



## **Hermenêutica dos direitos fundamentais e soberania popular**

**Vicente Aquino (Universidade de Fortaleza, Brasil)**

vicenteaquinoadv@hotmail.com

R Eusébio de Sousa , 1585

Fátima - Fortaleza, CE

Cep: 60411-160

**Isabel Mota (Escola de Magistratura do Ceará, Brasil)**

isabelmota@motaadvogados.adv.br

## Resumo

O presente trabalho procura demonstrar que a efetivação dos direitos fundamentais passa, necessariamente, por um novo modelo de interpretação. O debate orienta duas discussões: a primeira rompe com a hermenêutica clássica, de subsunção, que buscava a teoria formalista da constituição e, a segunda, que manifesta ser imprescindível afirmar a teoria material da Constituição a partir de uma Nova Hermenêutica que aplique suas cláusulas abertas e dê a máxima efetividade e concretude aos direitos fundamentais. Prossegue, afirmando que o direito de sufrágio tutela a dignidade da pessoa humana e se alicerça na representatividade e na soberania popular, no Estado Democrático de Direito e na cidadania, fundamentos da República Federativa do Brasil. Nessa perspectiva, o presente estudo utiliza pesquisa bibliográfica e documental e discorre o direito fundamental de sufrágio em confronto com a decisão do Tribunal Superior Eleitoral no Recurso Ordinário nº 1.497/PB, que cassou os diplomas de Governador e Vice-Governador do Estado da Paraíba, determinando a diplomação do candidato que obteve menos votos.

**Palavras-chave:** Hermenêutica; Direitos Fundamentais; Soberania popular; Sufrágio.

## Abstract

This paper seeks to show that the enforcement of fundamental rights necessarily requires a new model of interpretation. The debate directs two discussions: first, breaks with the classical hermeneutics of subsumption, which followed after the formal theory of the constitution; and the second, which manifests be essential to state material theory of the Constitution from a New Hermeneutics applying its open clauses and give maximum effectiveness and concreteness to fundamental rights. Goes on to state that the right of suffrage protects the dignity of the human person and is grounded in representation and popular sovereignty, the democratic rule of law and citizenship, fundamentals of the Federative Republic of Brazil. From this perspective, this study uses documentary and bibliographical research and discusses the fundamental right of suffrage at odds with the decision of the Superior Electoral Court in the Regular Appeal No. 1497 / PB, which annulled the diplomas of Governor and Deputy Governor of the State of Paraíba, given the candidate's graduation he got fewer votes.

**Keywords:** Hermeneutics; Fundamental Rights; Popular sovereignty; Suffrage.

## Introdução

Hermenêutica dos direitos fundamentais e soberania popular são temas centrais do presente estudo. Nesse viés, percorrer os caminhos evolutivos da hermenêutica constitucional se mostra tarefa imperiosa. O debate orienta duas discussões: a primeira, rompe com a hermenêutica clássica, de subsunção, que buscava a teoria formalista da constituição e, a segunda, que manifesta ser imprescindível reafirmar a teoria material da Constituição a partir de uma Nova Hermenêutica que aplique suas cláusulas abertas e dê a máxima efetividade e concretude aos direitos fundamentais, que protegem a dignidade da pessoa humana.

A necessidade de uma interpretação constitucional comprometida com concretização da soberania popular - princípio maior da Constituição - que não pode ser obstada por qualquer outra cláusula ou norma do Estatuto Fundamental, perpassa o estudo, para demonstrar que a soberania, da qual dimana o direito fundamental de sufrágio é traduzida na vontade majoritária do povo.

Analisa-se as implicações da jurisprudência do Tribunal Superior Eleitoral que determina diplomação de candidatos em eleição majoritária que não foram eleitos, mas que se beneficiaram com abusos eleitorais perpetrados pelos candidatos vitoriosos, fazendo-o à luz da soberania popular e do direito fundamental de sufrágio. O debate nesta seara circunda o enunciar de um ideal de hermenêutica que se harmonize com alicerces democráticos do Estado Constitucional e do Princípio da Soberania Popular, concluindo por sugerir que seja conferida interpretação conforme a Constituição ao texto do artigo 224 do Código Eleitoral, para assentar que novo pleito se realize, seja qual for o motivo da nulidade dos votos e, independentemente da eleição haver ocorrido em dois turnos, sempre que a maioria da votação for declarada nula.

## 1. Hermenêutica dos direitos fundamentais

Não se vê mais como boa literatura jurídica, enxergar a hermenêutica somente como meio interpretativo do Direito. Ela deve ser estudada sob o enfoque constitucional, na perspectiva de concretizar e efetivar o exercício dos direitos fundamentais buscando, ao máximo possível, proteger a dignidade da pessoa humana.

O modelo hermenêutico tradicional ineficaz na concretização material dos direitos fundamentais constitui o grande gargalo que permeia o Direito Constitucional pós-moderno, em franca demonstração da crise que assola a hermenêutica constitucional. Esta, utilizando seu modelo de interpretação tradicional, *per se*, há muito sinaliza fracassar.

Sinalizado o pós-positivismo - na perspectiva de construir direitos universais - tendo a pessoa humana como alvo de proteção digna, se afirmaram grandes conquistas como liberdade e igualdade, levando o exercício da cidadania à vanguarda das decisões do Estado, em franca demonstração de maturidade das instituições e de seu povo.

A linha interpretativa orientada pelo “racionalismo dogmático” afirmando o objeto da ciência jurídica consistente, na análise do direito contido nas normas - teoria estática - e no processo de sua criação e aplicação - teoria dinâmica - , desconhecendo aspectos ligados à moral se afastava, a passos largos, da finalidade desejada pela norma. Esse movimento fragili-

zava a racionalidade instrumental e, ao lado do déficit do Estado Social que não transpunha os óbices de uma política assistencialista, que relegava a condição de cidadania, os direitos fundamentais obtiveram novos e desafiadores olhares.

A tensão no seio da escola da exegese era visível. Os governos totalitários servindo-se da orientação positivista eram fortalecidos em seus postos, dando feição de conformação com a lei às políticas de violação aos direitos humanos, apressa a chegada do pós-positivismo, fazendo-o sair do campo do dever ser para se tornar realidade. O inevitável rompimento com o velho e cansado racionalismo dogmático era irreversível. A concepção mecanicista do direito pronto e acabado dava seus últimos suspiros. Consagrava-se a necessidade dos direitos humanos terem uma maior proteção jurídica, e, como ressalta Garcia Figueroa (2005, p.164-170), pretende superar o positivismo por meio de um processo expansivo dos princípios constitucionais.

O alvo a ser atingido: garantir materialização ao caminho que leva a identificação de cidadania do povo, dando concretude realização efetiva aos direitos fundamentais, a partir da superação de um ideal hermenêutico que se mostrava distanciado da realidade do homem. Essa pretensão levada ao Judiciário para efetivação dos direitos fundamentais terá como veículo condutor um modelo de interpretação do direito que assegure unidade e supremacia da Constituição.

Nessa toada, entra em cena o ideal de um novo modelo que tem como marcos delineadores o desenvolvimento da hermenêutica constitucional e o reconhecimento da força normativa da Constituição - que deixou de ser mero “convite à atuação dos Poderes públicos” - para assumir um papel efetivamente normativo, inaugurando-se uma nova concepção a respeito da atuação do poder político (BARROSO, 2005, p.4-8).

### **1.1. A hermenêutica tradicional e sua superação**

Entende-se por dogmático o sistema primitivo ou tradicional de hermenêutica em que o Direito se submete aos textos rígidos, sendo interpretado com base na vontade do legislador. Embora tenha sua razão de ser, a vontade do legislador não é o único caminho para se chegar ao sentido de uma norma. Gestado pela Escola da Exegese, na França, o dogmatismo é marcado por características que pressupõe a plenitude da lei, que não admite lacunas; da interpretação literal da lei como forma de garantir a sua atemporalidade; do foco sobre a vontade do legislador, limitando a interpretação a uma função meramente declarativa e da redução do Estado à única fonte de Direito (MAGALHÃES FILHO, 2002, p.58-65).

Nesse modelo, destacam-se, técnicas gramaticais, lógica e sistemática de interpretação, consequência de sua teoria objetiva, bem assim os métodos teleológico, axiológico, sociológico e histórico, desenvolvidos a partir da teoria subjetiva da interpretação (FERRAZ JR., 1989, p.241).

Ainda que possa identificar avanços dos métodos desenvolvidos a partir das teorias subjetivo-teleológica, axiológica, sociológica e histórica - os ranços do dogmatismo objetivo - com suas técnicas gramatical, lógica e sistemática de interpretação - ainda permanecem impregnados ao sistema hermenêutico, relegando a importância do intérprete a categoria secundária, sustentando práticas normativistas que afastam a concretização dos direitos sociais e fundamentais. Para Streck (2005, p. 243) se mostra imperativo ao jurista romper com esse paradigma de interpretação, abrindo espaço para um direito que permita o resgate das promessas da modernidade, atentando-se para a diferença entre direito positivo e positivismo jurídico, bem como entre dogmática jurídica e dogmatismo jurídico.

É iniludível o propósito firme na reprodução de sentidos vazios de significado da hermenêutica jurídica tradicional. Ela se apresenta como mera técnica de interpretação, aprisionada a métodos primitivos que não dão conta da necessidade de criação de um direito que atenda aos anseios de uma sociedade onde impera um profundo desequilíbrio de forças. Nesse viés, esse modelo urge bater em retirada, dando lugar ao que Streck (2005, p. 188-190) chama de “hermenêutica filosófica”, cujo objetivo é a construção de ‘um sentido’ a partir da necessária autocompreensão do sujeito (o intérprete), o que se opera por meio de uma articulação linguística que questiona “a totalidade do existente humano e sua inserção no mundo”.

## 1.2. Nova hermenêutica protetora dos direitos fundamentais

Superada a hermenêutica tradicional, dogmática, normativista, clássica, nasce um novo modelo de interpretação que tem como ponto de partida a redefinição do papel do intérprete no processo de construção de sentido das normas jurídicas: a hermenêutica filosófica. Essa modelação possibilita ao intérprete, como ‘ser no mundo’, a construção de sentido de conteúdo novo, de concreção do texto jurídico em conformidade com a finalidade social do direito (STRECK, 2005, p.279-280).

Essa nova hermenêutica voltada à concreção dos direitos fundamentais fundada no reconhecimento da força normativa dos princípios contidos na Constituição e na necessidade de o juiz construir o sentido da norma frente ao caso concreto, em vista os objetivos do Estado Democrático de Direito, passa a ocupar a pirâmide da exegese dos direitos fundamentais. Para Guerra Filho (1997, p.17) a Constituição fornece as linhas gerais que orientam o Estado na promoção do bem comunitário, exigindo o reconhecimento de um direito finalístico e prospectivo, garantidor da resolução de questões não reguladas, substituindo o mecanicismo da subsunção.

Aponta Eros Grau (1997, p.312), que interpretar o direito consiste em concretar a lei - traduzido em produzir sua aplicação por meio da atividade do hermeneuta frente ao caso concreto - ideia também sustentada por Perez Luño (2005, p.260), ao afirmar que a norma deixa de ser pressuposto, para se configurar em “resultado do processo hermenêutico”, assumindo o intérprete papel ativo de criação do direito, atuando em complementação ao legislador.

Consolida-se, assim, o pós-positivismo que Cademartori (2006, p. 136) aponta como uma “nova matriz epistemológica do direito”, com desafio-mor de equacionar as relações entre direito, moral e política e por meio da qual a estrutura rígida das normas concebidas por Kelsen cede espaço a uma concepção onde os casos concretos fornecem elementos à reconstrução de um conteúdo do sentido normativo.

A nova interpretação constitucional parte do pressuposto de que as cláusulas constitucionais, “por seu conteúdo aberto, principiológico e extremamente dependente da realidade subjacente, não se prestam ao sentido unívoco e objetivo que certa tradição exegética lhes pretende dar” (BARROSO, 2003, p.332), restando superada a possibilidade de se admitir válidos processos interpretativos baseados na mera subsunção.

A nova hermenêutica apresenta-se como uma atividade interpretativa que tem um firme compromisso com a efetividade da Constituição, traduzindo-se em um paradigma apto a garantir a efetividade dos direitos fundamentais, permitindo ao direito cumprir seu papel social, na perspectiva de responder as inquietações que a hermenêutica normativa, a despeito do seu longo período de dominância, se mostrou incapaz.

A superação das barreiras impostas pelo positivismo preconiza a prevalência dos valores no lugar das normas, da ponderação no lugar da subsunção, da onipresença da Constituição frente ao direito ordinário e a onipotência do Judiciário frente à autonomia do legislador (STRECK, 2005, p.158), abrindo caminho para a efetiva proteção aos direitos humanos, transformados em direitos fundamentais, a partir de sua inclusão protetiva no conteúdo constitucional.

O exercício dos direitos fundamentais, para sua viabilização e concretude por meio da nova hermenêutica constitucional lançada nesse estudo depende, fundamentalmente, da participação efetiva do povo, pois no Estado Democrático as pessoas não são apenas destinatárias, mas sim co-autoras dos provimentos estatais que advêm do consenso discursivamente obtido pela vontade da maioria no regime democrático.

## **2. Direito fundamental de sufrágio, soberania popular e a nova hermenêutica dos direitos fundamentais**

Espécie do gênero direitos políticos, o sufrágio, na definição de Bonavides (2015, p. 245), é “o poder que se reconhece a certo número de pessoas (o corpo de cidadãos) de participar direta ou indiretamente na soberania, isto é, na gerência da vida pública”. Através do seu exercício livre e consciente, o povo politicamente organizado participa e decide de forma direta, dos assuntos do governo e, ainda, indiretamente, elege seus representantes.

Por meio do sufrágio, materializado no voto, se constitui uma das maneiras de exercício da soberania popular, possibilitando a intervenção na vida política e pública. O sufrágio que outrora era considerado restrito<sup>1</sup>, atualmente é tido como universal. De acordo com Afonso da Silva “considera-se universal o sufrágio quando se outorga o direito de votar a todos os nacionais de um país, sem restrições derivadas de condições de nascimento, de fortuna ou capacidade especial” (1992, p. 311).

O advento do sufrágio universal - ferramenta de participação política eficaz - não só aboliu o sufrágio restrito, como se verificou considerável avanço na participação política, conduzindo a democracia a sua plenitude. Inúmeros foram os movimentos durante o século XIX em favor do sufrágio universal. Europa e Estados Unidos foram pioneiros nessa mudança. Na Inglaterra as reformas 1832, 1867 e 1884 admitiram o voto feminino e universalizaram o sufrágio. Na França o sufrágio universal se tornou oficial com a Constituição de 1973, efetivando sua prática em 1948. Nos Estados Unidos foram as emendas constitucionais de 1870 - a 15ª; e, de 1920 - a 19ª, que universalizaram o sufrágio.

Doravante, a sedução pelo sufrágio universal foi uma realidade irreversível no mundo contemporâneo, levando a democracia política aos seus últimos corolários. O século XX é marcado pela conquista definitiva o direito fundamental de sufrágio. Esses direitos políticos, por suas características importantes, destacando-se a inviolabilidade, o caráter de cláusula pétrea, apontam para a necessidade de que se lhes seja conferida a interpretação mais abrangente possível, com vistas a serem concretizados com a máxima eficácia.

Nessa toada de aplicação da Nova Hermenêutica constitucional ou filosófica, ganha relevo, o mais importante princípio do ordenamento jurídico constitucional democrático, con-

---

1. Exige requisitos específicos, censitários e culturais.

dicionante das regras políticas e jurídicas da Constituição Federal: o princípio da soberania popular. Expressão da vontade do constituinte. Pilar da democracia. Decantado em verso e prosa no parágrafo único do artigo 1º da Constituição Federal de 1988, segundo o qual “Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição”.

Para Rousseau<sup>2</sup>:

A soberania popular [...] é tão-somente a soma das distintas frações de soberania, que pertencem com atributo à cada indivíduo, o qual, membro da comunidade estatal e detentor dessa parcela do poder soberano fragmentado, participa ativamente na escolha de seus governantes.

Essa doutrina funda o processo democrático sobre a igualdade política dos cidadãos e o sufrágio universal, conseqüência necessária que chega Rousseau, quando afirma que se o Estado for composto por dez mil cidadãos, cada um deles terá milésima parte da autoridade soberania.

O caminho é explícito; o vértice direcional é um só: o povo é a fonte e legitimidade de todo poder. Dele provém, promana, nasce, origina-se. Só há soberania se a participação do povo for respeitada. O sufrágio, materializado no voto é o veículo condutor da soberania. Não há democracia sem participação popular. Esse é o brado do constituinte de 1988: Estado Democrático de Direito; soberania; cidadania; dignidade da pessoa humana e, poder do povo. Para Bonavides (2008, p. 289), “O povo, grande titular constitucional da soberania, enfeixa, no exercício direto de sua autoridade, a parcela mais considerável de poder legítimo com que fazer a lei e decidir sobre as questões fundamentais de governo”.

Inexorável conclusão: só é possível dar equação e estabilidade ao sistema, se proclamar concretude ao direito fundamental de sufrágio, efetivando a soberania popular - a partir de uma Nova Hermenêutica constitucional - fundada na Teoria Material da Constituição e na aplicação de suas cláusulas abertas - atendendo o comando derivado do regime e dos princípios, como forma a conferir unidade material à Constituição.

### **3. Jurisprudência eleitoral à luz da nova hermenêutica protetora dos direitos fundamentais e da soberania popular.**

É majoritária a jurisprudência do Tribunal Superior Eleitoral no sentido de determinar, em eleição majoritária, a posse de candidatos não eleitos em detrimentos daqueles preferidos pelo povo, em caso de constatação segura de corrupção no processo eleitoral que tenha distorcido a vontade do eleitor.

A título ilustrativo para concatenar o raciocínio deste trabalho trago decisão do Tribunal Superior Eleitoral que manteve cassação de um Governador e Vice-Governador de Estado, determinando a diplomação do candidato que obteve o segundo lugar. O caso se deu no Recurso Ordinário nº 1497/PB. Eis parte da ementa no que interessa, *verbis*:

---

2. J. J. Rousseau, Du Contrat Social, liv. III, cap. I, p. 274, apud Bonavides, 2015, p. 140.

[...]

**15. Cassado o diploma de Governador de Estado, eleito em segundo turno, pela prática de ato tipificado como conduta vedada, deve ser diplomado o candidato que obteve o segundo lugar. Precedente.**

Recursos a que se nega provimento.

Indagações inevitáveis: pode ser proclamado eleito candidato rejeitado pela maioria do voto popular? O modelo republicano, dos princípios da soberania popular, da democracia e da cidadania, adotados na Constituição Federal de 1988, autoriza a conclusão do julgado determinando a diplomação e posse de candidato rejeitado pela maioria do povo ?

A Constituição brasileira está estruturada no ideal de grandes cláusulas abstratas de profundo significado moral que definem o ideal político de uma sociedade livre e igualitária. Esse ideal é o democrático. Os princípios são de cidadania, dignidade da pessoa humana, pluralismo político e soberania popular. Esses comandos valorativos dão a diretriz traçada pelo constituinte, orientando os destinatários da norma e seus intérpretes.

A leitura correta dos princípios da Constituição é fazê-la buscando proteger os direitos fundamentais que espelham a ideologia e os valores éticos predominantes na sociedade brasileira. Nessa perspectiva, adverte Sarmiento (2006, p. 114) “todos os ramos do Direito, com suas normas e conceitos, devem sujeitar-se a uma verdadeira ‘filtragem’ constitucional, para que se conformem à tábua axiológica dos direitos fundamentais”.

É certo, pois, que toda interpretação constitucional deve conduzir à concretização da soberania popular, princípio maior da Constituição que não pode ser obstado por outra cláusula ou norma do estatuto Fundamental. Para Bonavides (2008, p. 283), a soberania, vista pelo prisma da legitimação, como titular do grau qualitativo supremo, se traduz na vontade geral do povo.

No caso exemplificado o resultado da eleição foi o seguinte: no primeiro turno, o candidato Cássio Cunha Lima alcançou o primeiro lugar, com 49,66% dos votos válidos, ao passo que o candidato José Targino Maranhão ficou em segunda colocação, com 48,73% dos votos válidos<sup>3</sup>.

Na ausência de maioria absoluta dos votos em primeira votação, os dois postulantes mais votados foram, então, disputar a preferência do eleitorado em segundo turno, sagrando-se vencedor o candidato Cássio Cunha Lima que obteve 51,35 % dos votos válidos, enquanto que candidato segundo colocado ficou com 48,64 %<sup>4</sup>.

Ocorre que o candidato eleito, após o segundo turno, foi cassado pela prática de conduta vedada, motivo pelo qual o Tribunal Superior Eleitoral, no RO nº 1.497/PB, entendeu por anular a votação a ele atribuída, determinando a diplomação do candidato que obteve segunda colocação.

O entendimento adotado pelo Tribunal Superior Eleitoral colide, a um só tempo, tanto com os valores e princípios adotados como ideal político pela Constituição Federal de 1988, quanto com as disposições do artigo 2245 do Código Eleitoral, porquanto, esse dispositivo infraconsti-

---

3. Disponível em: <http://www.tse.jus.br/eleicoes/eleicoes-antiores/eleicoes-2006/resultado-da-eleicao-2006>. Acesso em: 2.abr.2015.

4. Disponível em: <http://www.tse.jus.br/eleicoes/eleicoes-antiores/eleicoes-2006/resultado-da-eleicao-2006>. Acesso em: 2.abr.2015.

5. 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.



tucional, que, conforme entendimento do Supremo Tribunal Federal, foi recepcionado<sup>6</sup> pela ordem constitucional vigente é cristalino ao determinar que, se a nulidade atingir mais da metade dos votos válidos, haverá nova eleição.

No caso, o candidato eleito, Sr. Cássio Cunha Lima, obteve, em segundo turno, 51,35% dos votos válidos, excluídos brancos e nulos, de forma que, com sua cassação, foram anulados todos os votos a ele atribuídos. Já o candidato proclamado eleito pela decisão judicial ora analisada, teve como patrimônio eleitoral no primeiro e segundo turnos, votação menor que o candidato inicialmente declarado vitorioso. Assim, se mais da metade da votação válida foi considerada nula, far-se-ia imperiosa a realização de uma nova eleição e não a diplomação e posse do segundo colocado, que não foi eleito.

O ideal traduzido pelo sistema jurídico constitucional, desde seus princípios norteadores, passando pelo texto constitucional expresso, concluindo na norma infraconstitucional é no sentido de respeitar a soberania popular e o direito de sufrágio, traduzido no consentimento da maioria dos cidadãos e na adesão dos governados.

O entendimento do Tribunal Superior Eleitoral, afastando a realização de novo pleito e determinando a diplomação do segundo colocado, fundou-se em duas premissas<sup>7</sup>: (a) que não cabe a aplicação do artigo 224 do Código Eleitoral, tendo em vista que a jurisprudência do Tribunal Superior Eleitoral é no sentido de que o candidato que dá causa a nulidade da eleição não pode pretender realização de novo pleito; e (b) que nas eleições disputadas em segundo turno, considera-se eleito aquele que obtiver a maioria dos votos válidos.

Esse vulnera a confiança do povo na juridicidade da Constituição, mutila a soberania popular e agride os fundamentais direitos políticos de cidadania e de sufrágio.

E existência de segundo turno em eleição majoritária se funda, exatamente, na necessidade de se alcançar a maioria do povo na corrida eleitoral, legitimando o governo e cumprindo os valores, fundamentos e princípios que regem o sistema político. Assim não fosse, razão não haveria para que o constituinte firmasse a regra dos parágrafos 2º e 3º do artigo 77<sup>8</sup> da Constituição Federal. Desta forma, independente de ser no primeiro ou no segundo turno ou de qualquer

---

6. STF RMS 23234, Relator: Min. SEPÚLVEDA PERTENCE, Primeira Turma, DJ 20-11-1998.

7. Voto do Relator, Recurso Ordinário nº 1.497/PB no Tribunal Superior Eleitoral, ora em análise: "14. Quanto à pretendida aplicação, no caso, do disposto no artigo 224 do Código Eleitoral, aqui não cabe. Reporto-me, a esse respeito, a jurisprudência nossa no sentido de que o candidato que deu causa à nulidade da eleição não pode pretender a realização de novo pleito (Acórdão n. 26.097, rel. Min. Caputo Bastos, DJ de 24.08.2007 e Acórdão n. 25.635, rel. Min. Caputo Bastos, DJ de 21.08.2006). Há de prevalecer nestes autos o decidido no Respe n. 21.320, rel. Min. Luiz Carlos Madeira (DJ de 17.06.2005):

"(...) 13. Nas eleições disputadas em segundo turno (CF, art. 77, § 3º; Lei nº 9.504/97, art. 2º, § 1º), considera-se eleito aquele que obtiver a maioria de votos válidos. Não-incidência, na situação posta, da norma do artigo 224 do Código Eleitoral. 14. Cassado o diploma de governador de estado, eleito em segundo turno, pela prática de ato tipificado como conduta vedada, deve ser diplomado o candidato que obteve o segundo lugar".

8. Constituição Federal de 1.988. Art. 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.

§ 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.

outra motivação<sup>9</sup>, sempre que o candidato a Chefia do Executivo que recebeu maioria dos votos válidos for cassado deve ser realizada nova eleição, em resguardo a soberania popular.

Um simples confronto entre a interpretação que o Tribunal Superior Eleitoral tem dado a casos desse *jaez* com o direito fundamental de sufrágio, a partir de uma nova hermenêutica filosófica, preocupada com a materialidade da Constituição, chega-se a inexorável conclusão revelar-se imprestável o entendimento do TSE para resguardar o modelo ideal de Estado traçado na Constituição de 1988, porquanto, a regra da maioria, decorrente do sufrágio universal e do voto igualitário, cedeu lugar à regra da minoria, fora das hipóteses previstas na Constituição, na medida em que permitiu a existência de um governo sem o consentimento nem adesão da maioria dos governados.

A regra majoritária, cânone da Democracia, não se fez observar. Por corolário, o direito fundamental de sufrágio foi confiscado e a soberania popular mutilada. Nas urnas, a maioria do povo, titular do poder, disse, expressamente, através do voto direto e secreto, com valor igual para todos, que não queria ser governado pelo candidato segundo colocado. Constatado esse fato, ao Poder Judiciário cabia aplicar o comando do artigo 224 do Código Eleitoral e, aferindo sua compatibilidade com os valores e princípios constitucionais, notadamente o princípio da soberania popular, dar-lhe interpretação conforme a Constituição para, na solução do caso concreto, determinar a realização de novo pleito.

## 4. Conclusão

Conclui-se, ser condição *sine qua non* para concretude e efetivação dos direitos fundamentais o divórcio do intérprete da velha hermenêutica que orientava o “racionalismo dogmático” de modelo dedutivista, jusprivatista e de subsunção, que buscava a teoria formalista da constituição, aderindo a um novo modelo de hermenêutica constitucional filosófica, fundada na teoria material da Constituição e na aplicação de suas cláusulas abertas, onde prevaleça os valores no lugar das normas, de sorte a alcançar o objetivo perseguido para concretização dos direitos fundamentais.

A decisão aqui analisada, ao determinar a diplomação do segundo colocado em eleição majoritária, dando interpretação positivista clássica ao art. 224 do Código Eleitoral, desarmonizou-se com os alicerces democráticos e os axiomas do Estado constitucional, afastou a aplicabilidade das cláusulas abertas e da teoria material da constituição, em franca usurpação do direito fundamental de sufrágio, corolário da soberania popular e da cidadania, sustentáculos do regime democrático, em confisco da vontade popular.

A forma para tornar exigível<sup>10</sup> o direito fundamental de sufrágio, garantindo o respeito à soberania popular, mister se faz, compatibilizar o artigo 224 do Código Eleitoral com o ordenamento constitucional, dando-lhe interpretação conforme a Constituição, para que novo pleito seja realizado, sempre que a maioria for de sufrágios nulos, independentemente de a eleição haver ocorrido em dois turnos.

---

9. Inclusive a motivação utilizada no Voto do Relator de que não cabe a aplicação do artigo 224 do Código Eleitoral, tendo em vista que a jurisprudência do Tribunal Superior Eleitoral é no sentido de que o candidato que dá causa a nulidade da eleição não pode pretender realização de novo pleito.

10. Mediante o ajuizamento de Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental ou qualquer outra ação que albergue interesse público subjetivo, já que o direito de sufrágio é exercido de modo coletivo em razão dos elevados fins e superiores interesses sociais.

## Referências

AFONSO DA SILVA, José. **Curso de Direito Constitucional Positivo**, 9ª edição, Malheiros, São Paulo, 1992.

BONAVIDES, Paulo. **Teoria Constitucional da Democracia Representativa: por um Direito Constitucional de luta e resistência; por uma Nova Hermenêutica; por uma repolitização da legitimidade**. São Paulo. 3ª. Edição. Malheiros. 2008.

\_\_\_\_\_. **Ciência Política**. 22ª ed. São Paulo: Malheiros, 2015.

BARROSO, Luís Roberto (Org.). **A Nova Interpretação Constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

\_\_\_\_\_. **Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito (o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil)**. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira; SARMENTO, Daniel (Orgs.). **A constitucionalização do direito**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2005.

CADEMARTORI, Luiz Henrique Urquhart. **Hermenêutica principiológica e colisão de direitos fundamentais: as teorias de Aléxy e Dworkin e os aportes de Habermas**. IN: **Revista Novos Estudos Jurídicos**, Itajaí, v.11, jan-jun/2006.

FERRAZ Jr., Tércio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito**. Técnica, decisão, dominação. São Paulo: Atlas, 1989.

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

GARCÍA FIGUEROA, Alfonso. IN: CARBONELL, Miguel. **Neoconstitucionalismo(s)**. 2ª ed. Madrid: Trotta, 2005.

GERRA FILHO, Willis Santiago. **Direitos fundamentais, processo e princípio da personalidade**. IN: **Dos directos humanos aos direitos fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997.

GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 1988**. Interpretação e crítica. 3ª ed. São Paulo: Malheiros, 1997.

MAGALHÃES FILHO, Glauco Barreira. **Hermenêutica jurídica clássica**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 19ª. ed. São Paulo: Atlas, 2006.

PÉREZ LUÑO, Anonio Enrique. **Derechos humanos, estado de derecho y constitución**. Madrid: Tecnos, 2005.

SAVIGNY, Friedrich Karl von. **Metodologia jurídica**. São Paulo: Rideel, 2005.

STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise**. Uma exploração hermenêutica da construção do direito. 6<sup>a</sup>.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

SARMENTO, Daniel. **Livres e iguais: estudos de direito constitucional**. São Paulo: Lúmen Júris, 2006.

Recebido em: 24/11/2015

Aceito em: 09/12/2015

#### Como citar

MOTA, Isabel; AQUINO, Vicente. **Hermenêutica dos direitos fundamentais e soberania popular**. *Ballot*. Rio de Janeiro: UERJ. Volume 1 Número 2 Setembro/Dezembro 2015. pp. 238-250. Disponível em: [<http://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/ballot>]



A Revista *Ballot* está licenciada sob uma licença Creative Commons Atribuição - Não Comercial - Compartilha Igual 3.0 Não Adaptada.