



ISSN 2178-8081

TRIBUNAL REGIONAL ELEITORAL DE MATO GROSSO

Revista de Julgados



VOLUME 6

2010 / 2011

A CONCRETIZAÇÃO DO DIREITO ELEITORAL A PARTIR DOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS ESTRUTURANTES

Paola Biaggi Alves de Alencar¹

RESUMO

Este artigo se dedica à análise e exposição de um rol delimitado de princípios constitucionais considerados em sua dimensão estruturante do Direito Eleitoral. Inicia-se com uma abordagem teórica dos princípios constitucionais-eleitorais e a posição que ocupam no ordenamento jurídico brasileiro. Em um segundo momento, expõe os princípios constitucionais-eleitorais em espécie, quais sejam: o princípio da proteção, o princípio da autenticidade eleitoral, o princípio da liberdade para o exercício do mandato, o princípio da necessária participação das minorias no debate público e nas instituições políticas e o princípio da legalidade específica em matéria eleitoral, tecendo breves considerações acerca de cada um deles e seus reflexos na interpretação e aplicação do Direito Eleitoral após a Carta Magna de 1988. Finalmente, tem por escopo demonstrar que as decisões do constituinte originário, essencialmente na esfera política e à parte de qualquer juízo idealista, é que devem orientar (e são o meio legítimo para tal) a concretização do direito eleitoral.

PALAVRAS-CHAVE: 1. Princípios constitucionais 2. Direito Eleitoral
3. Concretização

1 Introdução

Em uma breve contextualização no espaço/tempo, temos que o Brasil vive, após a Constituição Federal de 1988 (CF/88), um Estado Democrático de Direito. Para além disso, vive um Estado Constitucional que tem como característica central a subordinação da legalidade a uma Constituição rígida. Neste sentido, valiosíssima a lição de Lênio Luiz Streck, ao afirmar que “uma democracia se consolida quando todos os Poderes da República aprendem que a Constituição é a explicitação do contrato social e o estatuto jurídico do político”. (STRECK, 2009, p. 328).

Qualquer abordagem, portanto, que trate (como este trabalho tem a pretensão de fazer) da concretização de um ordenamento infraconstitucional a partir de seus princípios constitucionais estruturantes não pode se furtar de trazer à tona a força normativa da constituição e sua consequente supremacia.

Em contraponto à teoria lassaliana da “Essência da Constituição”, Konrad Hesse desenvolveu uma ideia de Constituição em que esta não é apenas um catálogo de intenções, mas, sim, de preceitos vinculantes da atividade legislativa infraconstitucional, dos operadores do direito e de toda a sociedade. Não se confunde com sim-

¹ Acadêmica do 3º ano do Curso de Graduação em Direito da Universidade Federal de Mato Grosso.

ples declaração política, mas como uma norma dotada de efetividade e aplicabilidade (HESSE, 1991).

Nas palavras de Canotilho (2010, p. 246):

Trata-se de uma verdadeira ordenação normativa fundamental dotada de supremacia – supremacia da constituição – e é nesta supremacia normativa da lei Constitucional que o ‘primado do direito’ do estado de direito encontra uma primeira e decisiva expressão.

É com base nessas premissas que o presente estudo se volta para uma análise do Direito Eleitoral em conformidade com seus princípios estruturantes inseridos em sua configuração atual no cenário político brasileiro. Elege como seu esqueleto um rol de princípios constitucionais², opções conscientes do constituinte originário para configurar o núcleo material do cenário político do país. Parte de um estudo estritamente constitucional, sem pretensões de discutir qual o melhor modelo, ou o mais desejável, limitando suas reflexões ao modelo resultante das discussões operadas pela Assembleia Constituinte.

2 Considerações gerais acerca dos princípios constitucionais informadores do direito eleitoral

Muito se discute na doutrina e na jurisprudência acerca do papel, da eficácia e da aplicação dos princípios jurídicos. Essa discussão cresce em importância na atualidade, pois se abandona a tradicional divisão entre “normas e princípios”, passando-se a reconhecer o gênero “norma” como abrangente de duas espécies: regras e princípios, esclarecendo a questão sobre se os princípios teriam apenas eficácia retórica argumentativa ou se também são instrumentos adequados a estabelecer condutas.

Uma das leituras possíveis é a de que o ordenamento constitucional se compõe de valores, princípios e regras. É esse o entendimento de Eneida Desirée Salgado na tese inspiradora deste trabalho: “As decisões constituintes que estruturam o Estado se revelam como valores, como princípios ou como regras constitucionais [...], que conformam o ordenamento jurídico e a vida em sociedade, com força normativa e concepção democrática”. (SALGADO, 2010, p. 8).

Em apertada síntese de cada um desses elementos, os valores são dotados de alto grau de abstração, uma vez que não determinam expressamente a sua projeção normativa. No entanto, isso não lhes retira sua eficácia, ao menos negativa, na interpretação do direito a partir dos fins que estabelecem.

Já os princípios assumem maior concretude, traduzindo a densidade do conteúdo valorativo que vincula a atividade do legislador e do intérprete e manifesta sua eficácia, conforme Luiz Roberto Barroso, em várias esferas. Reconhece-se sua

2 Este é um rol proposto por Eneida Desirée Salgado em sua tese de doutoramento no Programa de Pós-Graduação em Direito pela Universidade Federal do Paraná (2010), ao qual se acrescenta o Princípio da proteção.

eficácia direta (uma vez que, na ausência de regra específica para o caso concreto, devem ser aplicados de forma a integrar lacunas), interpretativa (sendo horizontes interpretativos para a aplicação e compreensão do sentido de uma norma) e negativa (excetuando a aplicação de normas em desconformidade com o seu sentido). Representam a concretização dos valores definidos pelo constituinte originário como nucleares de toda a organização do Estado, normas jurídicas de intensa expressão axiológica e/ou opção política (BARROSO, 2010).

Em um paralelo interessante, a questão é colocada por Salgado (2010, p. 10) da seguinte forma: “As regras também orientam ações e decisões, mas indicam uma consequência jurídica determinada. Derivam dos princípios como esses dos valores, em uma relação de inferência”. É esta “relação de inferência” que culmina no próximo ponto relevante do estudo: a intangibilidade dos princípios constitucionais.

Alguns princípios revelam opções políticas fundamentais do legislador constituinte originário (a exemplo da forma federativa de Estado) que se juridicizam em princípios normativos, condensando valores superconstitucionais. Está-se aqui falando de um núcleo material da Constituição (do qual fazem parte os princípios eleitorais fundamentais) que está além do poder de reforma do constituinte derivado e até mesmo do povo soberano. Segundo a autora:

Assim se configuram os princípios constitucionais estruturantes, inclusive os relativos ao Direito Eleitoral. São decisões inatingíveis, que formam o núcleo duro da Constituição: são os pilares do Estado brasileiro. Apenas um novo momento constituinte, que venha a substituir a estruturação estatal e as determinações políticas fundamentais, ao fazer tábula rasa do ordenamento jurídico vigente, pode afastar esses princípios. (SALGADO, 2010, p. 57).

Cabe aqui a distinção feita por Canotilho (2010). Segundo ele, os princípios constitucionais dividem-se em princípios jurídicos fundamentais, princípios políticos constitucionalmente conformadores, princípios constitucionais impositivos, e princípios-garantia. Dentro dessa classificação, os princípios aqui tratados (relativos ao Direito Eleitoral) são princípios políticos constitucionalmente conformadores, uma vez que explicitam as valorações políticas fundamentais e a ideologia inspiradora da Constituição. Em suas palavras:

[...] os princípios político-constitucionais são o cerne político de uma constituição política, não admirando que: (1) sejam reconhecidos como limites do poder de revisão; (2) se revelem os princípios mais directamente visados no caso de alteração profunda do regime político. Nesta sede situar-se-ão os princípios definidores da forma de Estado; os princípios definidores da estrutura do Estado. Os princípios estruturantes do regime político (princípio do Estado de Direito, princípio democrático, princípio republicano, princípio pluralista) e os princípios caracterizadores da forma de governo. (CANOTILHO, 2010, p. 1166).

Outro aspecto relevante neste contexto é o escalonamento interno dos princípios na ordem jurídica constitucional, assentada em princípios estruturantes. Estes princípios estruturantes se projetam em princípios gerais fundamentais, concretizadores dos seus sentidos jurídico e político. Já os princípios fundamentais gerais se densificam em princípios constitucionais especiais, relativos a determinado ramo do ordenamento e que, finalmente, integram regras jurídicas constitucionais. De forma exemplificativa, tem-se que o princípio democrático (tido como estruturante) se concretiza no princípio geral fundamental da participação democrática dos cidadãos que, por sua vez, se projeta no princípio fundamental especial da necessária participação das minorias no debate público e nas instituições políticas do qual decorre, dentre outras, a vedação à adoção de uma cláusula de desempenho.

Assim, os princípios constitucionais estruturantes do poder político brasileiro (dos quais decorrem princípios setoriais estruturantes, de âmbito eleitoral) estão afastados do poder de reforma, seja pela maioria constituída ou pelo Poder Judiciário.

É neste contexto que se inserem o princípio da proteção, o princípio da autenticidade eleitoral, o princípio da liberdade para o exercício do mandato, o princípio da necessária participação das minorias, o princípio da máxima igualdade na disputa eleitoral e o princípio da legalidade específica em matéria eleitoral. Todos constantes de um rol essencial à configuração do poder político como se dá sob a égide da CF/88, condicionantes (ao menos em tese) da atuação dos intérpretes e aplicadores do Direito Eleitoral brasileiro.

3 Os princípios em espécie

3.1 O princípio da proteção

Após a iniciativa popular da lei denominada “Lei da Ficha Limpa” e sua aprovação na forma da Lei Complementar 135/2010 ampliaram-se, e muito, as discussões acerca das inelegibilidades no cenário brasileiro, o que traz à tona a abrangência e aplicação do chamado princípio da proteção.

O princípio da proteção foi consagrado expressamente da forma como é entendido atualmente no ordenamento constitucional brasileiro pela Emenda Constitucional de Revisão nº4 em 1994 (embora a proteção à moralidade e probidade para o exercício do mandato já pudesse ser extraída da estrutura constitucional das inelegibilidades). A emenda acrescentou ao §9º do art. 14 a seguinte expressão: “a fim de proteger a probidade administrativa, a moralidade para exercício de mandato considerada vida pregressa do candidato autorizando que Lei Complementar estabeleça outros casos de inelegibilidade com o fim de proteger a moralidade e a probidade administrativa. O elemento adicional é a consideração da vida pregressa do candidato para fins de efetivação do mandamento constitucional de proteção ao mandato.

A novidade trazida, portanto, é a admissão de que se proteja o acesso ao mandato eletivo de pessoas que não preencham determinados requisitos próprios ao servidor público (tais como uma conduta proba e íntegra) levando-se em conta

especialmente aqueles que pleiteiam a representação política, tendo em vista a importância da missão a que se propõem. Em outras palavras, a alteração realizada pela Emenda de Revisão Número 4 é o estabelecimento do princípio da proteção da probidade administrativa e da moralidade para o exercício do mandato como princípio informador da definição das inelegibilidades, autorizando, inclusive, que se leve em conta o histórico do candidato.

Reforçando este entendimento, Aguiar (2009, p. 25) aponta que a alteração ao texto constitucional foi feita “[...] com o propósito expresso de conceder-se às inelegibilidades uma dimensão preventiva, protegendo o mandato contra o alcance por pessoas cuja vida pregressa aconselha justamente a negativa de acesso à vida pública.” Conclui-se que a CF expressamente autoriza que Lei Complementar posterior passe a estabelecer novas causas de inelegibilidades (além daquelas previstas na Lei das inelegibilidades, anterior à própria Emenda de Revisão, visto que datada de 1990), com o fito de proteger a moralidade e a probidade administrativa, tendo como critério balizador, dentre outros, a vida pregressa do candidato.

A construção jurisprudencial (Súmula nº 13, Tribunal Superior Eleitoral - TSE) reconheceu a não auto-aplicabilidade do §9º do art. 14, CF, destacando a necessidade de edição de lei complementar para estabelecer as hipóteses em que a vida pregressa seria um fator impeditivo ao exercício do mandato eletivo. É isso, e nada mais, o que faz a LC 135/2010, popularmente conhecida como “Lei da Ficha Limpa”, motivo pelo qual as discussões acerca do princípio da proteção estão na ordem do dia do debate jurídico nacional.

Muito se discute acerca da constitucionalidade da nova lei (inclusive quanto à questão de sua aplicabilidade para as eleições imediatamente seguintes, celeuma já resolvida pelo STF no Recurso Extraordinário 633703). Dentre essas discussões, a que mais interessa a este estudo é aquela em que se aborda a existência ou não de conflito entre o princípio da proteção e o da presunção de inocência, tema tratado por Reis (2010, p. 23-54).

Quanto ao tema, cabem algumas considerações acerca da diferenciação entre as causas de inelegibilidades e as penas: as inelegibilidades são critérios objetivos definidos com o fim de proteger o acesso ao mandato. Não se trata de pena ou antecipação de culpa, nem mesmo administrativa. Seu juízo não é repressivo (como o seria se constituída como penalidade), mas, sim, preventivo; não é concreto (como inegavelmente deveria ser se fosse pena), mas abstratamente considerado de forma a proteger o mandato representativo em suas dimensões éticas.

Corroborando para essa distinção, Reis (2010, p. 31) afirma que a inelegibilidade não se trata de uma medida de caráter punitivo-criminal, tampouco pena administrativa ou qualquer tipo de sanção:

Tais vedações possuem natureza preventiva e sua base constitucional se assenta nos princípios da moralidade e da probidade administrativa. Com efeito, a lei pode partir de presunções que objetivem salvaguardar as instituições do ingresso de pessoas destituídas do perfil

desejado, desde que o faça segundo critérios objetivos e razoáveis.

É o que ocorre, por exemplo, com a exigência de filiação partidária ou idade mínima para o cargo.

Uma vez que não sustentam qualquer relação com caráter punitivo criminal, ou com a aferição de culpa do candidato, não é cabível a aplicação do princípio da presunção de inocência às inelegibilidades oriundas da vida pregressa do candidato. Se o caráter aqui fosse punitivo e não apenas um requisito objetivamente considerado de acesso ao cargo, bastaria a aplicação da perda dos direitos políticos como efeito da condenação. No entanto, o objetivo do legislador foi mais amplo: além de poder exercer plenamente os seus direitos políticos, o candidato deve ter uma vida pregressa compatível ao exercício do cargo a que se propõe, de modo a proteger a dimensão ética, há tanto banalizada, da democracia brasileira.

3.2 O princípio da autenticidade eleitoral

Desconsiderando-se uma leitura ingênua ou romântica, é comumente aceito que a democracia é um sistema de competição pelo poder. Seu principal mecanismo, uma vez que predominantemente representativa, são as eleições. Assim, a democracia se aproxima de um modelo ideal à medida que a competição (leia-se: as eleições) seja limpa.

Ferreira Filho (2010, p. 49) apresenta como requisitos mínimos à realização da democracia: “1) sufrágio universal; 2) eleições livres, limpas, competitivas e periódicas; 3) mais de um partido político; e 4) fontes alternativas de informação”. Naturalmente, o aspecto mais relevante e que será aqui analisado é o de número 2, estritamente relacionado ao princípio da autenticidade eleitoral.

Nas democracias representativas modernas, o poder é exercido por aquele escolhido pelo povo em eleição (é o que se infere da redação do Art. 1º, Parágrafo único da CF). Não se admite, em regra, que seja diferente, constituindo usurpação do poder aquele que o exerce sem o crivo legitimador do processo eleitoral. Além disso, as eleições devem ser livres e competitivas. Livres tanto no que se refere à liberdade de candidatura quanto no que tange à ausência de constrangimento ao eleitor, admitindo a pluralidade de ideias, de programas, de partidos e, entre outros elementos, a liberdade de propaganda.

Inicialmente, a preocupação maior da Justiça Eleitoral no que se referia especificamente à realização das eleições era de que os votos contados reproduzissem efetivamente o resultado das eleições (recorde-se que, não faz muito, o Brasil viveu aberrações no processo eleitoral como o voto de defuntos, ou até mesmo dois ou mais votos com a cédula de identidade de um mesmo eleitor). Com o advento da urna eletrônica e seu aperfeiçoamento, esta passou a ser uma questão mais tranquila, uma vez que o sistema brasileiro apresenta um alto grau de confiabilidade, sendo modelo para o mundo no que se refere à apuração de votos.

Assim é que uma das questões de maior importância para garantir o respeito à autenticidade eleitoral é a preocupação com a veracidade do escrutínio, tanto no momento de qualificação e alistamento de eleitores quanto no momento da apuração de votos, figurando a informatização como um instrumento fundamental para que o resultado das urnas seja expressão efetiva dos votos recebidos.

No entanto, outra questão passou a requerer maior atenção da Justiça Eleitoral nesse processo complexo: a formação da vontade do eleitor sem vícios e distorções. Inere-se daí que a ideia de democracia posta pela Constituição Federal é bastante ambiciosa, incluindo em seu seio a autenticidade eleitoral, em uma exigência de lisura do pleito.

É nesse cenário que cresce em importância o papel da Justiça Eleitoral, cuja missão é garantir o respeito à vontade do eleitor e a igualdade de condições entre os candidatos. Neste sentido é também o entendimento de Salgado (2010) que considera como função da Justiça Eleitoral garantir ao povo, titular da soberania, que o processo ocorra legítima e validamente.

Especialmente no que comunica o papel da justiça eleitoral ao princípio da autenticidade eleitoral, cabe a ela garantir que prevaleça a vontade do eleitor. Entenda-se: não lhe é cabível exigir ou orientar escolhas melhores, ou escolhas ideais, apenas fazer valer a escolha expressada legitimamente pelo eleitor no resultado das urnas. Assim, embora louvável o esforço, não lhe cabe primar por “votos de qualidade”, apenas pelos votos legitimamente conquistados.

O que macula o processo e a formação da vontade não são os critérios utilizados pelo eleitor (por mais absurdos, subjetivos ou incoerentes que sejam), mas, sim, o falseamento de sua vontade. Embora por vezes seja atraente o discurso de que uma das funções da Justiça Eleitoral seria incentivar o eleitor a melhor escolher seus candidatos, a utilizar-se de critérios objetivos e a não levar em conta elementos menores que o interesse público, este não é o seu papel.

Sabe-se que, no Brasil, o eleitor geralmente escolhe seus candidatos em função de sua imagem social, pelo que os meios de comunicação em massa lhe vendem, ou por aquilo que é produzido e maquiado nesse grande mecanismo de promoção pessoal que é a propaganda eleitoral. No entanto, uma característica essencial da liberdade em nosso processo democrático é que o eleitor brasileiro não precisa (e não deve) justificar as suas escolhas. Se não são as melhores (e geralmente não são) cabe às outras ciências identificar e apresentar soluções ao modo como o brasileiro encara as questões políticas e seus representantes, mas não ao Direito Eleitoral.

Ao Direito Eleitoral, por outro lado, cabe zelar pelo desenvolvimento regular do pleito, cabe assegurar que a vontade do eleitor prevaleça e impedir a existência de vícios, como, por exemplo, a captação do sufrágio, o suborno e a corrupção. É daí que se desenvolvem mecanismos para assegurar a liberdade do voto (cite-se o voto secreto) e até mesmo a liberdade de formação da opinião (por meio da proibição de qualquer tipo de propaganda em determinado período antes da realização das eleições).

Enrique Alvarez Conde identifica o mesmo fenômeno sob o epíteto de “princípio de impedimento do falseamento da vontade popular” e sobre isso aduz:

Es decir, el respeto a la voluntad del cuerpo electoral, clara y válidamente manifestada, debe imponerse en todos los trámites y momentos del proceso electoral. [...] la necesidad de impedir el falseamiento de la voluntad popular, de forma que no se asignen votos a quienes no los han obtenido, o cuando menos sin constancia de que fueran a su favor, ni se prive a quien los obtuvo de votos válidos por una interpretación puramente formalista de la legalidad vigente. (ALVAREZ CONDE, 1991, p. 9-35).

Por fim, há outro elemento trazido por Salgado (2010), essencial à autenticidade eleitoral: a fidedignidade da representação política (em parte já aqui analisada por ocasião da apresentação do princípio da proteção). Neste aspecto, é imperativa a determinação objetiva de condições de elegibilidade e hipóteses de perda de mandato como meio de assegurar a fidedignidade da representação e a consequente observância da autenticidade eleitoral.

3.3 O princípio da liberdade para o exercício do mandato

Alguns elementos presentes no texto constitucional fundamentam a opção do legislador constituinte pela liberdade para o exercício do mandato. Dentre eles: a adoção de uma democracia representativa e deliberativa, de uma forma de governo republicana, do mandato representativo e da liberdade de convicção e consciência.

Muito se teoriza acerca da possibilidade de subordinação ou não do eleito à vontade do seu eleitorado, questão que passa necessariamente pela análise da natureza jurídica do mandato representativo e da relação entre a obrigatoriedade do voto, a função do eleitor e a possibilidade de controle ou não sobre o modo como é exercido o mandato.

Primeiramente, é digno de registro que a relação de representação estabelecida pelo mandato é entre a coletividade e o eleito e não apenas entre os eleitores de determinado candidato e este último. De forma mais clara: os parlamentares representam o povo, e não apenas o seu eleitorado. Além disso, governar não é uma questão apenas de vontade, mas de exercício racional de suas próprias razões em prol da comunidade e, uma vez não sendo possível conciliar uma vontade única, deve-se reconhecer a liberdade do eleito para o exercício do mandato.

Acrescente-se também que uma das características essenciais das decisões políticas tomadas pelos parlamentares é a deliberação, a discussão, em que as convicções de cada um acerca de seus votos e palavras são resultado de um processo dialógico. Vincular o eleito à vontade de seu eleitorado seria negar esse processo, passando a constituir o parlamento uma câmara estatística de vontades, o que seria diametralmente oposto ao sistema proposto pela CF. É o que se extrai do Estatuto dos Congressistas, em que se assegura aos parlamentares liberdade de votos e palavras reconhecendo-lhes autonomia política por meio de um conjunto de direitos políticos dos quais se extrai a liberdade para o exercício do mandato.

Sendo assim, é preciso desfazer a confusão entre o mandato do direito privado com o mandato representativo. Segundo Ferreira Filho (2010, p. 64): “O vocábulo político refere-se ao representante como um mandatário do povo, quando rigorosamente ele não o é. Em realidade, a eleição é uma investidura”. Não poderia ser outra a leitura decorrente do já conhecido parágrafo único do art. 1º da CF/88. Portanto, o exercício da soberania popular por meio dos representantes eleitos pelo povo confere a este o poder/dever de querer pela comunidade, de se manifestar no lugar dela, entendida em seu caráter coletivo.

Não se pode negar, naturalmente, que o mandato político possui um duplo vínculo: o popular, visto que o representante é eleito pelo povo; e o partidário, uma vez que são os partidos que fazem a comunicação entre o povo e o candidato. No entanto, deve-se ressaltar: quem titulariza o mandato não é nem o povo e nem o partido. Sua titularidade é indiscutivelmente do representante (expressão utilizada, inclusive, pelo art. 14, §7º da CF).

Ainda no tocante à natureza jurídica do mandato eletivo, Salgado (2010) compara o representante eleito a um gestor de negócios e não a um mandatário. De tal decorrem duas consequências: proibição do mandato imperativo e impossibilidade de revogação do mandato.

A vedação ao mandato imperativo consiste na proibição de que o mandatário o exerça vinculado a instruções de seu eleitorado ou de quem quer que seja, em razão de seu caráter personalíssimo. A legitimidade do eleito provém das eleições, seus poderes provém da CF e não há nenhuma vinculação a instruções de seus eleitores. Não é possível definir nitidamente o vínculo entre mandante e mandatário. Por conseguinte, uma das características essenciais do mandato representativo é a impossibilidade de se exigir juridicamente prestação individual de contas (no que se refere a posicionamentos políticos) ou limitar a extensão dos poderes investidos ao titular do mandato.

Note-se: a ausência de vinculação aqui exposta se refere à vinculação jurídica. Naturalmente, o mandatário se vincula politicamente aos seus representados. A atuação do representante está sujeita a sanções, mas não de ordem jurídica, e sim política, cujo exemplo mais expressivo é a não reeleição, como tradução do controle político exercido pelos eleitores/representados sob seus representantes. Os representantes respondem politicamente perante um povo que lhes investiu o poder, e que pode renovar essa investidura ou não, dependendo de seu desempenho.

No entanto, essa questão de “prestação de contas” politicamente ao eleitorado não é uma questão afeta à Justiça Eleitoral. Não cabe a ela regular o grau de satisfação atingido pelo representante perante os seus eleitores. Ideal seria que estes últimos procedessem investigações mais cuidadosas (e que até mesmo os órgãos públicos divulgassem informações oficiais a respeito da atuação dos representantes políticos) a respeito daqueles que pretendem reeleger, para saber se são novamente merecedores ou não de sua confiança.

Outra questão bastante presente no que se refere ao princípio da liberda-

de para o exercício do mandato é quanto à constitucionalidade ou não do mandato partidário e a consequente questão (ainda polêmica, embora já “resolvida” pelo TSE com o aval do STF) da perda de mandato por infidelidade partidária.

Sobre a questão, deveras extensa para uma análise mais acurada neste momento, registra-se aqui o entendimento de Eneida Desirée Salgado:

Não parece razoável reduzir o deputado ou o senador a um repetidor no Parlamento de uma vontade já formada no âmbito do partido político. Isso retiraria o caráter deliberativo das casas parlamentares e transformaria o mandatário em um funcionário, voz de uma vontade alheia, executor de uma vontade anterior, não do povo, mas de um ‘colégio de líderes’, diametralmente oposto ao caráter que lhe empresta o governo representativo. (SALGADO, 2010, p. 168).

Prossegue a autora, quanto à perda do mandato por infidelidade partidária, criticando suas consequências e significados para o cenário político brasileiro e considerando a ilegitimidade das alterações dos magistrados “[...] que desprezam as decisões constituintes para construir uma Constituição ‘melhor e mais coerente’ com o seu próprio pensamento”.

3.4 O princípio da necessária participação das minorias no debate público e nas instituições políticas

Valls (2001) identifica como ideal de uma democracia representativa que o corpo legislativo seja um microcosmos do eleitorado, em que cada grupo deve estar representado, tanto as maiorias como as minorias. A aparente simplicidade da ideia não lhe retira o mérito de, juntamente com a estrutura republicana (especialmente no que se refere a um de seus elementos essenciais: o pluralismo político), fundamentar a construção do princípio da necessária participação das minorias no debate público e nas instituições políticas.

A restrição à participação de grupos minoritários e de partidos políticos menores nas discussões políticas constitui afronta expressa ao modelo democrático vivenciado pelo Brasil. Os espaços públicos de tomada de decisões, se excludentes de grupos menores, sequer constituirão espaços públicos em si mesmos. Disso decorrem duas imposições: a liberdade de participação e, principalmente, que todos sejam igualmente considerados.

A ausência dessa participação implicaria em um modelo apenas virtualmente democrático, uma vez que não contemplaria característica essencial da democracia: a institucionalização da divergência. Está aí o fundamento da essencialidade de grupos pluralistas, uma vez que diversificam o debate e limitam, através da competição, os detentores do poder. Neste sentido:

En la democracia, la regla de la mayoría está justificada; sin embargo, ésta no puede ni debe ejercer ni legítimamente todo el

poder, por cuanto resulta posible que de esta manera oprima a la minoría, al abandonar la protección de sus intereses e ignorar sus oportunidades de progreso; asimismo, la puede dejar fuera del equilibrio de fuerzas en la sociedad y sin participación efectiva en el proceso político. [...] para que los valores de la democracia estén presentes, la mayoría aludida debe tener la mayor parte de los puestos de representación, aunque no todos, porque algunos de ellos corresponden a las minorías. (VALLS, 2001, p. 85).

A passagem acima traduz um dos grandes instrumentos de participação das minorias no debate público e nas instituições políticas: a adoção do sistema eleitoral proporcional aliado ao sufrágio universal. É ele quem permite que a minoria da sociedade seja representada, ainda que pela minoria dos parlamentares (como não poderia deixar de ser, consoante os critérios da justiça material). Sua utilidade se faz, pois a constituição de um governo não é um problema aritmético em que 20 prevalecem sobre 5, e a batalha política não é uma batalha por vitória total, visto que se à maioria é conferido o poder absoluto e esta o exerce fora de proporção, automaticamente perde sua legitimidade.

No entanto, esse caráter de representatividade das minorias só se mantém diante de um sistema proporcional de lista aberta (que já contém um filtro realizado pelos partidos acerca de quem irá concorrer), mas se torna inviável se adotado (conforme alguns defensores da reforma política no Brasil) o sistema de lista fechada, pois retira do povo a possibilidade de escolher diretamente os seus representantes.

Outra bandeira levantada por alguns segmentos políticos para a reforma política seria a adoção do sistema distrital, com a realização de eleições majoritárias regionalizadas ao se proceder a divisão das regiões em distritos. A hipótese, diante do princípio constitucional da necessária participação das minorias, é flagrantemente inconstitucional, pois significaria conferir o poder a uma maioria estabelecida e retirar da minoria restante qualquer possibilidade de representação, excluindo a participação de todos aqueles que não elegeram o mais votado.

No caso brasileiro, a hipótese é ainda mais assustadora para aqueles que se recordam do coronelismo (não tão erradicado assim se visitados os rincões mais pobres do país). Argumenta-se que tal sistema proporcionaria uma maior proximidade entre o eleito e seus eleitores, mas isso traz, na mesma proporção, o risco de representação de interesses privados, de conflitos de interesses dentro da própria federação e, principalmente, da ausência de representação dos grupos minoritários.

Ainda como decorrência lógica do princípio em análise verifica-se a impossibilidade de adoção de cláusulas de desempenho no sistema eleitoral nacional, uma vez que consistiria em ofensa à igualdade de oportunidades dos partidos políticos e até mesmo à igualdade dos votos (visto que os votos daqueles eleitores que se destinassem a um partido que não obtivesse o patamar mínimo de votos não teriam o mesmo êxito que os votos dos eleitores que se destinaram a um partido com ampla representação).

Portanto, criar um patamar uniforme, com um número mínimo de vo-

tos reduz a representação político partidária e a competição, contrariando a ideia de democracia e de liberdade de oposição, opções tomadas pelo legislador constituinte que não estão passíveis de modificações restritivas. Neste sentido, andou bem o STF na ocasião do julgamento conjunto das Ações Diretas de Inconstitucionalidade 1351 e 1354 entendendo que a nenhuma maioria é dado retirar ou restringir os direitos e liberdades fundamentais da minoria e sua possibilidade de participar plenamente da vida pública, consistindo, a adoção de uma “cláusula de barreira”, em efetivo massacre das minorias.

3.5 O princípio da máxima igualdade na disputa eleitoral

A adoção estrutural do modelo democrático implica, necessariamente, que se prime pela igualdade política, seja em relação ao valor do voto, à representação ou, principalmente, em relação à disputa eleitoral.

Nas palavras de Valls (2001, p. 35):

En una democracia representativa existe una dimensión política de dicha igualdad, que consiste en que todos los ciudadanos tengan igual derecho de participar de las decisiones colectivas bajo la premisa: una persona, un voto. [...] exige que la igualdad jurídico-política se extienda a otras expresiones: la igualdad social, la igualdad de oportunidades y la igualdad económica, aplicadas siguiendo criterios de proporcionalidad, equidad, mérito y acceso a iguales posiciones de partida.

Estabelece-se, por conseguinte, uma relação íntima entre a lisura da disputa eleitoral e a justiça da eleição. É diante dessa relação que se justificam os imperativos de regulação da campanha, controle da propaganda eleitoral, vedação ao abuso do poder político e do poder econômico, e imparcialidade dos meios de comunicação, entre outras situações que podem vir a desequilibrar ilegitimamente a disputa.

A análise da igualdade entre os candidatos apresenta duas facetas. A primeira delas tem um caráter combativo relacionado aos direitos e garantias individuais, no tocante à não-discriminação (favorecimento ou desfavorecimento) de qualquer candidato por motivos injustificáveis. A outra diz respeito à necessidade de intervenção estatal para assegurar o equilíbrio do pleito, tentando balancear o que é relevante ou não para ser levado em conta (e o que deve ser levado ao eleitor enquanto fator determinante) para a conquista de um mandato político.

Neste sentido, o sistema eleitoral estabelece uma série de vedações ao candidato, inclusive em restrições à apresentação das candidaturas, de modo que concorra em igualdade de condições. São exemplos os já citados abusos de poder (político e econômico e midiático), as inelegibilidades por parentesco, as regras e prazos de desincompatibilização e as incompatibilidades.

Sob a exigência da máxima igualdade na disputa eleitoral autoriza-se inclusive a restrição de direitos fundamentais (naturalmente, o mínimo necessário) durante o período das eleições, tais como a liberdade de expressão e de imprensa.

Um dos meios mais expressivos de controle estatal da igualdade na disputa eleitoral (visto que age sobre um instrumento com alta potencialidade para desequilibrar o pleito) é a regulação da propaganda eleitoral e do uso indevido dos meios de comunicação. Atualmente as campanhas políticas têm um forte (e indesejável) revés comercial, enfraquecendo a democracia, uma vez que apela para critérios de escolha irracionais, grande investimento de recursos (em maioria privados), afastando, portanto, os candidatos sem recursos da efetiva competição.

No entanto, é preciso observar que qualquer controle prévio sobre o conteúdo em si da propaganda eleitoral importaria em ofensa desmesurada à liberdade de expressão. Sendo assim, as melhores formas de evitar o desequilíbrio da disputa seria uma maior fiscalização ao financiamento das campanhas e restrições mais eficazes ao abuso do poder econômico (note-se que as propostas de reforma política se atentam a essa necessidade, apresentando como alternativa o financiamento público das campanhas – que insere uma série de novas discussões, como os indesejáveis “caixas 2”).

No contexto de elementos ameaçadores da igualdade na disputa eleitoral ainda cabe considerar o abuso do poder político (comissivo e/ou omissivo), contrário à exigência de neutralidade dos órgãos e agentes públicos perante a disputa eleitoral. Segundo Frederico Franco Alvim:

[...] como se sabe, um dos principais fundamentos da necessidade de coibição ao abuso do poder político é o princípio da igualdade de condições. Ademais, sua assunção fundamenta-se em princípios democráticos e republicanos que não admitem sua utilização senão em prol da coletividade. O poder político, ao contrário do econômico e do poder de mídia, não se encontra (mesmo em hipótese) nos âmbitos de aquisição e disposição de todos os candidatos. Forçoso concluir, então, que o uso de poder político nas campanhas eleitorais não precisa ser desbordado para revelar-se antijurídico. (ALVIM, 2011).

Todo o exposto é bem traduzido por Valls (2001) ao dizer que, em uma sociedade democrática, a igualdade de oportunidades não se refere à distribuição equitativa de cargos (ou do poder), mas em fazê-los igualmente acessíveis a todos os cidadãos. Isto só é possível se a todos os indivíduos são satisfeitas, ao menos, suas necessidades elementares. Assim, uniformizam-se as potencialidades e possibilita-se a igualdade de acesso para que as conquistas dependam apenas da própria competitividade e não de um desequilíbrio econômico ou de poder.

3.6 O princípio da legalidade

O princípio da legalidade trazido pela CF assume duas dimensões: uma genérica (aplicável a todos os cidadãos), explícita no art. 5º, II, ao estabelecer que “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer senão em virtude de lei”, e outra específica, aplicável à administração pública e, por conseguinte, ao direito eleitoral,

esta última trazida no caput do art. 37 da Carta Magna. A essencial distinção é que, quanto à legalidade genérica, o cidadão pode fazer (ou não) tudo aquilo que não estiver no âmbito de proibição ou imposição da lei, ao passo que, no que se aplica à Administração Pública, o administrador pode fazer apenas o que a lei autoriza. Seus atos devem estar sempre pautados em uma determinação legislativa, não podendo atuar na ausência desta.

A obediência à legalidade, especialmente nesta seara do Direito Público, é uma garantia ao cidadão, refletida em sua proteção ao abuso de poder do administrador e, portanto, instrumento essencial à segurança jurídica dos administrados.

Este princípio se concretiza em duas vertentes, a saber: a anterioridade em matéria eleitoral e a reserva de lei do parlamento.

O subprincípio da anterioridade eleitoral (disposto no art. 16, CF) estabelece que as regras relativas ao processo eleitoral não se aplicam às eleições que ocorrerem até um ano depois da data de sua vigência. Note-se que a norma relativa ao processo eleitoral já será vigente e válida. A condicionante temporal se refere apenas à sua eficácia, à sua potencialidade de produzir efeitos no mundo fático.

Outro esclarecimento necessário a respeito do tema é quanto à abrangência do termo “processo eleitoral”, ao qual o STF estabeleceu interpretação restritiva, por ocasião da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 354, limitando-se a aplicação do princípio da anualidade apenas às regras processuais eleitorais. De forma mais clara, a anualidade se impõe apenas às regras destinadas a alterar as “regras do jogo eleitoral”, para evitar que se submeta o candidato a casuísmos, conferindo a segurança essencial ao imperativo democrático das eleições.

O segundo desdobramento em análise do princípio da legalidade em matéria eleitoral é a reserva de lei do parlamento, segundo a qual apenas leis em sentido formal, oriundas do processo deliberativo parlamentar, podem estabelecer direitos e obrigações em matéria eleitoral. Trata-se de uma expressão da repartição de competências estabelecidas no próprio documento constitucional. O fundamento de tal restrição é a opção do constituinte originário de que determinadas matérias fossem tratadas apenas sob o crivo democrático das discussões parlamentares.

Especialmente no que se refere às normas de Direito Eleitoral tem-se que, uma vez que tratam da disputa e da configuração do poder político do país, é prudente que somente possam ser elaboradas e alteradas segundo os requisitos formais e materiais estabelecidos pela CF, em um processo representativo das forças políticas da sociedade, mediante as deliberações parlamentares. Em suma, o único instrumento adequado a inovar a ordem jurídica estabelecendo direitos e obrigações em matéria eleitoral, diante da complexidade e importância da matéria, é a lei.

Ao princípio da legalidade específica em matéria eleitoral (e aos seus desdobramentos em anterioridade e reserva de lei) segue-se uma grande discussão no cenário brasileiro: a legitimidade ou não da faceta legislativa da Justiça Eleitoral. Sabe-se que a leitura atual da divisão orgânica de funções proposta por Montesquieu comporta a atribuição de funções típicas e atípicas aos órgãos que exercem parcela do poder. Tipicamente, a função legislativa está reservada ao Poder Legislativo. No

entanto, a CF confere ao Executivo e ao Judiciário, de modo geral, no exercício de funções atípicas, competência normativa para elaborar regulamentos internos e ato normativo sem força de lei (em sentido estrito).

Onde se enquadra então o poder regulamentar da Justiça Eleitoral e qual o seu fundamento? A CF/88 não traz previsão expressa desta atribuição da Justiça Eleitoral e, em razão disso, parte da doutrina confere ilegitimidade absoluta a este exercício. No entanto, embora aparentemente silente o texto constitucional, a interpretação majoritariamente admitida é a de que a CF, em seu artigo 121, determina que Lei Complementar discipline a organização e competência da Justiça Eleitoral. Diante do silêncio do legislador 'pós-CF/88' quanto à elaboração de tal Lei Complementar, entende-se que o Código Eleitoral (lei ordinária anterior à CF/88) foi recepcionado pela CF, no que se refere a esta matéria, como Lei Complementar, podendo apenas por meio desta ser revogado.

O Código Eleitoral estabelece, nos arts. 1º e 23, a competência da Justiça Eleitoral para elaborar instruções normativas. Sua competência normativa, portanto, não decorre diretamente da CF, mas de lei autorizada constitucionalmente para tal.

Admitido esse poder regulamentar, no entanto, a próxima questão em análise deve ser a indagação dos seus limites. Em princípio, as instruções são espécies normativas que se destinam apenas aos órgãos da Administração Pública, referentes à atuação administrativa da Justiça Eleitoral, entretanto sua expressão na prática jurídica brasileira é mais ampla.

O caráter regulamentar conferido às resoluções do TSE, pelo modo como tem sido exercido, extrapola a estrutura autorizada pela CF. Deve-se recordar que a competência regulamentar se restringe (ao menos é ideal que o faça) à edição de normas secundárias, instrumentos para a execução de uma lei infraconstitucional.

A contrariedade da atuação da Justiça Eleitoral aos princípios constitucionais, em matéria de resoluções, está na inobservância de seus limites. Seu exercício legítimo se limita a especificar o que a lei determina genericamente. O âmbito de atuação regulamentar é aquele em que não há qualquer espaço para discricionariedades e inovações (tais restrições ficam ainda mais claras após 2009, com a 2ª minirreforma eleitoral, que traz uma nova redação ao art. 105 da Lei 9.504/97 – Lei das Eleições). Sua função é conferir eficácia às normas eleitorais, facilitando o entendimento e a aplicação da legislação eleitoral. Neste sentido está o entendimento de Torquato Jardim, citado por Fernandes e Flôres (2007):

[...] esse exercício de poder regulamentar tem por limite óbvio a Constituição, o que nela conste expressamente, o que ela contenha implicitamente e o que dela derive necessariamente conforme a natureza da res publica eleitoral. [...] não seria da natureza do Poder Judiciário, no estado democrático de direito, em que lhe incumbe limitar juridicamente o poder político, que inexistisse norma geral plena que lhe afirmasse jurisdição onde e naquilo sobre o que o poder político, intencionalmente ou não, tenha se omitido ou legislado contraditoriamente.

Seu caráter não-inovador é reforçado, inclusive, pelo fato de que as resoluções não se submetem à anterioridade eleitoral, tornando-se flagrante a sua constitucionalidade caso fosse instrumento hábil a inovar o processo eleitoral, tanto no que se refere à inobservância da reserva de lei quanto da anualidade.

Outro instrumento utilizado pela Justiça Eleitoral, e que, da forma como tem sido feito tem sua constitucionalidade questionada perante o princípio da legalidade, é a resposta às consultas. O sistema de consultas surge diante de uma necessidade de celeridade e previsibilidade do processo eleitoral. Devido ao seu caráter extremamente dinâmico, é fundamental que se reduza ao máximo o número de conflitos judiciais e que esteja o mais claro possível o âmbito do permitido e do proibido, trazendo segurança ao candidato. Evita-se que este seja pego de surpresa pelas regras do jogo, não correndo o risco, inclusive, de pôr em risco a vontade manifestada pelo eleitor nas urnas. É neste sentido que se permite as consultas, em que o órgão eleitoral emite pareceres. Sendo assim, não é instrumento vinculativo, não cria normas e não inova a ordem jurídica.

Portanto, no que se refere à competência normativa da Justiça Eleitoral, sua legitimidade se condiciona a uma linha muito tênue entre a autorização constitucional concretizada pelo Código Eleitoral e a obediência à estrutura principiológica adotada pelo constituinte originário (citem-se os princípios da legalidade, da anualidade, da reserva legal e da hierarquia das normas). Linha muitas vezes ultrapassada pela atuação desarrazoada dos tribunais (como o estabelecimento da verticalização das coligações e a determinação pelo STF de um critério aritmético rígido para a fixação do número de vereadores, entre outros).

Sobre o alcance do princípio constitucional da legalidade eleitoral registra-se a análise crítica exposta por Salgado (2010, p. 313):

Alega-se que a intervenção do Poder Judiciário na definição de regras jurídicas dá-se pela indolência do Poder Legislativo em cumprir sua função principal. Tal argumento, que encontra fácil abrigo em qualquer discurso antidemocrático [...], contraria todo o regime representativo. [...] o descumprimento do dever de legislar retira a possibilidade de controle social do cumprimento do mandato do parlamentar, determinante para a configuração de uma república democrática. A subtração de determinadas matérias do debate político, no entanto, importa em igual afastamento do controle popular, com a tomada de decisão por agentes não-eleitos e não-controlados por agentes eleitos.

4 Conclusão

Temas políticos sempre tiveram o condão de suscitar discussões acaloradas em qualquer instância de debates, seja em razão de seu objeto fortemente vinculado ideologicamente ou em razão de seu caráter potencialmente transformador da distribuição do poder.

No entanto, não parece prudente (e efetivamente não é) que decisões fundamentais acerca do poder político nacional estejam ao disabor destas circunstâncias (ânimos exaltados, interesses pessoais e, em alguns casos, até mesmo a imposição da vontade da maioria). O perigo não passou despercebido ao constituinte originário que estabeleceu uma estrutura política mínima, um núcleo intangível caracterizador das opções políticas fundamentais que configuram a essência da República Federativa do Brasil.

O reconhecimento de princípios constitucionais estruturantes do direito eleitoral implica na admissão de que a configuração política brasileira se submete a determinados parâmetros intransponíveis. É o que ocorre, por exemplo, com a impossibilidade de instruções aos representantes, decorrente do princípio da liberdade para o exercício do mandato; com a vedação à adoção de uma cláusula de barreira ou da substituição do sistema proporcional pelo sistema majoritário, em razão do princípio da necessária participação das minorias; com a inviabilidade de suprimir a proteção à moralidade e à probidade administrativa, conforme o princípio da proteção.

Do rol de princípios apresentados percebe-se que determinadas questões eleitorais são permanentemente afastadas do debate político restritivo ou abolicionista (sem que se negue, naturalmente, a legitimidade da ampliação de sua eficácia, se obedecidos os seus limites formais e materiais). A modificação estrutural destas questões só pode ocorrer diante de um novo momento constituinte, diante de uma nova ordem estatal.

Portanto, àqueles que atuam de uma forma ou de outra no cenário político cabe velar pela observância deste corpo estrutural mínimo proposto pelo constituinte originário, sob pena de transformar a sua atuação em usurpação de um poder que não lhes pertence. Não pertence a Ministros, Congressistas, Presidentes e/ou Governadores ou quem quer que seja, mas ao povo, seu único e legítimo titular.

REFERÊNCIAS

- AGUIAR, Karoline Mendes. Teoria da moralidade eleitoral como condição de elegibilidade. **Conteúdo Jurídico**, Brasília, 8 dez. 2009. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=1055.25661>>. Acesso em: 1 set. 2011.
- ALVAREZ CONDE, Enrique. Los principios del derecho electoral. **Revista del Centro de Estudios Constitucionales**, Madrid, n. 9, maio/ago. p. 9-35, 1991.
- ALVIM, Frederico Franco. **O abuso de poder político por omissão. Jus Navi-gandi**, Teresina, ano 16, nº 2892, 2 jun. 2011. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/19257>>. Acesso em: 31 jul. 2011.
- BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo**. 2º ed. São Paulo: Saraiva, 2010.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da consti-tuição**. 7º ed. Coimbra: Almedina, 2010.
- FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Princípios fundamentais do direito constitucional**. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

FERNANDES, Rosana Spiller, FLÓRES, Ana Eloise de Carvalho. Poder regulamentar do Tribunal Superior Eleitoral. 2007. **Resenha Eleitoral: Nova Série**, Florianópolis, v. 14, p. 57-80. Disponível em: <<http://www.tre-sc.gov.br/site/institucional/publicacoes/artigos-doutrinarios-publicados-na-resenha-eleitoral/resenhas/v-14-2007/doutrina/poder-regulamentar-do-tribunal-superior-eleitoral/index.html>>. Acesso em 2 out. 2011.

HESSE, Konrad. **A força normativa da Constituição**. Porto Alegre: S. A. Fabris, 1991.

REIS, Márlon Jacinto. O princípio constitucional da proteção e a definição legal das inelegibilidades. In: REIS, Márlon Jacinto; OLIVEIRA, Marcelo Roseno de; CASTRO, Edson de Resende (Coords.). **Ficha limpa**: Lei complementar nº 135, de 4.6.2010: interpretada e anotada por juristas e membros de organizações responsáveis pela iniciativa popular. Bauru: Edipro, 2010. p. 23-54

SALGADO, Eneida Desirée. **Princípios constitucionais estruturantes de direito eleitoral**. 2010. 345 p. Tese (Doutorado)-Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2010. Disponível em: <<http://dspace.c3sl.ufpr.br/dspace/bitstream/handle/1884/22321/?sequence=1>>. Acesso em 31 jul. .2011.

STRECK, Lênio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise**: uma exploração hermenêutica da construção do Direito. 8ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

VALLS, Maria Gilda Pedicone de. **Derecho electoral**. Buenos Aires: Ediciones La Rocca, 2001.