inserida no sistema constitucional*. Assim sendo, deve-se auscultar os princípios da Constituição e das leis, mesmo aqueles implícitos. Contudo, não há qualquer dever ou obrigação jurídica em atender, *além da lei*, as normas morais” (2003, p. 100).

assume um papel amplo e genérico na interpretação, integração e aplicação das normas eleitorais.

c) Conteúdo jurídico

“O que se mostra inadmissível, em qualquer nação civilizada, é tolerar-se a entrega da guarda dos recursos públicos a pessoa comprovadamente desonesta ou que obteve o mandato por via reconhecidamente escusa” (PINTO, 2006, p. 27). Tratemos, pois, destas duas vertentes distintas. Uma diz respeito à moralidade do candidato; outra diz respeito à moralidade do pleito.

A moralidade do candidato é a *moralidade para o exercício do mandato*. Não se confunde com o princípio da moralidade administrativa, insculpido no art. 37, ‘caput’. Não se volta ele propriamente ao exercício do mandato, mas volta-se à candidatura. Aplica-se à Justiça Eleitoral e à Lei das Inelegibilidades, que devem assegurar que os candidatos do pleito tenham condições morais para exercerem os mandatos.

Seu âmbito de incidência é, certamente, o eleitoral. Sem prejuízo, é claro, da aplicabilidade do princípio da moralidade administrativa aos órgãos, serviços e servidores da Justiça Eleitoral.

Neste sentido, outro conteúdo da moralidade eleitoral é a moralidade para o exercício do mandato, e a consequência mais forte a ser extraída deste sub-princípio é a exigência de padrões morais mais elevados para que se admita a postulação de candidaturas. Isto é, a Constituição exige um *plus* dos candidatos. Não basta a presunção de inocência e legalidade. Há que se comprovar que o candidato tem condições morais de assumir o cargo que pretende disputar. Este comando é bastante nítido no art. 14, § 9º da Constituição Federal.

Não fosse a existência deste princípio, estaríamos diante da impossibilidade de uma regra que exigisse algo que não seja sentença condenatória com trânsito em

julgado para recusar uma candidatura. Entretanto, a moralidade eleitoral abre esta possibilidade.

Enquanto os cidadãos comuns estão totalmente protegidos pela presunção de inocência, aqueles que pretenderem se candidatar poderão ter este direito fundamental mitigado. Mas, é importante que se diga, somente se houver expressa disposição legal neste sentido. Não poderá o juiz eleitoral e nem mesmo o Tribunal Superior Eleitoral, mediante ato regulamentar, criar nova hipótese de inelegibilidade neste sentido, pois seria esta uma afronta não só à presunção de inocência, mas também à legalidade e à estrita segurança jurídica eleitoral. De outra parte, há que se reconhecer que a Constituição, ao erigir a moralidade eleitoral ao status de princípio constitucional, abre a possibilidade de criar regra (através de lei complementar) que afaste a possibilidade de candidatura de pessoas com condenação penal confirmada em segunda instância, por exemplo.

Esta hipótese não encontraria respaldo na Constituição, se não fosse o princípio da moralidade eleitoral. Mas é importante frisar que as inelegibilidades, como é sabido e exigido pelo princípio do sufrágio universal, devem guardar proporcionalidade entre o sacrifício exigido e o bem protegido. Assim, não é qualquer norma restritiva do sufrágio universal que entra pela porta da moralidade eleitoral.

Por fim, impende salientar uma vez mais que a moralidade eleitoral também está a serviço do aplicador do direito eleitoral como guia para a interpretação, integração e aplicação das normas eleitorais, exigindo que os candidatos se pautem por padrões morais mais rigorosos que os exigidos da sociedade, inadmitindo-se a conduta maliciosa, fraudatória ou antiética.

Além da moralidade subjetiva, para o exercício do mandato, há também uma moralidade objetiva. Esta refere-se à lisura das eleições. “O bem protegido pelo Direito Eleitoral é, acima de tudo, a lisura do processo para a escolha dos representantes do povo. Não é o interesse específico dos participantes das disputas eleitorais, mas, exclusivamente, o interesse superior da coletividade em realizar eleições limpas” (PINTO, 2006, p. 25).

Isto fica patente no artigo 23 da Lei Complementar nº. 64/90, que, ao cuidar da (ação de) investigação judicial eleitoral voltada à apuração do abuso do poder econômico, determina que:

Art. 23. O Tribunal formará sua convicção pela livre apreciação dos fatos públicos e notórios, dos indícios e presunções e prova produzida, atentando para circunstâncias ou fatos, ainda que não indicados ou alegados pelas partes, mas que preservem *o interesse público de lisura eleitoral*.

d) Aplicação jurisprudencial

O Tribunal Superior Eleitoral já declarou a moralidade eleitoral como dos principais princípios do direito eleitoral:

ELEIÇÕES 2008. 1. Agravo regimental no recurso especial. Registro de candidatura. Vereador. Presidente de associação cujos serviços à população em geral são mantidos com recursos públicos, mediante convênio. O prazo de afastamento do cargo é de 6 (seis) meses antes do pleito. Art. 1º, II, a, 9, da Lei Complementar nº 64/90. Decisão do TRE. Impossibilidade de reexame. Súmula 279 do STF. Dissídio jurisprudencial não demonstrado. 2. Interpretação das normas eleitorais. Inelegibilidades. Proteção. Estado Democrático de Direito. Moralidade pública e liberdade do voto. **Esta Corte tem interpretado as normas eleitorais de forma a preservar os valores mais caros ao regime democrático, em especial a liberdade do voto e a moralidade pública.** Embora se referiram a direitos políticos negativos, essa nova exegese não se mostra extensiva ou contrária ao Direito, mas justa medida para a proteção de bens jurídicos constitucionalmente tutelados. Agravo a que se nega provimento.¹¹¹

Em outra ocasião, o Tribunal Superior Eleitoral já fez menção expressa à moralidade eleitoral, ao consignar que “compete à Justiça Eleitoral velar pela

¹¹¹ Agravo Regimental no RESPE nº 29.662, Rel. Min. Joaquim Barbosa, 16/12/2008, publicado em sessão. Negritamos.

observância da moralidade no processo eleitoral, ainda mais agredida se os ilícitos se dão na reta final da campanha”¹¹².

Também o fez quando decidiu exigir provimento judicial específico suspendendo os efeitos da decisão que desaprovou as contas da gestão do candidato:

AGRAVO REGIMENTAL. RECURSO ESPECIAL ELEITORAL. REJEIÇÃO DE CONTAS. OBTENÇÃO DE TUTELA ANTECIPADA. NECESSIDADE. ART. 1º, I, G, DA LC Nº 64/90. NÃO-PROVIMENTO.

1. A mera propositura de ação judicial contra a decisão de rejeição de contas constitui artificialização da Súmula nº 1 do e. TSE. A fim de resguardar os princípios constitucionais da probidade e moralidade administrativa, exige-se, ao menos, a obtenção de provimento antecipatório ou cautelar que suspenda os efeitos da decisão de rejeição de contas. Precedentes: RO nº 963, Rel. Min. Carlos Ayres Britto, DJ de 13.9.2006, AgRg no REspe nº 29.186/SP, Rel. Min. Arnaldo Versiani, sessão de 4.9.2008; AgRg no REspe nº 29.456/SP, de minha relatoria, sessão de 10.9.2008.

(...)

3. Agravo regimental não provido.¹¹³

O julgado se lastreia em argumentos e jurisprudência segundo os quais os candidatos que tiveram contas de sua gestão desaprovadas não estarão protegidos pelo mero ingresso de medida judicial. É que, para escapar da inelegibilidade cominada pelo art. 1º, I, g, da Lei Complementar nº 64/90, os candidatos ingressavam com medida judicial na “undécima hora”¹¹⁴. Mas conclui o Tribunal Superior Eleitoral que esta prática é uma evidente manipulação dos fatos e da lei, como forma de se proteger das suas consequências. Este tipo de manipulação maliciosa, entretanto, é repellido pela *moralidade eleitoral*.

Também já decidiu o Tribunal Superior Eleitoral que a vedação de atividade político-partidária aos servidores da Justiça Eleitoral, estipulada pelo art. 366 do Código Eleitoral, tem por escopo a moralidade que deve presidir os pleitos eleitorais¹¹⁵. Num

¹¹² RESPE 25.745, Rel. Min. Carlos Ayres Brito, 31/05/2007, DJ - Diário de justiça, Data 08/08/2007, Página 230.

¹¹³ RESPE 34821, Rel. Min. Felix Fischer, 27/11/2008, publicado em sessão.

¹¹⁴ RO nº 963, Rel. Min. Carlos Ayres Brito, DJ de 13/09/2006.

¹¹⁵ Processo Administrativo nº 19.089/MA, Rel. Min. Peçanha Martins, DJ de 6.2.2004.

juízo deste, a Min. Carmen Lúcia deixou consignada uma lição sobre a moralidade eleitoral:

O que se quer com uma norma como essa? Moralizar o processo inteiro, tanto o processo eleitoral quanto a administração pública, e muito mais a administração que diz respeito ao Poder Judiciário que cuida das eleições.

Então, não é possível imaginar que um cidadão comum tenha que conviver com qualquer desconfiança. Temos o direito de dormir em paz pensando que temos direito a um governo honesto, a uma justiça honesta, e que isso acontece.

Então, a norma como essa é exatamente para evitar que as instituições do Judiciário - e muito mais do Judiciário Eleitoral -, que precisam de passar, de viver a experiência da moralidade, passem por uma dúvida. Não é que este ou aquele, ou esta servidora teria qualquer conduta incompatível com a moralidade; é que não basta ser honesto no cargo público; é preciso parecer para que a outra pessoa tenha segurança de que as instituições funcionam a contento.¹¹⁶

Vemos aí um nítido comando *prima facie*.

Nas eleições de 2006, o Tribunal Regional Eleitoral do Rio de Janeiro iniciou uma possível cruzada pela moralidade. Passou a exigir o que ficou popularmente conhecido como “ficha limpa” dos candidatos, pois recusou o registro de candidatura de um postulante tinha ações penais em curso contra si. O Tribunal Superior Eleitoral balançou, mas, por decisão da maioria, não admitiu a prevalência do entendimento da Corte Regional carioca. Deixou consignado que o art. 14, § 9º não é autoaplicável, e que a criação de hipótese de inelegibilidade só poderia se dar através de lei complementar. É o que vemos:

Eleições 2006. Registro de candidato. Deputado federal. Inelegibilidade. Idoneidade moral. Art. 14, § 9º, da Constituição Federal.

- I. O art. 14, § 9º, da Constituição não é auto-aplicável (Súmula nº 13 do Tribunal Superior Eleitoral).
- II. Na ausência de lei complementar estabelecendo os casos em que a vida pregressa do candidato implicará inelegibilidade, não pode o julgador, sem se substituir ao legislador, defini-los. Recurso provido para deferir o registro.¹¹⁷

¹¹⁶ RESPE 29.769, Rel. Min. Marcelo Ribeiro, 11/12/2008, publicado em sessão.

¹¹⁷ Recurso Ordinário nº 1.069/RJ, Rel. Min. Marcelo Ribeiro, julgado e publicado em 20/09/06.

Então, fica a indagação: e se a lei complementar previsse a hipótese de inelegibilidade por haver ação penal em curso, seria ela constitucional em face do princípio da presunção de inocência? Como já dito, entendemos que não. E o Supremo Tribunal Federal já decidiu neste mesmo sentido quando diante da Constituição anterior e da lei de inelegibilidade anterior (Lei Complementar nº 5/70), que previa esta hipótese. Foi no julgamento do Recurso Extraordinário nº 86.297, de relatoria do Min. Thompson Flores, que foi expressamente reconhecida a constitucionalidade do dispositivo da mencionada lei complementar impugnada que impedia a candidatura de pessoa processada criminalmente.

Aliás, o Tribunal Superior Eleitoral já consignou que a *moralidade pública* impede que a candidatura daqueles que tiveram suas contas rejeitadas:

Na quadra vivida pelo atual ordenamento jurídico, que deve ser interpretado e aplicado homenageando o princípio da moralidade pública, postulado fortalecedor do Estado de Direito, não há de se permitir a candidatura a cargo eletivo de cidadão que, no trato do dinheiro público, tem suas contas rejeitadas por Tribunal de Contas.¹¹⁸

Outra aplicação da *moralidade eleitoral* refere-se à lisura das eleições. É farta a jurisprudência neste sentido, usada quase sempre como forma de exigir a potencialidade de lesão à lisura do pleito para configurar o ato de abuso de poder apto a cassar registro de candidatura ou mandato.

2. PRINCÍPIO DA ESTRITA SEGURANÇA JURÍDICA ELEITORAL

¹¹⁸ Recurso ordinário nº 1.153, Rel. Min. José Delgado, 14/09/2006, publicado em sessão.

a) *Fundamentos Filosóficos*

O procedimento eleitoral é um momento ímpar na vida política da nação. É o momento em que todas as pessoas são conclamadas a decidir juntas sobre o futuro da nação, após um “longo” debate e contraste de ideias e propostas. É o momento em que cada pessoa se junta às demais para assumir as rédeas da vida política nacional, em que sua cidadania faz inverter o comum do dia-a-dia: o político é que depende do cidadão. Neste dia, o poder está com o homem comum. É fundamentalmente neste dia que ele tem a maior expressão da sua liberdade política.

A decisão de votar não é simples. Os eleitores tomam conhecimento dos mais diversos candidatos, cada um com sua complexidade pessoal e partidária, bem como são expostos à propaganda eleitoral e à cobertura intensa da mídia. Esta avalanche de informações, somada aos debates (sempre intensos e às vezes cinematográficos), conformam a opção do eleitor que deve ser expressa em um só ato: o voto. É o clímax da cidadania. A partir dali, a representatividade volta a dominar e a participação das pessoas é quase sempre indireta. A decisão ali tomada valerá para os próximos quatro anos, salvo alguma ruptura. Nos dizeres de SARTORI (1988, p. 116), a eleição é o momento em que o *povo governado* passa a ser *povo governante*, pois “entre elecciones el poder del pueblo está em gran medida inactivo”.

Este momento é também característico de um jogo¹¹⁹. O jogo político das eleições é aquele com times definidos, objetivos claros, regras predeterminadas, estratégias diversificadas, tempo regulamentar e um placar final. Como todo jogo,

¹¹⁹ Matus descreve o jogo social como um grande jogo onde os participantes “desenvolvem uma constante luta pelo poder”. Este grande jogo é composto por nove jogos, sendo um deles o “jogo político, no qual se disputa e se distribui o *poder político, civil e militar*, cuja função é criar, concentrar e distribuir o poder social. O recurso crítico é o *vetor de força política*, que varia principalmente através da produção da *ação acordante* ou da *ação estratégica*, combinadas com *ações instrumentais*. O jogo político liberta ou subjuga o homem por meio da *distribuição do poder*. É um jogo entre atores em disputa pelo controle dos diversos sistemas de governo em vigor no jogo social. É um jogo que combina a luta por motivações pessoais com as motivações ideológicas, expressas em projetos sociais. Esse jogo produz, distribui e concentra o poder político” (MATUS, 2005, pp. 320-321).

quando se repete, pode atingir resultado diverso. Os jogadores (políticos), contam com a arrecadação de fundos para realizar sua estratégia eleitoral no tempo regulamentar. Ao final do jogo, aquele que licitamente conseguir mais pontos (votos) é declarado vencedor pelo juiz. O convencimento do eleitor é o objetivo imediato, para que se obtenha os votos, já que este decide livremente sobre seu próprio voto. Ao juiz cabe conduzir o jogo de acordo com as regras, aplicar as punições necessárias e confirmar o placar (a decisão das urnas).

Esta configuração de momento preparado, esperado e relevante com as características do jogo social, conduzem a uma consequência bastante relevante. Este processo eleitoral tem que garantir ao máximo a justeza das decisões e evitar as repetições. Há que se assegurar que o jogo termine com o resultado mais justo possível no tempo regulamentar. A eleição tem um caráter momentâneo, que pode mudar radicalmente de uma semana para a outra, a depender dos acontecimentos e da disposição dos eleitores. Se fizermos uma eleição a cada mês durante um semestre, certamente haverá alterações em relação aos candidatos eleitos em cada uma delas. Esta é uma situação que não pode ser ignorada e que decorre do jogo social. Cabe ao direito eleitoral e à Justiça Eleitoral assegurarem estabilidade ao sistema político, de forma que a representatividade política dos cidadãos não oscile como a bolsa de valores ou as pesquisas de opinião.

Eleições, tal qual um jogo de futebol, ganham-se no tempo regulamentar e de acordo com as regras do jogo. Erros de arbitragem e faltas graves podem ocorrer, mas isso não desmerece o resultado final da partida. Anulação gera novo jogo e novo resultado, suplantando assim o planejamento dos contendores e as expectativas de todos os atores envolvidos. Qualquer anulação é traumática, seja porque o ato único dos cidadãos já ocorreu, seja porque um novo jogo altera o resultado e levanta questionamentos quanto à sua legitimidade.

A anulação das eleições provoca uma crise de legitimidade, pois os candidatos (se forem os mesmos) já estão sob outras condições e o voto do eleitor fica desacreditado. Em relação aos candidatos, seus recursos já não são os mesmos e sua imagem é constantemente impactada pelos acontecimentos. Em relação ao eleitor, fica

a sensação de que aquela relevante decisão e intervenção de nada valeu, recaindo um descrédito sobre a democracia e suas instituições. Esta situação fica ainda mais agravada quando é dada posse ao segundo colocado, sem que seja dado ao povo escolher livremente seu representante.

Nestes termos, ao direto eleitoral cumpre assegurar o máximo de certeza possível e anular o mínimo de eleições possível. Para o eleitor e para o candidato, vale mais manter o resultado de um jogo que teve irregularidades e erros superáveis, do que manter a disputa em aberto ou alterar o resultado nos tribunais. O sistema depende de uma decisão que não pode ser *prima facie*, mas sim definitiva, para que o governante possa “sustentar a união, a integridade e a independência do Brasil”, conforme preconizado pelo artigo 78 da Constituição.

b) Fundamentos Jurídicos

As eleições são formadas pelos votos de milhares de cidadãos que se destinam a constituir o mandato de outros cidadãos. O sufrágio ativo e passivo é o elemento básico das eleições e sua preservação é exigida para que se garanta a máxima efetividade deste direito fundamental. Luis Roberto BARROSO (2001, p. 240) nos ensina que

a ideia de efetividade, conquanto de desenvolvimento relativamente recente, traduz a mais notável preocupação do constitucionalismo nos últimos tempos. Ligada ao fenômeno da juridicização da Constituição, e ao reconhecimento e incremento de sua força normativa, a efetividade merece capítulo obrigatório na interpretação constitucional. Os grandes autores da atualidade referem-se à necessidade de dar preferência, nos problemas constitucionais, aos pontos de vista que levem as normas a obter a máxima eficácia ante as circunstâncias de cada caso.

Assim é que a vontade popular (expressada através do sufrágio ativo) e o direito de eleger-se (próprio do sufrágio passivo) devem ser preservados como forma de garantir a máxima eficácia deste direito fundamental.

A segurança aparece, ao lado da democracia, da liberdade e da igualdade, como um dos “valores supremos” declarados no preâmbulo da Lei Maior. E, mais detidamente, o artigo 5º, em vários dispositivos, configura o princípio constitucional da segurança jurídica, que aparece de forma mais detida no ‘caput’ e no inciso XXXVI, a seguir transcritos:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à **segurança** e à propriedade, nos termos seguintes:

.....
XXXVI – a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada;

Entretanto, é de se reconhecer o cuidado maior que se tem com a matéria eleitoral, no texto constitucional, demandando o reconhecimento de uma estrita segurança jurídica. A começar pela regra da anualidade estampada no artigo 16 da Constituição:

Art. 16. A lei que alterar o processo eleitoral entrará em vigor na data de sua publicação, não se aplicando à eleição que ocorra até um ano da data de sua vigência.

Também na vedação do uso de medidas provisórias em matéria eleitoral, no artigo 62:

§ 1º É vedada a edição de medidas provisórias sobre matéria:

I - relativa a:

a) nacionalidade, cidadania, direitos políticos, partidos políticos e direito eleitoral;

Além destas cautelas excedentes, o constituinte erigiu a *normalidade das eleições* como um valor a ser buscado pelo legislador ao definir novas hipóteses de inelegibilidades (art. 14, § 9º). A *normalidade* é a exigência de que as eleições ocorram sem sobressaltos ou traumas, que as normas sejam respeitadas e que não ocorram abusos a desviar o curso natural da livre decisão dos eleitores.

Temos assim todo um conjunto de regras constitucionais que apontam no sentido de uma cautela ainda maior em relação aos feitos e fatos eleitorais do que dedica a constituição a outras ramas do direito. Este cuidado, somado à máxima efetividade que deve receber o sufrágio, lastreia a estrita segurança jurídica eleitoral, que exige estabilidade e prudência em relação aos feitos e atos eleitorais. Colabora assim com a realização da democracia e a afirmação da soberania popular.

Neste diapasão, é relevante anotar o magistério de José Eduardo FARIA (2003, p. 204), que, imbuído de outras preocupações, ressalta a importância da segurança jurídica eleitoral. Segundo o autor, na atualidade, a constituição já não pode mais ser pensada como o pressuposto lógico ou norma que irradia validade a todo ordenamento jurídico, mas como um objetivo final, onde estão condensados os valores maiores que devem ser buscados. Ela não seria um ponto de partida, mas um ponto de chegada. E este ponto impõe observância absoluta a apenas duas exigências fundamentais: direitos de cidadania e estabilidade e precisão do jogo democrático.

Numa situação-limite, é um centro de convergência de valores em cujo âmbito teriam caráter absoluto apenas duas exigências fundamentais mínimas. Do ponto de vista substantivo, os direitos de cidadania e a manutenção do pluralismo ideológico, mediante a adoção de mecanismos capazes de preservar as liberdades de opinião, informação e participação. Do ponto de vista procedimental, as garantias para que o jogo democrático seja travado dentro de regras precisas e estáveis, ainda que despidas de prescrições extensivas e detalhadas.

Vê-se, assim, na visão de José Eduardo FARIA, que os únicos valores absolutos da Constituição estariam situados no aspecto democrático e na liberdade, pois limita-se

à proteção da cidadania e do pluralismo (aspecto substantivo) e à certeza e estabilidade do jogo democrático (aspecto procedimental). Este último aspecto é o valor contido no princípio da segurança jurídica eleitoral.

c) Conteúdo Jurídico

A estrita segurança jurídica eleitoral se manifesta em três vertentes, ou sub-princípios: a normalidade das eleições, a preservação do ato eleitoral e a diligência dos atores do processo eleitoral.

A *normalidade das eleições* é princípio amplamente citado pela jurisprudência como valor a ser garantido pelo direito eleitoral e pela Justiça Eleitoral. Consiste numa orientação que deve pautar o legislador, o intérprete da norma e o administrador das eleições a fim de não permitir que ocorram surpresas e sobressaltos no decorrer no processo eleitoral. Para que as eleições transcorram normalmente, os abusos devem ser coibidos e a liberdade dos cidadãos preservada, sem que haja distúrbios, terror ou ameaças. Para cumprir com tal desiderato, deve o legislador e o regulamentador criar um arcabouço jurídico claro e seguro. O juiz e a administração das eleições devem estar sempre prontos e aparelhados para interferir sempre que necessário, mas sem que essa intervenção extrapole aquilo que se espera do Poder Judiciário: serenidade e firmeza.

Qualquer ato que retire a livre exposição dos candidatos e a livre escolha dos cidadãos do seu curso normal, deve ser rechaçado pela Justiça Eleitoral. Mais: os abusos só podem gerar cassação de candidaturas e sanções de inelegibilidade quando houver nestes potencialidade de macular a normalidade das eleições. Isto porque a proteção da normalidade das eleições é um dos esteios da teoria das inelegibilidades. Esta é a tônica do art. 14, § 9º da Constituição Federal.

Muitas vezes a *normalidade das eleições* é usada como sinônimo da *legitimidade das eleições*. Não é. Se fosse, não precisariam ser dispostas lado a lado pelo constituinte, no art. 14 § 9º. A normalidade se refere ao *processo eleitoral*, ao regular desenvolvimento do pleito. A legitimidade diz respeito ao *resultado eleitoral*, à diplomação do candidato livre e verdadeiramente escolhido pelo povo. É evidente, entretanto, que abalos na normalidade da eleição tendem a afetar a legitimidade do seu resultado.

À segurança jurídica eleitoral, porém, não basta somente que o processo transcorra normalmente: é necessário que seus atos sejam perenes e induvidosos; isto é, além de insuspeitos pela normalidade do processo, eles devem se manter no tempo, transmitindo segurança ao sistema a aos cidadãos. É por isso que há uma exigência de *preservação do ato eleitoral*. Em relação a esta DUQUE VILLANUEVA (2006, p. 95) comenta que

en palabras del Tribunal Constitucional, la propia naturaleza del proceso electoral, al tratarse de un procedimiento extraordinariamente rápido, de plazos perentorios en todas sus fases, resulta incompatible con una apertura indefinida de la determinación de sus resultados electorales mediante la impugnación de posibles irregularidades o errores que pudieran apreciarse.

Daí decorre a necessária *preservação do ato eleitoral*, que não pode ficar em aberto, nem ser facilmente anulado. Ele deve ser certo e transmitir esta certeza aos eleitores e candidatos. É por isso também que a Constituição Federal limita as possibilidades de recurso na Justiça Eleitoral (art. §§ 3º e 4º) e os recursos eleitorais não têm efeito suspensivo (art. 257, Código Eleitoral).

Podemos ver também a *preservação do ato eleitoral* disciplinando as nulidades no Código Eleitoral, ao exigir condições mais dificultosas para sua declaração:

Art. 223. A nulidade de qualquer ato, não decretada de ofício pela Junta, só poderá ser argüida quando de sua prática, não mais podendo ser alegada, salvo se a argüição se basear em motivo superveniente ou de ordem constitucional.

Há, na norma supratranscrita, a nítida intenção de *preservação* dos atos de cunho eleitoral. Mas a exigência de preservação não se limita a estes dispositivos, pois este princípio constitucional tem espectro mais abrangente. Ele exige conservadorismos e parcimônia na anulação de atos eleitorais, sendo uma das consequências a restrição e incomunicabilidade das nulidades. Elas não devem ter um efeito maior do que o dano que causaram. A manutenção dos votos válidos deve ser sempre levada em consideração, de forma a não anular urnas ou circunscrições inteiras por causa de um ou de poucos votos ou procedimentos irregulares. Citando a jurisprudência do Tribunal Constitucional Espanhol, Eduardo ALVAREZ CONDE (1991, p. 25) registra que

la hermenéutica finalista debe tener en cuenta posprincipios de conservación del acto, de proporcionalidad y de interpretación más favorable a la efectividad de los derechos fundamentales, porque 'el mantenimiento de esa voluntad expresada en votos válidos debe constituir criterio preferente a la hora de interpretar y aplicar las normas electorales'.¹²⁰

GAVARA DE CARA (2007, p. 108) também traça um delineamento muito preciso da necessidade de preservação do ato eleitoral:

Hay que pensar que pensar que en nuestro Derecho las irregularidades electorales son inevitables, ya que parte de la Administración Electoral no es profesional, ni permanente (las mesas electorales se eligen por sorteo) y pueden cometer errores de escasa calidad y entidad que no pueden justificar la anulación de una elección, ya que se causarían perjuicios al interés general (repetir elecciones tiene un coste económico muy elevado) y se protegería fáciles y perturbadores abusos (sería suficiente ocasionar la ruptura violenta de una urna para repetir una elección en mesa o incluso en circunscripción).

Em relação à *diligência dos atores*, temos que esta nasce de uma relação da segurança jurídica com a celeridade processual. Os atores envolvidos no processo eleitoral devem ser diligentes para impugnar as irregularidades no momento certo porque os prazos são curtos e peremptórios (princípio da *celeridade processual eleitoral*) e porque há um conservadorismo em relação aos atos eleitorais (*preservação do ato eleitoral*).

¹²⁰ citando decisão do Tribunal Constitucional 25/1990, de 19 de fevereiro.

A *diligência dos atores* é uma medida exigida pela segurança jurídica eleitoral também porque ela dá mais segurança ao processo eleitoral. Em eleições com agentes diligentes há uma fiscalização mútua eficiente e rápida, que garante mais segurança ao pleito, não o deixando padecer de tantos males pois as medidas serão tomadas a tempo.

Neste sentido, podemos ver uma aparente relação ambígua e tensa com o princípio da celeridade processual. Enquanto a celeridade exige velocidade, a segurança exige cautela. A combinação destes efeitos se resolve na medida em que o valor preservado é o mesmo: a democracia e a legitimidade das eleições. É do embate (ou combinação) da segurança com a celeridade que surge a necessidade de prazos peremptórios e diligência dos atores, pois, uma vez encerrados os prazos, não mais caberá a discussão da matéria. Assim é que, *grosso modo*, resolve-se a tensão entre celeridade e segurança. Carlos Mário VELLOSO e Walber Agra MOURA bem captaram a relação entre estes dois princípios:

Os prazos do Direito Eleitoral são dos mais exíguos da Ciência Jurídica, haja vista que a data das eleições não pode ser postergada. Sendo o processo eleitoral relativamente curto, e tendo as decisões eleitorais grande repercussão na eleição, elas devem ser tomadas de forma imediata, pois sua demora significa sua não-concretização. A insegurança jurídica provocada pela ausência de certeza no resultado da eleição contribui para diminuir a legitimidade do mandatário público, não estimulando o desenvolvimento do regime democrático. (VELLOSO; AGRA, 2009, pp. 16-17)

Recorremos mais uma vez a GAVARA DE CARA (2007, p. 109):

El principio de seguridad electoral es una especificación o concreción del principio de seguridad jurídica (art. 9.3 CE). Este principio con carácter general comporta la imposición jurídica de la finalización de los efectos derivados de insuficiencias, anomalías o errores, por más fehacientes que éstos sean, en razón de que su transcendencia más allá del término temporal fijado por el legislador implica trastornos, disfunciones o detrimento de otros derechos, bienes o interese jurídicamente protegidos (...).

A exigida diligência dos atores eleitorais tem uma conotação bastante nítida como fundamento da norma do artigo 223 do Código Eleitoral:

Art. 223. A nulidade de qualquer ato, não decretada de ofício pela Junta, só poderá ser argüida quando de sua prática, não mais podendo ser alegada, salvo se a argüição se basear em motivo superveniente ou de ordem constitucional.

Estes traços conformam um sistema jurídico que prima mais pela garantia do resultado final do que pelo procedimento ou comportamento dos atores envolvidos. As diretrizes do sistema espanhol não são muito diferentes e levaram Miguel AZPITARTE SÁNCHEZ (2003, pp. 434-435) a concluir o mesmo:

En definitiva, la distinción entre antijuridicidad e invalidez por un lado, y la modulación de la nulidad como consecuencia de la invalidez por otro, constituyen rasgos propios de un procedimiento en el que el logro de su fin – la renovación democrática de los órganos políticos – prima en ocasiones sobre la forma en la que actúa la Administración electoral.

As eleições exigem a diligência dos atores e prazos exíguos e peremptórios, pois a anulação do ato eleitoral gera danos devastadores. Estes danos referem-se a aspectos econômicos (o custo das eleições), aspectos morais (da decepção e descrença do eleitorado e das pessoas envolvidas no processo eleitoral), aspectos políticos (a quebra e ruptura de composições, gerando mais disputas e menos governo) e aspectos de gestão pública (interrupção na condução de políticas públicas e substituição de cargos de chefia e assessoramento), e devem ser – todos estes aspectos – levados em consideração quando da tomada de decisão a respeito da declaração da perda de um mandato. E, quanto mais tardia a decisão, pior o cenário.

Em suma, através dos seus componentes ou sub-princípios *preservação do ato eleitoral* e *diligência dos atores*, a *estrita segurança jurídica eleitoral* exige que as querelas jurídico-eleitorais se resolvam a tempo e que o resultado das eleições seja definitivo. As imperfeições, erros, fraudes e anomalias devem ser decididas em tempo razoável, evitando-se ao máximo que respinguem no exercício do mandato. Este

mandado de otimização, como tal, está sujeito a ceder diante de nulidades e aberrações extremas, mas o que fica determinado por este princípio é que resultado de uma eleição só pode alterado pela Justiça Eleitoral em situações muito excepcionais. Os prejuízos da anulação de uma eleição costumam ser muito maiores do que a defesa de uma estrita legalidade que tenha sido ferida no processo eleitoral. Além disso, a estrita segurança jurídica eleitoral também exige a estabilidade das normas eleitorais, como forma de garantir um jogo seguro e igual, bem como para favorecer a *diligência dos atores eleitorais*.

A combinação da *normalidade das eleições*, com a *conservação do ato eleitoral* e a *diligência dos atores* dá o delineamento do princípio constitucional da *estrita segurança jurídica eleitoral*.

d) Aplicação jurisprudencial

A proteção da normalidade das eleições, enquanto sub-princípio expresso da Constituição Federal, tem sido manejada pelo Tribunal Superior Eleitoral com frequência. Aliás, também com bastante referência, reconhecendo-se sempre a relevância do princípio e de sua modulada normatividade:

ABUSO DE PODER ECONOMICO.

Sendo a normalidade do pleito o valor a ser resguardado, a cassação do registro poderá ocorrer, ainda que, para a ilicitude, não concorra o candidato. Necessidade, em tal hipótese, da demonstração de que fortemente provável haja a pratica abusiva distorcido a manifestação popular, com reflexo no resultado das eleições.

Imputável ao próprio candidato o procedimento ilícito, além da cassação do registro, resultara a inelegibilidade. Em tal caso, bastara a potencialidade de ser afetada a normalidade das eleições, não se exigindo fique evidenciado o forte vínculo da probabilidade que se faz mister quanto a pratica e de responsabilidade de terceiro.

Havendo abuso, mas desacompanhado de risco de perturbar-se a normalidade do pleito, poderá a conduta levar a aplicação de pena pecuniária.

Hipótese em que não se teve como demonstrada a participação do candidato, nem se vislumbrou a possibilidade de a livre escolha do eleitorado haver sido atingida.

Prova. Reexame. Inviabilidade no recurso especial.¹²¹

Muito embora o conceito seja utilizado, no corpo do Acórdão acima transcrito, de forma um tanto embaralhada em relação à preservação da vontade do eleitor e à legitimidade das eleições, bem como apareça vinculado ao resultado das eleições, o certo é que sua aplicação se mostra típica de um princípio constitucional. A partir da definição de que o valor a ser protegido é a moralidade, o Acórdão traça várias regras atinentes a cada conjunto de circunstâncias, tal qual descreve ALEXY na sua *Law of Competing Principles*.

Também é fácil de se perceber como o sub-princípio em questão é de fato um comando *prima facie*:

RECURSO ESPECIAL ELEITORAL. ELEIÇÕES 2004. AÇÃO DE IMPUGNAÇÃO DE MANDATO ELETIVO. ABUSO DE PODER ECONÔMICO. CAIXA DOIS. CONFIGURAÇÃO. POTENCIALIDADE PARA INFLUENCIAR NO RESULTADO DO PLEITO. RECURSO DESPROVIDO.

1. A utilização de 'caixa dois' configura abuso de poder econômico, com a força de influenciar ilicitamente o resultado do pleito.
2. O abuso de poder econômico implica desequilíbrio nos meios conducentes à obtenção da preferência do eleitorado, bem como conspurca a legitimidade e normalidade do pleito.
3. A aprovação das contas de campanha não obsta o ajuizamento de ação que visa a apurar eventual abuso de poder econômico. Precedentes.
4. O nexo de causalidade quanto à influência das condutas no pleito eleitoral é tão-somente indiciário; não é necessário demonstrar que os atos praticados foram determinantes do resultado da competição; basta ressaír dos autos a probabilidade de que os fatos se revestiram de desproporcionalidade de meios.
5. O Tribunal Superior Eleitoral tem sido firme no sentido que são imediatos os efeitos das decisões proferidas pelos Regionais em sede de ação de impugnação de mandato eletivo, aguardando-se tão-só a publicação do

¹²¹ Agravo de Instrumento 1136, Rel. Min. Eduardo Ribeiro, 31/08/1998, RJTSE - Revista de Jurisprudência do TSE, Volume 11, Tomo 1, Página 170.

respectivo acórdão. Não há que se falar na aplicação do art. 15 da Lei Complementar nº 64/90 nos casos de cassação de mandato.

6. Recurso desprovido.

No item 4 da fundamentação, percebemos claramente que o dispositivo não é aplicado na lógica do tudo-ou-nada. Muito pelo contrário, vemos ali o caráter tendencial e a dependência da proporcionalidade na sua aplicação.

A preservação do ato eleitoral aparece com frequência na jurisprudência das cortes brasileiras, ainda que não com esta designação.

Na maioria dos casos, está intimamente vinculada à proteção da normalidade das eleições. É por isso que não se aplicam as sanções de cassação do registro, do diploma ou do mandato sem que esteja configurada a potencialidade de comprometimento da normalidade das eleições. É o que se vê:

RECURSO ORDINÁRIO. ELEIÇÕES 2006. AÇÃO DE INVESTIGAÇÃO JUDICIAL ELEITORAL (AIJE). ABUSO DE PODER POLÍTICO E ECONÔMICO E USO INDEVIDO DOS MEIOS DE COMUNICAÇÃO SOCIAL. NÃO-PROVIMENTO.

1. O v. decisor combatido enfrentou questão que, em tese, poderia conduzir a condenação do recorrido à pena de inelegibilidade, ex vi do art. 22, XIV, da Lei Complementar nº 64/90. Presente, in casu, a hipótese do art. 121, § 4º, III, da Constituição da República. Precedentes: AgRg no Ag nº 8.668/DF, de relatoria do e. Min. Ari Pargendler, publicado no DJ de 11.3.2008; AgRg no Ag nº 8.574, julgado em 20.5.2008 e Edcl no RO nº 1.517, ambos de minha relatoria, julgados em 3.6.2008.

2. A Coligação Aliança da Vitória e o Jornal Correio do Tocantins foram excluídos do pólo passivo da demanda pela e. Corte Regional. No presente recurso ordinário a exclusão desses investigados é matéria que não foi impugnada, circunstância que viabiliza a devolutividade da quaestio juris apenas contra o Governador eleito. (Precedente: RESpe nº 11.721, Rel. e. Min. Marco Aurélio, DJ de 17.6.1994).

3. Nos termos da atual jurisprudência deste e. Tribunal, apenas jornal de tiragem expressiva, enaltecendo um único candidato, caracteriza uso indevido dos meios de comunicação, nos termos do art. 22, caput, da Lei Complementar nº 64/90. (Precedentes: RO nº 688, Rel. e. Min. Fernando Neves, DJ de 21.6.2004; RO nº 1.530/SC, Rel. e. Min. José Delgado, DJ de 18.3.2008).

4. Na espécie, descabe falar em uso indevido de veículos ou meios de comunicação social (imprensa escrita), com potencialidade para prejudicar a legitimidade e a regularidade do pleito, uma vez que o acervo probatório trazido

aos autos é insuficiente para se definir a tiragem de cada edição do Jornal Correio do Tocantins.

5. Matérias veiculadas na imprensa escrita têm estreita relação com o interesse do eleitor (leitor), ao contrário do que ocorre com mecanismos de comunicação direta e de fácil acesso, como rádio e televisão (RO nº 725, Rel. e. Min. Carlos Madeira, DJ de 18.11.2005). Essa diferenciação confere status objetivo de menor alcance ao texto jornalístico e, associada à circunstância processual de não ser identificável o número de exemplares veiculados, em cada edição, obsta que se afirme a potencialidade para comprometer a normalidade das eleições.

6. Recurso ordinário não provido.¹²²

Dois aspectos merecem destaque. O primeiro é a substituição do termo *normalidade* pelo termo *regularidade*. Perfeito. É disso mesmo que se trata: que o processo transcorra – ou tenha transcorrido – de forma regular, normal. Ou, se se quiser, conforme as regras e as normas. Dentro do esperado, com regularidade. O outro aspecto é a demonstração de que, sem burla à normalidade e/ou à legitimidade das eleições, o ato eleitoral deve ser preservado. Se as eleições transcorreram com normalidade e o resultado é legítimo, não se pode falar em anulação do pleito.

Mais uma vez, vemos a proporcionalidade reinando:

Propaganda institucional. Obra pública. Solenidade de descerramento de placa inaugural com nome do chefe do Executivo local. Ausência de violação ao art. 73, VI, b, da Lei nº 9.504/97.

Proibições contidas na Lei Eleitoral devem ser entendidas no contexto de uma reserva legal proporcional, sob pena de violação a outros princípios constitucionais.

Agravo desprovido.¹²³

No caso acima transcrito, consta como fundamento da decisão do culto Min. Gilmar Mendes algo bastante próprio da *estrita segurança jurídica eleitoral*:

¹²² Recurso Ordinário 1514, Rel. Min. Felix Fischer, 26/06/2008, DJ - Diário da Justiça, Data 06/08/2008, Página 29.

¹²³ Agravo Regimental em Agravo de Instrumento nº 4592, Rel. Min. Gilmar Mendes, 03/11/2005, DJ - Diário de Justiça, Data 09/12/2005, Página 142.

Como também já tive a oportunidade de manifestar, creio que a intervenção do Tribunal Superior Eleitoral no processo eleitoral há de se fazer de uma forma minimalista, com o devido cuidado para que não haja alteração da própria vontade popular.

De fato, se o Judiciário intervier em resultado eleitoral em face de prática que não lesou a normalidade e nem a legitimidade das eleições, estará ele a causar sério dano à democracia, pois estaria sua decisão a conspurcar a vontade do eleitor. Em casos assim, estaria o Judiciário fazendo uso indevido do seu poder, praticando, pois, abuso de poder. É o que ocorre, em nosso ver, quando o resultado de pleito é anulado pela comprovação da compra de 3 votos por algum cabo eleitoral seu. Fere de frente a *preservação do ato eleitoral*, portanto a *segurança jurídica eleitoral*; além, é claro, da própria legitimidade das eleições.

Outra aplicação do princípio da *estrita segurança jurídica eleitoral* merece destaque. Conforme disposto no artigo 257 do Código Eleitoral, os recursos eleitorais não têm efeito suspensivo. Por essa regra, a interposição do recurso especial eleitoral não susta os efeitos do acórdão regional, razão pela qual caberia sua execução provisória. Entretanto, a jurisprudência do Tribunal Superior Eleitoral tem reiteradamente conferido o efeito suspensivo ao recurso especial, sempre que vislumbra necessidade de “evitar alternância no poder”. Podemos ver este argumento em diversas decisões, em linhas muito similares às expressadas no excerto que segue, verdadeiro *leading case* que cita a segurança jurídica como fundamento:

AGRAVO REGIMENTAL. Mandado de Segurança. Pleito. Renovação. Liminar. Suspensão. Provimento.

Constatada a ilegitimidade do autor para, em nome próprio, pleitear direito alheio, nega-se a liminar.

Na pendência dos processos de impugnação deve-se evitar o rodízio constante de pessoas na administração municipal. Alterações sucessivas no exercício do cargo de prefeito geram insegurança jurídica, perplexidade e descontinuidade administrativa. Por isso, não é aconselhável apressar a realização de novas

eleições, quando há possibilidade de o candidato cassado ter seu recurso provido.¹²⁴

É importante anotar como um princípio constitucional se impõe, de forma a fazer sustar os efeitos de uma regra legal expressa. Sempre que a decisão não transitada em julgado causar alternância do poder, o princípio da estrita segurança jurídica eleitoral vai fundamentar a atribuição de efeito suspensivo ao recurso eleitoral, apesar do disposto no artigo 257 do Código Eleitoral. A força do princípio – que afasta a aplicação de regra expressa, quando observadas estas específicas circunstâncias – é inconteste e a jurisprudência é farta neste sentido.

De outro giro, o Tribunal Superior Eleitoral também já se pronunciou a respeito de uma necessária estabilidade das decisões da justiça eleitoral:

Dir-se-ia que, no uso dessas regras processuais, aplicam-se subsidiariamente as normas do Cód. de Proc. Civil. Mas isso de dá, unicamente, quando tais normas não se mostram incompatíveis com o Direito Eleitoral; e, na verdade, a ação rescisória mostra-se totalmente incompatível com o processo eleitoral, onde deve prevalecer além da celeridade dos julgamentos, a estabilidade de suas decisões.¹²⁵

Esta estabilidade não é exigida tão somente em relação à irrevogabilidade de seus acórdãos, mas também em relação à manutenção de entendimentos sufragados pela corte em uma mesma eleição. No julgamento do Recurso Especial nº 28.450/PA, o Min. Caputo Bastos pontuou que “no que respeita às eleições de 2006, recomenda-se não haver nova alteração da jurisprudência em relação ao mesmo pleito, o que prestigia, inclusive, o princípio da segurança jurídica”. Esta mesma orientação tem permeado vários outros julgados da Corte Superior Eleitoral:

¹²⁴ MS 3345/RN, de 19/05/2005, Rel. Min. Humberto Gomes de Barros. No mesmo sentido: MC 1702, MS 3345, MC 1709, MC 1733, MC 1736 e MC 2170.

¹²⁵ Resolução 11742, AR 6375/MT, de 27/09/1983, Rel. José Maria de Souza Andrade.

ELEIÇÕES 2006. AGRAVO REGIMENTAL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. PROPAGANDA ELEITORAL. PINTURA EM MURO. PRECEDENTES DA CORTE. DESPROVIMENTO.

1. É assente no Tribunal Superior Eleitoral que a pintura em muro que exceda a 4 m² não enseja a aplicação de multa por propaganda irregular. Precedentes.
2. A jurisprudência do TSE recomenda 'não haver alteração de posicionamento jurisprudencial em relação à mesma eleição' (Respe nº 27.696/SP, Min. Marcelo Ribeiro).
3. Agravo regimental desprovido.¹²⁶

Vê-se que há uma clara diretriz em não surpreender os atores do processo eleitoral com novas interpretações, por mais consistentes que sejam, preservando-se a regra do jogo enquanto este é jogado. Qualquer alteração de posicionamento, recomenda o princípio da estrita segurança jurídica eleitoral, deve ser procedida em outro momento. É exatamente o que ocorreu em outro caso do Tribunal Superior Eleitoral, em que houve uma tentativa de mudança da jurisprudência em relação ao limite de tamanho das placas afixadas em comitês eleitorais: o Tribunal Superior Eleitoral vinha admitindo que as placas afixadas em comitês eleitorais não precisavam observar o limite de 4 m²; entretanto, o Min. Marcelo Ribeiro, em seu voto, defendeu que este limite também deveria ser aplicado aos comitês. Não obstante, decidiu aquela corte que não poderiam alterar esta regra em uma mesma eleição, ao que o Ministro relator assim ponderou: “De qualquer forma, aproveito para propor que, em resolução referente ao pleito de 2008, seja incluído dispositivo que expressamente proíba a fixação de placa com dimensão superior à permitida em comitê de candidato”¹²⁷. Assim, muito embora tenha se formado naquela ocasião um possível consenso pela alteração do entendimento até então adotado, a Corte houve por bem definir que esta mudança só poderia ocorrer no pleito seguinte e mediante expressa previsão na resolução regulamentadora¹²⁸.

De outra parte, a diligência dos atores eleitorais é princípio autônomo e bastante recorrente na jurisprudência constitucional espanhola. Por lá já se manifestou o Tribunal Constitucional Espanhol: “al conocimiento de la verdad material debe preceder la

¹²⁶ Agravo Regimental no Agravo de Instrumento nº 8.302, Rel. Min. Carlos Ayres Britto.

¹²⁷ RESPE 27.696, Rel. Min. Marcelo Ribeiro, 04/12/2007.

¹²⁸ Observe-se, entretanto, que esta alteração regulamentadora não ocorreu.

suficiente diligencia de los interesados en su descubrimiento y efectividad, y si ello es exigible en mayor medida en algún ámbito, entre ellos se encuentra, sin duda, su peculiar naturaleza, el electoral”¹²⁹.

Esta diligência exigida decorre da própria necessidade de estabilidade que o processo eleitoral exige. O que deve ser evitado é que as discussões acerca do pleito e da decisão popular se eternizem, especialmente quando podem gerar as indesejáveis cassações tardias. Vejamos como o Tribunal Superior Eleitoral se posicionou a este respeito:

(...)

A estabilidade do processo eleitoral deve ser assegurada quando não há denúncia maculadora do pleito apresentada tempestivamente.

Os fenômenos preclusivos, decadenciais e de ausência de interesse de agir atuam, de modo preponderante, nas várias etapas em que as eleições se desenvolvem, tudo em homenagem à segurança jurídica, especialmente quando há incertezas sobre os fatos terem influído na vontade do eleitor.

O marco final da data das eleições para o ingresso em juízo de ação de investigação judicial eleitoral para apurar as condutas vedadas no art. 73, da Lei nº 9.504/97, está em harmonia com os princípios regentes do sistema eleitoral, principalmente o que consagra a necessidade de se respeitar a vontade popular e de não se eternizarem os conflitos (...).¹³⁰

O enunciado princípio que consagra a necessidade de não se eternizarem os conflitos é o princípio da estrita segurança jurídica eleitoral. Na espécie, foi aplicado com duplo fundamento: preservação do ato eleitoral e diligência dos atores do processo eleitoral.

3. PRINCÍPIO DA LIBERDADE DE PROPAGANDA POLÍTICA

¹²⁹ STC 80/2002.

¹³⁰ Respe 25.966, Rel. Min. José Augusto Delgado, DJ 23/08/2006, p. 110. No mesmo sentido, Acórdão nº 159.048, proferido pelo TRE/SP na Investigação Judicial nº 40, Rel. Des. Marco César, em 23/10/07.

a) Fundamentos Filosóficos

A democracia está intimamente ligada à ideia de liberdade. Em MONTESQUIEU e KANT, visualizamos o governo democrático como aquele fundado na ideia de pessoas livres que se autogovernam. E, para que possam realizar este autogoverno, necessitam fazer uso de algumas liberdades, tais como a de consciência, de expressão, de reunião, de associação, de informação, entre outras, como forma de garantir que a escolha do povo está de fato sendo tomada pelo povo.

Dentro deste contexto está inserida a liberdade de propaganda política.

A exigência de respeito à liberdade de propaganda política comporta dois fundamentos distintos. Um diz respeito ao direito individual dos candidatos, radicado no sufrágio universal passivo e na liberdade de expressão. Ambos, direitos fundamentais da pessoa humana. Mas há outro fundamento que está radicado no próprio sistema democrático e no pluralismo político, presente no fato de que sem liberdade de propaganda dos candidatos os eleitores ficam prejudicados. É, por assim dizer, também uma garantia ao eleitor a liberdade de propaganda.

No decorrer das eleições os candidatos têm de se comunicar com seus eleitores e expressar suas ideias. Sua mensagem tem de chegar ao eleitor, sob pena da escolha popular resultar prejudicada e, com isso, deslegitimada. Se o candidato não tem liberdade para apresentar sua proposta ou se são limitados os meios pelos quais pode fazê-lo, a maior vítima é a democracia.

O pluralismo político exige a ampla liberdade na propaganda eleitoral, seja no seu conteúdo, seja na sua forma. Para garantir o desenvolvimento das mais amplas correntes de pensamento, exigido pelo princípio fundamental e estruturante do pluralismo político, há de se garantir a liberdade de expressão dos candidatos.

b) Fundamentos Jurídicos

O fundamento jurídico da liberdade de propaganda é, sobretudo, a consagração da liberdade de expressão e do banimento da censura no artigo 5º da Constituição Federal, dentre os direitos fundamentais:

IV – é livre a manifestação do pensamento, sendo vedado o anonimato;

IX – é livre a expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença;

Esta liberdade fundamental, no âmbito eleitoral, é reforçada pelo princípio do pluralismo político que exige respeito e espaço para manifestação das mais diversas correntes políticas, bem como pelo princípio da legitimidade das eleições que exige acesso às informações por parte dos eleitores.

c) Conteúdo Jurídico

O princípio da liberdade de propaganda política demanda que não seja limitado o direito de expressar ideais políticos, bem como o de divulgar partidos políticos e candidaturas.

A propaganda política divide-se entre partidária e eleitoral. A propaganda partidária é aquela regulada pelo direito partidário e destinada à divulgação do conteúdo programático dos partidos políticos; mereceu status constitucional com a garantia de acesso gratuito a rádio e televisão para sua realização, no § 3º do artigo 15

da lei Maior. A propaganda eleitoral é aquela destinada à divulgação de candidatura e captação de votos.

Tal qual ocorre com todas as liberdades, esta também não é absoluta. Encontra seus limites no choque com outros princípios constitucionais, tal qual o direito à honra e a ordem pública. Mas também cabe pontuar que o combate ao abuso do poder econômico e a isonomia entre candidatos leva à sofisticação de regras que representam verdadeiros limites à liberdade de propaganda na seara eleitoral. Normas que limitam o período da propaganda (tempo da campanha eleitoral), que estabelecem regras para o uso de alguns espaços de mídia (e.g., imprensa escrita, *outdoor*) somente se justificam se estiverem diretamente vinculadas a outros princípios constitucionais do direito eleitoral. Em especial, estas normas visam a garantir a paridade de armas entre os candidatos, que caracteriza marcadamente o princípio da isonomia eleitoral, de forma a impedir que as empresas de mídia favoreçam alguns candidatos em detrimento de outros.

O que não pode jamais ocorrer, como temos observado, é a restrição administrativa (via atos ou resoluções da Justiça Eleitoral) de novos meios de propaganda. O direito fundamental, como é cediço, deve ser interpretado da forma mais ampla e suas restrições da forma mais restritiva possível, como forma de garantir a maior eficácia possível destes¹³¹. As restrições à liberdade de propaganda só podem estar contidas na lei e justificadas em princípios constitucionais. Não se admitem restrições que não estejam lastreadas em normas do mesmo status que a norma em questão.

Tomemos como exemplo as restrições à propaganda eleitoral na televisão ou no rádio. Como sabemos, esta somente se dá dentro do horário específico destinado a este fim, mediante a distribuição proporcional do tempo entre os partidos. Esta restrição encontra lastro na isonomia eleitoral e, mais especificamente, na neutralidade estatal. Os sinais de rádio e televisão são públicos e está totalmente vedada a realização de propaganda através de órgãos públicos ou de suas concessionárias, como é o caso das empresas privadas de radiodifusão (art. 21, XI, CF/88).

¹³¹ A este respeito, vide CANOTILHO (1993, p. 227), BASTOS (1999, p. 104 e segs.) e BARROSO (2001, p. 240 e segs.).

Medidas que visam à redução do impacto financeiro das campanhas eleitorais também são admitidas, em face dos conteúdos específicos do princípio da isonomia eleitoral.

É importante, porém, salientar que em relação ao tema da propaganda eleitoral há que se ter muita cautela, pois trata-se de um meio em intensa evolução, decorrente do desenvolvimento e do uso de novas tecnologias. E não estamos falando só do desenvolvimento tecnológico, que permite a realização de propaganda pela internet nas suas mais variadas formas (*site, blog, e-mail, chat, etc.*), como também no desenvolvimento de novas técnicas de propaganda (*banners, telemarketing, adesivos translúcidos, brindes, etc.*).

A propaganda eleitoral não deve ser jamais restringida diante de posturas reacionárias assustadas com as novas ferramentas desenvolvidas pelos candidatos ou por suas equipes, sendo certo que somente poderão ser restringidas quando afetarem de forma brutal outros princípios constitucionais pertinentes, como sói ocorrer com os princípios da legitimidade das eleições e da isonomia eleitoral. Afora uma lesão bastante clara destes (ou de outros) princípios constitucionais, é livre a propaganda política e, em especial, a eleitoral. Mas, em respeito ao valor supremo da liberdade e aos princípios do pluralismo político e da liberdade de propaganda, devemos sempre interpretar as normas no sentido de ampliar a liberdade e resguardar a democracia, que tanto depende daquela. Conforme alertara HÄBERLE, “el jurista, como exegeta constitucional (...), puede hacer mucho en pro de su proyección en el ámbito social y garantizar así la libertad de la ciudadanía” (2002, p. 103).

À legislação infraconstitucional compete estabelecer balizas mais claras em relação à propaganda política, regulando o acesso dos partidos e dos candidatos ao horário gratuito e os meios (mídias) pelos quais não pode ser realizada a propaganda de forma livre. Mas, sempre, com o cuidado de não restringir mais do que o necessário, pois a liberdade de propaganda eleitoral é um princípio constitucional e um direito fundamental a serviço da democracia. Conforme adverte GARCIA LLOVET, citando jurisprudência espanhola, “las libertades de comunicación social en los periodos electorales ‘lejos de restringirse se amplían, puesto que este período de tiempo reviste

una características de confrontación ideológica y dialéctica que imponen una mayor permisibilidad en los usos del debate¹³² (1987, p. 160).

Em termos de desenvolvimento legislativo, a propaganda partidária é regida pela Lei Orgânica dos Partidos Políticos e a propaganda eleitoral pela Lei das Eleições e também pelo Código Eleitoral, já bastante derogado nesta matéria.

Considerando os desvios conhecidos, esta propaganda pode ser irregular ou criminosa. É irregular quando realizada em descompasso com diretrizes legais, tais como período ou falta de informação necessária (por exemplo, nome do partido ou coligação). É criminosa quando incide em dispositivos penais estipulados no Código Eleitoral.

Um importante instrumento de desenvolvimento legislativo do princípio da liberdade de propaganda é a criminalização da perturbação e do impedimento de propaganda eleitoral, tipificados pelos artigos 331 e 332 do Código Eleitoral:

Art. 331. Inutilizar, alterar ou perturbar meio de propaganda devidamente empregado:

Pena – detenção até 6 (seis) meses ou pagamento de 90 (noventa) a 120 (cento e vinte) dias-multa.

Art. 332. Impedir o exercício de propaganda eleitoral:

Pena – detenção até 6 (seis) meses e pagamento de 30 (trinta) a 60 (sessenta) dias-multa.

Ao comentar o crime tipificado no artigo 332, Joel J. CÂNDIDO cita expressamente o princípio aqui versado: “O impedimento deve inviabilizar, no todo ou em parte, o exercício da propaganda lícita, com prejuízo à vítima, lesando o Princípio da Liberdade da propaganda política, para não configurar a perturbação do art. 331” (1998, p. 304).

O Código Eleitoral, no entanto, também expressa a liberdade de propaganda em alguns dispositivos permissivos:

¹³² Sentença da Audiência Territorial de Sevilla de 15 de junho de 1982, confirmada pelo Tribunal Supremo na sentença de 9 de dezembro de 1982.

Art. 244. É assegurado aos partidos políticos registrados o direito de, independentemente de licença da autoridade pública e do pagamento de qualquer contribuição:

I – fazer inscrever, na fachada de suas sedes e dependências, o nome que os designe, pela forma que melhor lhes parecer;

II – instalar e fazer funcionar, normalmente, das quatorze às vinte e duas horas, nos três meses que antecederem as eleições, alto-falantes, ou amplificadores de voz, nos locais referidos, assim como em veículos seus, ou à sua disposição, em território nacional, com observância da legislação comum.

.....
Art. 245. A realização de qualquer ato de propaganda partidária ou eleitoral, em recinto aberto, não depende de licença da polícia.

.....
Art. 248. Ninguém poderá impedir a propaganda eleitoral, nem inutilizar, alterar ou perturbar os meios lícitos nela empregados.

Art. 249. O direito de propaganda não importa restrição ao poder de polícia quando este deva ser exercido em benefício da ordem pública.

Vê-se que os dispositivos acima transcritos favorecem a propaganda política lícita, assegurando a liberdade de realizá-la, estando assim em conformidade com o princípio constitucional da liberdade de propaganda política.

d) Aplicação jurisprudencial

O Tribunal Constitucional espanhol já teve oportunidade de se manifestar sobre a magnitude que ganha a liberdade de expressão quando está relacionada ao fenômeno eleitoral:

(...) las libertades de expresión e información actúan, por así decir, como instrumentos que hacen posible la participación en los asuntos públicos y el acceso a los cargos públicos, al mismo tiempo que ese contexto de participación

política en el que se ejercen delimita o cualifica el contenido y alcance de dichas libertades, como veremos de inmediato. (...) cuando estas libertades operan como instrumento de los derechos de participación política debe reconocérseles si cabe una mayor amplitud que cuando actúan en otros contextos, ya que el bien jurídico fundamental por ellas tutelado, que es también aquí el de la formación de la opinión pública libre, adquiere un relieve muy particular en esta circunstancia, haciéndoles ‘especialmente resistente(s), inmune(s) a las restricciones que es claro que en otro contexto habrían de operar’ (STC 157/1996 [RTC 1996, 157], fundamento jurídico 5º, aunque se refiere a un ámbito distinto del electoral). (...) En suma, cabe concluir que, cuando esas libertades aparecen ‘conectada(s) a los procesos de formación y exteriorización de un poder político democrático (art. 23 CE) “deberá garantizarse la máxima libertad – y los mayores medio – para que los individuos y los grupos hagan llegar a los electores cualquier tipo de opiniones o informaciones ‘para que el ciudadano pueda formar libremente sus opiniones y participar de modo responsable en los asuntos públicos” (STC 157/1996, fundamentos jurídicos 5º e 6º), pero, por el mismo motivo, en este contexto deberá existir una especial cautela respecto de todo aquello que pueda limitar la libertad de opción de los ciudadanos y, muy especialmente, durante los procesos electorales.¹³³

Reconhece-se, pois, que as especificidades do período eleitoral e a incidência dos demais princípios do direito eleitoral dão uma conotação diferenciada à liberdade de expressão, quando esta envolve a propaganda política. O Tribunal Regional Eleitoral de São Paulo também segue esta mesma linha, como podemos verificar no seguinte excerto do voto vencedor da Des. Suzana Gomes:

Inicialmente, cumpre ressaltar que na vigência do Estado Democrático de Direito, devem coexistir os princípios fundamentais de existência da República Federativa do Brasil. Dessa forma a legislação infraconstitucional deve criar mecanismos para convivência do princípio democrático (artigo 1º, da Constituição Federal), com a livre manifestação do pensamento (artigo 5º, inciso IV, Constituição Federal) e a liberdade de propaganda eleitoral, como expressão do pluralismo político (artigo 1º, V, Constituição Federal).

Ao aplicador do direito, quando da interpretação normativa, cabe a tarefa de harmonizar os princípios constitucionais, naquilo que J. J. Gomes Canotilho, (*in* Direito Constitucional, 5ª edição, Coimbra: Almedina, 1991, p. 234) denomina *princípio da concordância prática ou da harmonização*.

Dessa forma, devem coexistir o direito a liberdade de propaganda, com o livre exercício da soberania popular, da cidadania e do pluralismo político.

A propaganda eleitoral tem por finalidade promover a liberdade de expressão dentro de padrões éticos e construtivos, de molde a possibilitar aos eleitores

¹³³ STC 136/1999 (RTC 1990, 24), F 6 (DUQUE VILLANUEVA, 2006, pp. 129-130)

tomar conhecimento a respeito dos candidatos que os representarão perante o parlamento ou exercerão a chefia da Administração Pública.

Assim, nessa seara, a lei permite que o candidato possa difundir sua plataforma eleitoral e tornar-se conhecido da população, para que esta possa livremente escolher seus representantes.

(...)

Verifica-se, portanto, que por mais que haja liberdade de propaganda, esta deve ser submetida a diversas restrições, tendo em vista outros valores igualmente protegidos em sede constitucional.¹³⁴

Vê-se o reconhecimento da essência da liberdade de propaganda e o tratamento nitidamente principiológico dado à norma em questão. No caso vertente, tratava-se de questionar se a propaganda crítica tecida por um adversário político ensejaria sua ilegalidade por criar artificialmente estados emocionais (vedação contida no art. 242 do Código Eleitoral). Entretanto, ponderou a ilustre Relatora:

Ao homem público, ademais, não é permitido revestir-se de suscetibilidade exacerbada, furtando-se à possibilidade de crítica e diálogo que é própria do sistema democrático.

Interpretar-se de outra forma esse direito fundamental consubstanciado na *liberdade de opinião*, afastando-se a possibilidade de *crítica*, seria incidir em efetiva censura, o que não permite o texto constitucional.

Conduta semelhante tomou o Tribunal Superior Eleitoral em caso semelhante:

REPRESENTAÇÃO. PROPAGANDA ELEITORAL. HORÁRIO GRATUITO. RESOLUÇÃO Nº 20.988/2002 (§ 1º DO ART. 32). DEPOIMENTO DE ATRIZ: MEDO. ALEGAÇÃO DE CRIAÇÃO DE ESTADOS MENTAIS E EMOCIONAIS.

- É lícito uma pessoa - artista ou não - dizer publicamente que tem medo das próprias previsões e análises que faz em torno da vitória de um ou outro candidato à Presidência da República.

- Deve ser cautelosa a leitura do art. 242 do CE e de sua reprodução literal no art. 6º da Resolução nº 20.988 do TSE, quando guardar o dispositivo legal alguma semelhança com o art. 2º da Lei de Segurança Nacional.

- Representação improcedente.¹³⁵

¹³⁴ Recurso eleitoral nº 21.108, Acórdão nº 149.749, de 3/09/2004, publicado em sessão.

Em síntese, vê-se que a liberdade de propaganda tem sido aplicada com estrito respeito à proporcionalidade, de forma a não se tornar um direito absoluto e nem tampouco ser esvaziado pela aplicação de outras normas.

E. PRINCÍPIOS DE DIREITO PROCESSUAL ELEITORAL

Como vimos, a justiça eleitoral é um órgão jurisdicional e administrativo. O relacionamento dela com os cidadãos e partidos políticos se dá através de procedimentos tutelados por regras específicas, que conformam uma sub-matéria do direito eleitoral, denominada *direito processual eleitoral*.

Nesta seara, há a incidência de um princípio constitucional, que é o da celeridade processual, de que trataremos adiante. Não obstante, é de se registrar a faceta processual do princípio da estrita segurança jurídica eleitoral, que também aporta conteúdos relevantes ao processo judicial eleitoral na exigência de diligência dos atores eleitorais.

A Constituição Federal, através de seus dispositivos, demanda a adoção de regras específicas para este tipo de *processo*. No seu artigo 14, §§ 10 e 11, cria a ação de impugnação de mandato eletivo, definindo inclusive o prazo para interposição. Mas não é só: a própria realidade das eleições está a exigir regras específicas para esta peculiar seara processual, deixando que a aplicação das normas do processo civil ou penal ocorra tão-somente de forma subsidiária.

¹³⁵ Representação nº 587, Rel. Min. José Gerardo Grossi, 21/10/2002, RJTSE - Revista de Jurisprudência do TSE, Volume 15, Tomo 1, Página 39.

1. PRINCÍPIO DA CELERIDADE PROCESSUAL ELEITORAL

a) Fundamentos filosóficos

Comentando a garantia de acesso aos tribunais, CANOTILHO (1993, p. 652) argumenta que a

proteção jurídica através dos tribunais implica a garantia de uma *proteção eficaz*. Neste sentido, ela engloba a exigência de uma apreciação, pelo juiz, de matéria de facto e de direito, objecto do litígio ou da pretensão do particular, e a respectiva 'resposta' plasmada numa decisão judicial vinculativa (em termos a regular pelas leis de processo).

De nada adianta ter direitos, se eles não podem ser exigidos. De nada valem as normas, sem uma instância que possa determinar sua aplicação. Daí decorre a existência do Poder Judiciário e sua independência, e também, a seu turno, a existência de normas processuais, que regulam como aceder à Justiça. Estas normas processuais têm de estar de acordo com o direito material que tramita no Judiciário, sob pena de fazer perecer o direito ali contido.

A adequação das normas processuais ao direito material e às situações de fato que este regula é uma condição essencial para que este direito material seja efetivo. Afinal de contas, o processo não é um fim em si, mas um meio que deve ser adequado e útil.

Na prestação do serviço jurisdicional, o Estado tem de prover o processo judicial de efetividade e tempestividade, pois o atraso pode significar a negativa do acesso ao Poder Judiciário e à defesa de direitos.

Assim é que o direito processual também deve ter em vista a legitimidade das eleições, de forma a não permitir que uma perspectiva individualista das normas

processuais conduza à desqualificação do processo eleitoral como um todo. Se, por um lado, não se pode perder vista que o devido processo legal exige garantias individuais (tais como a ampla defesa, contraditório, duplo grau de jurisdição), ele também tem de ser balanceado pela necessidade de agilidade exigida pelas eleições. Estas se dão em período curto e representam um momento de estresse organizacional na administração pública e cívico na sociedade pelo volume de atividades e pelas mudanças que acarretam, cujo fim não pode ficar em aberto e deve ser certo. Essa direção deve ser assumida no direito eleitoral sob a égide do princípio da celeridade processual.

b) Fundamentos Jurídicos

Em seu artigo 5º, XXXV, declara que “*a lei não excluirá da apreciação do Poder lesão ou ameaça a direito*”. Está aí configurado o chamado princípio do *amplo acesso ao Judiciário*, também conhecido como princípio da *inafastabilidade do controle judicial*.

Este princípio é uma consequência da separação dos poderes, na medida em que impede os outros poderes de reduzir o espaço natural de atuação do Poder Judiciário.

Entretanto, ao passo que garante ao juiz que nenhuma lei o impedirá de julgar os casos, é uma garantia ao cidadão. Segundo JOSÉ AFONSO DA SILVA (1995, p. 410), este princípio “constitui, em verdade, a principal garantia dos direitos subjetivos”. Não é lícito ao Estado produzir normas que impeçam o Poder Judiciário de julgar e intervir em situações em que o direito de alguém é lesado, ou mesmo ameaçado. É por isso que se diz que o Judiciário é a “última porta”, ou a garantia maior dos cidadãos. Este direito à prestação jurisdicional só pode ser entendido dentro de um contexto de *eficácia*. Comentando o direito constitucional à jurisdição, CARMEN LÚCIA ANTUNES ROCHA (1993, p. 33) manifesta que

este consiste no direito público subjetivo constitucionalmente assegurado ao cidadão de exigir do Estado a prestação daquela atividade. A jurisdição é, então, de uma parte, direito fundamental do cidadão, e, de outra, dever do Estado. (...) O direito à jurisdição apresenta-se em três fases, a saber, a) o acesso ao poder estatal prestador da jurisdição; b) a eficiência e prontidão da resposta estatal à demanda de jurisdição; e c) a eficácia da decisão jurisdita.

A prestação jurisdicional deve atender aos fins que se destina, sob pena de fazer este direito letra morta. Assim é que o serviço jurisdicional, que é condicionado pelas normas processuais, deve ser concebido de acordo com o direito material protegido, como uma forma de fazer que as regras processuais sejam pertinentes à realização do direito material. Não é sem razão que as normas processuais diferem nos campos civil e penal, tendo ainda suas especificidades nos campos administrativo e tributário. Com o direito eleitoral não poderia ser diferente: a situação objetiva das eleições (objeto normado) exige normas processuais específicas e céleres.

Se isso já era verdade antes da conhecida Reforma do Judiciário, implantada pela Emenda Constitucional nº 45/04, agora fica ainda mais evidente. Referida emenda fez constar expressamente entre os direitos fundamentais do artigo 5º da Constituição a *razoável duração do processo e a sua celeridade*:

LXXVIII - a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação.

Conforme asseverou PIETRO ALARCÓN (2005, p. 34),

nesse compasso, a reforma do Judiciário acompanha uma evolução interessante do Direito Processual e do constitucionalismo, e toca não só a estrutura do Estado-Juiz, mas também o próprio processo, estabelecendo a razoabilidade como parâmetro de valoração da durabilidade da lide. Ingressa de maneira positiva no Direito Constitucional Processual imprimindo o selo do procedimento eficiente, tornando ainda mais forte a garantia do acesso à jurisdição e do *due process of law*.

A preocupação com o tempo da lide também aparece em CANOTILHO (1993, pp. 652-653):

(...) ao demandante de uma proteção jurídica deve ser reconhecida a possibilidade de, em *tempo útil* ('adequação temporal', 'justiça temporalmente adequada'), obter uma sentença executória com força de *caso julgado* – 'a justiça tardia equivale a uma denegação de justiça'. (...) Note-se que a exigência de um *direito sem dilações indevidas*, ou seja, de uma proteção judicial em tempo adequado, não significa necessariamente 'justiça acelerada'. A 'aceleração' da proteção jurídica que se traduza em diminuição de garantias processuais e materiais (prazos de recurso, supressão de instâncias) pode conduzir a um justiça pronta mas materialmente injusta. Noutros casos, a existência de processos céleres, expeditos e eficazes – de especial importância no âmbito do direito penal mas extensiva a outros domínios – é condição indispensável de uma prestação jurídica adequada.

No direito eleitoral, como visto, esta situação é inteiramente aplicável. A celeridade exigida do processo eleitoral é uma decorrência lógica dos princípios do acesso ao judiciário e da razoável duração do processo, conjugados com a realidade material das eleições. A aceitar um direito processual moroso no âmbito eleitoral, estaríamos ferindo de morte o direito à Justiça (acesso ao Judiciário), pois todas as decisões seriam inócuas ou inoportunas. Temos, assim, que a celeridade processual eleitoral era um princípio implícito da nossa Constituição até a edição da Emenda Constitucional nº. 45/04, sendo que agora já pode ser classificado como "quase-expresso". Ao passo que o princípio estampado na Lei Maior por força da Reforma do Judiciário prega uma duração razoável do processo de forma geral (sem distinções para cada tipo de processo), claro é que jamais poderemos defender a mesma celeridade em todos os tipos de feito; cada procedimento tem um rito condizente com o objeto tutelado: aí a ideia geral de *razoabilidade*.

Inclui-se, de logo, nos parâmetros de durabilidade do processo, o tempo prudente e justo para que a decisão jurisdicional renda a eficácia esperada, ou seja, a razoabilidade se estende não ao tempo de afirmação do direito em litígio, senão à própria execução da decisão, à realização de seu conteúdo, à aplicação efetiva do direito. (ALARCÓN, 2005, p. 35)

O novo princípio constitucional da razoável duração do processo não exige uma celeridade uniforme em todas as searas processuais. Mas exige que se busque fórmulas adequadas a cada tipo processual, voltadas a uma prestação ágil dos serviços judiciais. No caso do direito eleitoral (a exemplo do que ocorre nos juizados especiais) já podemos falar especificamente de uma *celeridade*. O tempo de duração de um processo eleitoral tem de ser necessariamente curto, diferentemente das outras searas do direito.

“Pela premência do processo eleitoral, que tem que ser todo ultimado para que o eleito tome posse no começo do ano vindouro, o Direito Eleitoral, em seus procedimentos, adotou o princípio da celeridade” (VELLOSO; AGRA, 2009, p. 252). Tendo em vista que as eleições ocorrem em período determinado e curto (do registro das candidaturas até a data das eleições passam somente três meses), a medida razoável dos prazos eleitorais deve ser curtíssima.

c) Conteúdo jurídico

Não se admite norma infraconstitucional que estabeleça prazos dilatados no processo eleitoral. O processo ordinário não se adapta à necessidade de celeridade imanente dos procedimentos de cunho eleitoral. Assim como também não se exige o rigor formal do processo civil ou penal, pois a necessária celeridade eleitoral exige prazos curtos e decisões rápidas, que são incompatíveis com exigências maiores em torno da forma.

Processos judiciais que versem sobre questões eleitorais têm que ser decididos da maneira mais rápida possível, respeitando ao máximo o período eleitoral. Discussões judiciais sobre direito de reposta, propaganda eleitoral, horário eleitoral gratuito não podem jamais admitir um rito que proteja a decisão para depois das eleições. O abuso de poder, pela sua natureza, exige uma prova mais robusta e tem

consequências mais graves (cassação da candidatura e suspensão dos direitos políticos) e, portanto, demandam a formação de um conjunto probatório com respeito à ampla defesa. Assim, exige mais tempo. Entretanto, também não pode ser o mesmo tempo de um rito ordinário, vez que essas decisões devem ser tomadas *preferencialmente* antes das eleições, para evitar a “eleição de candidato cassado” e consequente nulidade de votos e, possivelmente, das próprias eleições.

O princípio da celeridade processual eleitoral exige que a legislação eleitoral seja econômica nos prazos e procedimentos, sempre focando o norte da *agilidade*. Sua contraface é a economia processual e a ausência de formalismos: tudo o que puder colaborar para uma decisão rápida deve ser tomado em consideração. Ao comentar o princípio da celeridade processual em outras searas, VALENTIN CARRION (2002, p. 557) ensina que:

É princípio almejado do processo em geral, previsto na CLT (art. 765) e no CPC (art. 125, II). Batalha a define como uma das variantes do princípio da economia processual, juntamente com a concentração, eventualidade e saneamento, exigindo prazos exíguos e improrrogáveis. A referência à celeridade processual seria cômica, se não fosse trágica; a realidade mostra o substantivo oposto, a parcimônia processual.

Registremos, portanto, as exigências do princípio da celeridade processual eleitoral: informalidade, economia processual, prazos curtos (para os juízes e para as partes) e peremptórios. É desta combinação de elementos que se nutre um processo judicial ou administrativo célere, cujo fim maior é conferir legitimidade e certeza ao pleito, garantindo decisões tempestivas em relação ao pleito eleitoral. E dela decorre a necessária diligência dos atores envolvidos no processo eleitoral.

Isto, evidentemente, sem prejuízo da segurança jurídica ou do direito de defesa. “O prazo não pode ser tão extenso que proteja a necessária prestação, mas também não pode ser tão exíguo que comprometa o contraditório ou a ampla defesa, ou mesmo, a satisfação do direito” (ALARCÓN, 2005, p. 36). Este princípio também se aplica diretamente aos magistrados e às partes, decorrendo dele a peremptoriedade dos prazos eleitorais e a já referida ausência de formalismo. Para cumprir com a

celeridade exigida, a lei assegura a prioridade para despacho do Ministério Público e dos juízes eleitorais nos feitos eleitorais (Lei das Eleições, art. 94),

descabendo a alegação de que deixou de cumprir as atribuições eleitorais em virtude de acumulação de serviço no exercício de suas funções regulares. O descumprimento da celeridade exigida constitui crime de responsabilidade e acarreta anotação funcional para efeito de promoção na carreira. (VELLOSO; AGRA, 2009, p. 252)

d) Aplicação jurisprudencial

O Supremo Tribunal Federal já havia aplicado o princípio da celeridade processual em matéria cível¹³⁶ antes mesmo da edição da Emenda Constitucional 45, ainda que de maneira tímida. Entretanto, na seara eleitoral, este princípio tem relevância nos julgamentos do Tribunal Superior Eleitoral de forma bastante acentuada há muito tempo, como vemos nesta decisão de 1983:

Ação rescisória.

Sua inadmissibilidade na justiça eleitoral, por ausência de previsão legal no código eleitoral, e por ser incompatível com a celeridade que se deve imprimir ao processo eleitoral.¹³⁷

Interessante anotar que no voto vencedor, o relator deste feito tece a relação entre a preservação do ato eleitoral e a celeridade, como fundamentos para sua decisão, conforme já transcrito no capítulo destinado à aplicação jurisprudência do princípio da estrita segurança jurídica eleitoral.

De uma forma mais direta, o Tribunal Superior Eleitoral já reconheceu o princípio e lhe deu o fundamento: as peculiaridades do processo eleitoral, em especial o prazo

¹³⁶ AI-AgR 467957, Rel. Ministro Sepúlveda Pertence, de 06/04/2004.

¹³⁷ Resolução 11742, AR 6375/MT, de 27/09/1983, Rel. José Maria de Souza Andrade.

certo do mandato. Na Resolução nº 21.634, de 19/2/2004, a Corte Superior decidiu que o rito aplicável à Ação de Impugnação de Mandato Eletivo deveria ser o estabelecido na Lei Complementar nº 64/90 e não o rito ordinário do Código de Processo Civil. Tal decisão confirmou alteração da jurisprudência anterior que pregava a adoção do rito ordinário geral a esta ação constitucional, por entender que o direito processual eleitoral é informado pela celeridade:

Questão de Ordem. Ação de impugnação de mandato eletivo. Art. 14, § 10, da Constituição Federal. Procedimento. Rito ordinário. Código de Processo Civil. Não-observância. Processo eleitoral. Celeridade. Rito ordinário da Lei Complementar nº 64/90. Registro de candidato. Adoção. Eleições 2004.

1. O rito ordinário que deve ser observado na tramitação da ação de impugnação de mandato eletivo, até a sentença, é o da Lei Complementar nº 64/90, não o do Código de Processo Civil, cujas disposições são aplicáveis apenas subsidiariamente.

2. As peculiaridades do processo eleitoral - em especial o prazo certo do mandato - exigem a adoção dos procedimentos céleres próprios do Direito Eleitoral, respeitadas, sempre, as garantias do contraditório e da ampla defesa.

Tal decisão (unânime) sedimenta o entendimento da doutrina de que o processo judicial eleitoral não pode ter o mesmo ritmo que o processo civil ordinário. Um dos julgados anteriores utilizados como fundamento da Resolução cuja ementa está acima transcrita traz o entendimento que hoje prevalece no Tribunal Superior Eleitoral e que é consentâneo com a Lei Maior:

Os princípios que regem o processo eleitoral exige, celeridade. O resultado das eleições não pode ficar na dependência de processo judicial que se arraste por vários anos. A sociedade tem o direito de saber, com segurança, quem são seus administradores e representantes, bem como estes têm o direito de exercer, também com segurança, o mandato que receberam das urnas.

No caso, peço licença para destacar, trata-se de eleição municipal ocorrida no ano de 2000 e apenas no final de 2003 a causa foi julgada pelo Tribunal Regional, sendo impossível precisar se este Tribunal Superior terá condições de examinar o recurso especial antes do término do mandato.

Isso, a meu ver, não tem sentido e não pode continuar. É nossa obrigação assegurar eficácia à ação constitucional e às decisões do Poder Judiciário, preocupação, aliás, que tem sido ressaltada pelos modernos processualistas.¹³⁸

É importante anotar que ambas decisões acima referidas tratam de um tema puramente constitucional, que é a Ação de Impugnação de Mandato Eletivo prevista pelo artigo 14 §§ 10 e 11 da Lei Maior. O rito adotado (antes e depois) está disciplinado em legislação infraconstitucional; entretanto, todo o fundamento para decidir sobre qual deveria ser o rito desta ação foi extraído da Constituição e da necessidade de garantir eficácia às suas normas, o que exigiu e conduziu ao reconhecimento do princípio constitucional da celeridade processual eleitoral.

¹³⁸ Trecho do voto do relator Min. Fernando Neves no Agravo Regimental em Medida Cautelar, AMC 1319, de 05/02/2004.

V. CONCLUSÃO

A conclusão deste trabalho não pode ser outra senão a da existência de um rol de princípios constitucionais pertinentes ao direito eleitoral.

Estes princípios podem ser classificados como estruturantes, relativos ao sufrágio, ao sistema eleitoral, ao processo eleitoral e ao direito processual eleitoral.

São princípios estruturantes o pluralismo político e a legitimidade das eleições. São princípios do sufrágio o sufrágio universal, o voto direto, o voto livre, a inviolabilidade do voto e a isonomia eleitoral. Dentre os princípios do sistema eleitoral, temos o da representação proporcional e o majoritário. O processo eleitoral encampa o princípio da moralidade eleitoral, com seus sub-princípios da moralidade para o exercício do mandato e da lisura do pleito, o princípio da estrita segurança jurídica eleitoral, com seus sub-princípios da normalidade do pleito, da preservação do ato eleitoral e da diligência dos atores eleitorais, e o princípio da liberdade de propaganda política, que é um autêntico direito fundamental. Em relação ao direito processual eleitoral, a Constituição erige o princípio da celeridade processual eleitoral.

O conjunto destes princípios dá o norte de todo ordenamento normativo eleitoral, que está a ele axiológica e hierarquicamente vinculado.

O mérito está em poder afirmar a existência dos princípios aqui referidos, e firmar seus conteúdos, mas não em excluir a existência de outros. Esta tarefa não seria compatível com a teoria dos princípios, ou com a mutação constitucional e a interpretação evolutiva da Constituição.

Segundo Carlos Ayres BRITTO, “as normas-princípio conectam outras normas e assim formam um conjunto que vai possibilitar a própria formulação de um pensamento dogmático ou científico sobre esse conjunto” (BRITTO, 2003, p. 168). Esperamos com a revelação destes princípios e a exploração das suas inter-relações e conteúdos, contribuir com uma visão sistêmica e perene do direito eleitoral brasileiro.

BIBLIOGRAFIA

- ALARCÓN, Pietro de Jesús Lora. Reforma do Judiciário e efetividade da prestação jurisdicional. In: TAVARES, André Ramos et al. **Reforma do Judiciário Analisada e Comentada**. São Paulo: Método, 2005.
- ALEXY, Robert. **A Theory of Constitutional Rights**. Tradução de Julian Rivers. Oxford: Oxford University Press, 2002.
- ALEXY, Robert. Sistema jurídico, principios jurídicos y razón práctica. **Doxa**, n. 5, pp. 139-151, 1988.
- ALVAREZ CONDE, Enrique. Los Principios del Derecho Electoral. **Revista del Centro de Estudios Constitucionales**, n. 9, pp. 9-37, 1991.
- ALVAREZ CONDE, Enrique, e Susana GARCÍA COUSO. La barrera electoral. **Revista de Derecho Político**, n. 52, pp. 177-204, 2001.
- ATIENZA, Manuel. Argumentación y Constitución. In: ATIENZA, Manuel. **Fragmentos para una Teoría de la Constitución**. Madrid: Iustel, 2007.
- . **As Razões do Direito: Teorias da Argumentação Jurídica**. Tradução: Maria Cristina Guimarães. São Paulo: Landy, 2000.
- ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios**. 6 ed. São Paulo: Malheiros, 2006.
- AZPITARTE SÁNCHEZ, Miguel. La dimensión constitucional del procedimiento electoral. **Teoría y Realidad Constitucional**, n. 10-11, pp. 425-443, 1 semestre 2003.
- BANDEIRA DE MELLO, Celso Antonio. **Curso de Direito Administrativo**. São Paulo: Malheiros, 1993.
- BARROSO, Luis Roberto. **Interpretação e Aplicação da Constituição**. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2001.
- BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de Direito Constitucional**. 18 ed. São Paulo: Saraiva, 1997.
- . **Hermenêutica e Interpretação Constitucional**. 2 ed. São Paulo: IBDC/Celso Bastos Editor, 1999.
- BOBBIO, Norberto. El futuro de la democracia. **Revista de las Cortes Generales**, n. 2, pp. 9-26, 2º quadrimestre 1984.

- BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 6 ed. São Paulo: Malheiros, 1996.
- BORJA, Rodrigo. **Derecho Político e Constitucional**. 2 ed. México D. F.: Fondo de Cultura Económica, 1991.
- . **Derecho Político e Constitucional**. 2 ed. México D. F.: Fondo de Cultura Económica, 1991.
- BRITTO, Carlos Ayres. **Teoria da Constituição**. Rio de Janeiro: Forense, 2003.
- CAETANO, Marcello. **Manual de Ciência Política e de Direito Constitucional**. 6 ed. Vol. I. Coimbra: Almedina, 1996.
- CANARIS, Claus-Wilhem. **Función, estructura y falsación de las teorías jurídicas**. Tradução de Daniela Brückner e José Luis de Castro. Madrid: Editorial Civitas, 1995.
- CÂNDIDO, Joel J. **Direito Eleitoral Brasileiro**. 7 ed. Bauru: Edipro, 1998.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional**. 6 ed. Coimbra: Almedina, 1993.
- CARRERAS, Francesc de; VALLÉS, Josep M. **Las Elecciones**. Barcelona: Editorial Blume, 1977.
- CARRION, Valentin. **Comentários à Consolidação das Leis do Trabalho**. 27 ed. São Paulo: Saraiva, 2002.
- CARZOLA PRIETO, Chueca et al. **Temas de Derecho Constitucional**. Elcano: Aranzadi Editorial, 2000.
- CHUECA RODRIGUEZ, Ricardo L. Representación, Elección y Mandato: en torno a dos recientes monografías sobre el proceso representativo. **Revista Española de Derecho Constitucional**, n. 38, Año 13, pp. 393-419, Mayo-Agosto 1993.
- CONSTANT, Benjamin. **Curso de Política Constitucional**. Traducido por Marcial Antonio López. Granada: Editorial Comares, 2006.
- . **Escritos Políticos**. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 2006.
- COSTA, Adriano Soares da. **Instituições de Direito Eleitoral**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.
- COTTERET, Jean Marie, e Claude EMERI. **Los Sistemas Electorales**. Tradução: J. García-Bosch. Barcelona: Oikos-Tau, 1973.
- CUNHA, Sérgio Sérulo da. **Princípios Constitucionais**. São Paulo: Saraiva, 2006.
- DI RUFFIA, Paolo Biscaretti. **Derecho Constitucional**. Tradução de Pablo Lucas Verdú. 3 ed. Madrid: Tecnos, 1987.

- DUQUE VILLANUEVA, Juan Carlos. **Elecciones Políticas y Tribunal Constitucional: Jurisprudencia Constitucional en Materia Electoral 1980-2005 (Cuadernos Aranzadi del Tribunal Constitucional)**. Navarra: Aranzadi/Thompson, 2006.
- DUVERGER, Maurice. Duverger's Law: Forty Years Later. In: GROFMAN, Bernard; LIJPHART, Arend. **Electoral Laws and Their Political Consequences**. New York: Agathon Press, 1986.
- . **Instituciones Políticas y Derecho Constitucional**. Tradução de vários. Barcelona: Ariel, 1980.
- DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Tradução de Nelson Boeria. São Paulo: Martins Fontes, 2002.
- ESSER, Josef. **Principio y Norma en la elaboración jurisprudencial del Derecho Privado**. Tradução de Eduardo Valentí Fiol. Barcelona: Bosch, 1961.
- EUROPEAN COMMISSION FOR DEMOCRACY THROUGH LAW (VENICE COMMISSION). **Code of good practice in electoral matters (Collection Science and Technique of Democracy n. 34)**. Strasburgo: Council of Europe Publishing, 2003.
- . **New trends in electoral law in a pan-European context (Collection Science and Technique of Democracy, n. 25)**. Strasburgo: Council of Europe Publishing, 2003.
- FARIA, José Eduardo. Entre a rigidez e a mudança. **Revista Brasileira de Direito Constitucional**, n. 2, jul/dez 2003.
- FIGUEIREDO, Marcelo. **O controle da moralidade na Constituição**. São Paulo: Malheiros, 2003.
- FOSSAS ELPALDER, Enric. **El derecho de acceso a los cargos públicos**. Madrid: Tecnos, 1993.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. Reflexiones sobre la Ley y los Principios Generales del Derecho. **Revista de Administración Pública**, n. 40, pp. 189-222, 1963.
- GARCIA LLOVET, E. El derecho de antena y las campañas electorales. **Revista de Derecho Político**, n. 25, pp. 151-181, 1987.
- GARCÍA SORIANO, María Vicenta. El derecho de rectificación y sus peculiaridades cuando se ejerce por los actores del proceso electoral. **Revista de Derecho Político**, n. 46, pp. 149-177, 1999.
- GARCÍA SORIANO, María Vicente. **Elementos de Derecho Electoral**. Valencia: Tirant lo Blanch, 2005.

GARRONE, Pierre. The constitutional principles of electoral law. In: EUROPEAN COMMISSION FOR DEMOCRACY THROUGH LAW (VENICE COMMISSION). **New Trends in electoral law in a pan-European context (Collection Science and Technique os Democracy, n. 25)**. Strasbourg: Council of Europe, 1999.

GARRORENA MORALES, Ángel. Reforma y Rigidez de la ley electoral en las Comunidades Autónomas. In: CAMPOS, Paloma Biglino. **Nuevas Expectativas Democráticas y Elecciones**. Madrid: Iustel, 2008.

GAVARA DE CARA, Juan Carlos. **La homogeneidad de los regímenes electorales autonómicos**. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2007.

GAVARA DE CARA, Juan Carlos; VALLÉS VIVES, Francesc. **Los regímenes electorales territoriales en los Estados compuestos: Alemania, Estados Unidos e Italia**. Madrid: Congreso de los Diputados, 2007.

GIMÉNEZ FERNANDEZ, Manuel. **Estudios de Derecho Electoral Contemporáneo**. Sevilla: Universidad de Sevilla, 1977.

GONZALEZ RIVAS, Juan José. Introducción sobre el Derecho Electoral General. Particularidades de las elecciones al Parlamento Europeo. **Cuadernos de Derecho Judicial - Derecho Electoral**, 1993.

GOYARD-FABRE, Simone. **Os Princípios Filosóficos do Direito Político Moderno**. Tradução: Irene A. Paternot. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

GUASTINI, Ricardo. **Das Fontes às Normas**. Tradução de Edson Bini. São Paulo: Quartier Latin, 2005.

HÄBERLE, Peter. **Pluralismo y Constitución: estudios de Teoría Constitucional de la sociedad abierta**. Madrid: Tecnos, 2002.

HAURIOU, André et al. **Derecho Constitucional y Instituciones Políticas**. Tradução de José Antonio Gonzalez Casanova. 2 ed. Barcelona: Ariel, 1980.

HAURIOU, Maurice. **Principios de Derecho Público y Constitucional**. Tradução: Carlos Ruiz Del Castilho. Granada: Colmares, 2003.

IGLESIAS, Marisa. Los conceptos controvertidos en la interpretación constitucional. In: INTERNATIONAL IDEA. **Electoral System Design: the New International IDEA Handbook**. Estocolmo: International IDEA, 2005.

- LAPORTA, Francisco J. **Constitución: problemas filosóficos**. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2003.
- LAPORTA, Francisco J. Filosofía del Derecho y Norma Constitucional: una aproximación preliminar. In: _____. **Constitución: problemas filosóficos**. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2003.
- LAPORTA, Francisco J. Norma Básica, Constitución y decisión por mayorías. **Revista de las Cortes Generales**, 1º cuadrimestre, pp. 35-57, 1984.
- LARENZ, Karl. **Metodologia da Ciência do Direito**. Tradução de José Lamago. Lisboa: Fundação Calouste Gullbenkian, 1997.
- MACKENZIE, W. J. M. **Elecciones Libres**. Tradução de F. Condomines Pereña. Madrid: Tecnos, 1962.
- MATUS, Carlos. **A Teoria do Jogo Social**. Tradução Luiz Felipe Rodriguez Del Riego. São Paulo: Fundap, 2005.
- MEIRELLES TEIXERA, José Horácio. **Curso de Direito Constitucional**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1991.
- MENDES, Antonio Carlos. **Introdução à Teoria das Inelegibilidades**. São Paulo: Malheiros, 1994.
- MENDES, Antônio Carlos. **Direito de Resposta e Retificação na Comunicação Social**. Tese (Doutorado em direito do Estado) – Pontifícia Universidade Católica, São Paulo, 1999.
- MONTESQUIEU, Charles Louis de Secondat. **O espírito das leis**. Tradução de Fernando Henrique Cardoso e Leôncio Martins Rodrigues. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1995.
- MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Teoria do Poder (Sistema de direito político: estudo juspolítico do poder)**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992.
- MÜLLER, Friedrich. **Quem é o povo? A questão fundamental da democracia**. Tradução de Peter Naumann. São Paulo: Max Limonad, 1998.
- NELSON, William N. **La justificación de la Democracia**. Tradução de Marta Guastavino. Barcelona: Ariel, 1986.
- NICOLAU, Jairo Marconi. **Sistemas Eleitorais**. 4 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002.
- NOHLEN, Dieter. **Sistemas Electorales del Mundo**. Tradução de Ramon Garcia Cotarelo. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1981.

NUEVO, Pablo. El pluralismo en el ordenamiento constitucional español. *Revista de Derecho Político*, n. 61, pp. 173-214, 2004.

PECES-BARBA MARTINEZ, Gregório. Ética, Poder y Derecho: reflexiones ante el fin de siglo. In: _____ et al. **Valores, Derechos y Estado a finales del Siglo XX**. Madrid: Universidad Carlos III/Dykinson, 1996.

PECES-BARBA MARTINEZ, Gregório. Reflexiones sobre la Ley y los Principios Generales del Derecho: comentarios al libro de Eduardo García de Enterría. **Revista Española de Derecho Constitucional**, n. 11, pp. 249-254, Mayo-Agosto 1984

PÉREZ SERRANO, Nicolás. **Tratado de Derecho Político**. 2ª Edição . Madrid: Civitas, 1984.

PINTO, Djalma. **Direito Eleitoral: anotações e temas polêmicos**. 2ª. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

—. **Direito Eleitoral: improbidade administrativa e responsabilidade fiscal - noções gerais**. 3 ed. São Paulo: Atlas, 2006.

PORTO, Walter Costa. **Dicionário do Voto**. São Paulo: Imprensa Oficial do Estado, 2000.

PRESNO LINERA, Miguel Ángel. **El Derecho de Voto**. Madrid: Tecnos, 2003.

PRESNO LINERA, Miguel Ángel. Las Garantías del Derecho de Participación Política a través del sufragio activo. **Revista de Derecho Político**, n. 52, pp. 137-176, 2001.

RECORDER DE CASSO, Emílio. Artigo 68. In: GARRIDO FALA, Fernando (coord.) **Comentarios a la Constitución**. Madrid: Civitas, 2001.

ROCHA, Carmen Lúcia Antunes. O Direito Constitucional à Jurisdição. In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo. **As Garantias do Cidadão na Justiça**. São Paulo: Saraiva, 1993.

ROTHEMBURG, Walter Claudius. **Princípios Constitucionais**. Porto Alegre: Fabris, 2003.

RUFFINI, Edoardo. **Il Principio Maggioritario**. 2 ed. Milão: Adelphi, 1987.

RUIZ MANERO, Juan. Una tipología de las normas constitucionales. In: ATIENZA, Manuel. **Fragments para una Teoría de la Constitución**. Madrid: Iustel, 2007.

SÁNCHEZ MORÓN, Miguel. El principio de participación en la Constitución Española. **Revista de Administración Pública**, nº 89, pp. 171-205, mayo-agosto 1979.

SÁNCHEZ NAVARRO, Ángel J. **Constitución, igualdad y proporcionalidad electoral**. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1998.

SANTIAGO NINO, Carlos. **La constitución de la democracia deliberativa**. Barcelona: Gedisa Editorial, 1997.

- SARTORI, Giovanni. **Teoría de la Democracia**. Tradução de Santiago Sánchez González. Madrid: Alianza Editorial, 1988.
- SCHMITT, Carl. **Teoría de la Constitución**. Tradução de Francisco Ayala. Madrid: Alianza Editorial, 2006 (1982).
- SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 10 ed. São Paulo: Malheiros, 1995.
- TAVARES, André Ramos. **Fronteiras da Hermenêutica Constitucional**. São Paulo: Método, 2006.
- TELLES, Olívia Raposo da Silva. **Direito Eleitoral Comparado - Brasil, Estados Unidos, França**. São Paulo: Saraiva, 2009.
- TORRES DE MORAL, Antonio. **Principios de Derecho Constitucional Español**. 5 ed. Vol. I. Madrid: Universidad Complutense, 2004.
- TORRES DE MORAL, Antonio. Valores y Principios Constitucionales. **Revista de Derecho Político**, n. 36, pp. 17-26, 1992.
- VAN LAMOEN, Johan. Principles for Elections in Bosnia and Herzegovina. In: EUROPEAN COMMISSION FOR DEMOCRACY THROUGH LAW (VENICE COMMISSION). **New Trends in electoral law in a pan-European context (Collection Science and technique of democracy, n. 25)**. Strasburgo: Council of Europe, 1999.
- VANNOSSI, Jorge Reinaldo. El desafío pendiente: ¿reforma política o cambio electoral? **Teoría y Realidad Constitucional**, pp. 263-271, 2002/2003.
- VARGAS, Alexis Galiás de Souza. **O Princípio da Soberania Popular: seu significado e conteúdo jurídico**. Monografia (Mestrado em Direito do Estado) – Pontifícia Universidade Católica, São Paulo, 2003.
- VELLOSO, Carlos Mário da Silva; AGRA, Walber de Moura. **Elementos de Direito Eleitoral**. São Paulo: Saraiva, 2009.
- WEINBERG, Barry H. **The Resolution of Election Disputes: Legal Principles That Control Election Challenges**. Washington, D.C.: IFES, 2006.