

REVISTA POPULUS

ISSN 2446-9319

O PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE COMO INSTRUMENTO DE CONTROLE DAS RESTRIÇÕES NORMATIVAS À ELEGIBILIDADE NOS SISTEMAS JURÍDICOS DO BRASIL E DE PORTUGAL^{1*}

THE PROPORTIONALITY PRINCIPLE AS MEANS OF CONTROLLING NORMATIVE RESTRICTIONS TO ELIGIBILITY IN THE BRAZILIAN AND PORTUGUESE LEGAL SYSTEMS

Ruy Nestor Bastos Mello^{2}**

RESUMO

O presente artigo examina a aplicação do princípio da proporcionalidade como parâmetro de julgamento da constitucionalidade das restrições normativas à elegibilidade, especialmente as causas de inelegibilidade, sob a perspectiva dos ordenamentos jurídicos do Brasil e de Portugal. Para tanto, demonstra-se inicialmente a estrutura racional do princípio e sua aplicação como forma de verificar a adequação da norma à finalidade buscada, a apuração do meio menos lesivo a um direito fundamental e a existência de uma relação favorável de efeitos positivos produzidos pelo ato normativo. Depois, o estudo faz uma incursão sobre os direitos políticos, explicitando o caráter de direito fundamental da elegibilidade e descrevendo, sinteticamente, o elenco das restrições normativas vigentes. Analisa-se ainda o alcance do controle do juiz constitucional sob o enfoque da proporcionalidade e, considerando a neutralidade estrutural do princípio, são indicados os valores jurídicos subjacentes às restrições à elegibilidade. Na parte final do artigo, é apresentada uma análise crítica de julgamentos proferidos pelo Supremo Tribunal Federal e pelo Tribunal Constitucional português com a finalidade de avaliar a utilização do princípio da proporcionalidade como técnica decisória para aferir a constitucionalidade das causas de inelegibilidades.

Palavras-chave: Princípio da proporcionalidade. Direitos políticos. Elegibilidade. Causas de inelegibilidade. Controle de constitucionalidade.

ABSTRACT

This work examines the application of the proportionality principle as the parameter for the judgement of the constitutionality of restrictive norms for eligibility, especially the ineligibility causes, under the perspective of the Brazilian and Portuguese legal orders. To this end, it is demonstrated the rational structure of the principle and its application in evaluating the adequacy of a given norm to its desired intent, as well as the establishing of the less harmful means to a fundamen-

¹ *O presente artigo consiste em adaptação de relatório apresentado na disciplina Direitos Fundamentais, sob a regência do Prof. Dr. Vitalino José Ferreira Prova Canas, como requisito de avaliação parcial no curso de Mestrado em Ciências Jurídico-Políticas da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, ano letivo 2017/2018.

² ** Procurador Regional Eleitoral nos Estados de Sergipe (2010/2012) e na Bahia (2014/2015 e 2015/2017).

tal right and the existence of a favorable relation of positive effects produced by a normative act. Further, this study discusses political rights, while explaining the eligibility character of fundamental right and describing, synthetically, the normative restrictions to this right. It is also analyzed the amplitude of the control exercised by the constitutional judge under the view of the proportionality principle and, additionally, while considering the structural neutrality of proportionality, it is noted the legal values underlying the restrictions to eligibility. At the end of this work, a critical analysis of judgements from the Brazilian Supreme Federal Court and the Portuguese Constitutional Tribunal is presented to demonstrate to what extent the principle of proportionality was utilized as a decisional technique to assess the constitutionality of the ineligibility causes.

Keywords: Proportionality principle. Political rights. Eligibility. Ineligibility causes. Constitucional controle.

1 INTRODUÇÃO

O princípio da proporcionalidade tem merecido a atenção de diversos estudiosos em razão de sua importância como instrumento mediador de conflitos entre bens, interesses e valores, especialmente nos casos que envolvem as relações entre o Estado e os cidadãos. O princípio tem variadas aplicações na seara jurídica, servindo tanto para preservar a essência de um direito fundamental como para buscar o equilíbrio entre direitos e interesses contrapostos e, ainda, para justificar a prevalência de um perante o outro.

No âmbito do controle de constitucionalidade, igualmente, a utilização do princípio da proporcionalidade tem se mostrado frequente na jurisprudência dos tribunais constitucionais, que também buscam avaliar a legitimidade constitucional de uma lei, principalmente a que restringe um direito fundamental, pela superação dos conhecidos testes ou segmentos da proporcionalidade, que são a adequação, necessidade e a proporcionalidade em sentido estrito.

O princípio da proporcionalidade é, pois, essencial para proteção dos direitos fundamentais, dentre os quais se destacam os direitos políticos, que asseguram aos cidadãos a participação na direção do Estado, para escolha de seus representantes ou ocupação de cargos eletivos. Na sua vertente passiva, os direitos políticos encerram a noção de elegibilidade, a capacidade de ser eleito, que, todavia, é condicionada ao atendimento de determinados pressupostos, isto é, de requisitos normativos que limitam o exercício desse direito.

Assim, para verificar a legitimidade das restrições à elegibilidade, um dos mecanismos utilizados é o princípio da proporcionalidade, sendo este o objeto do presente artigo, especificamente no que concerne aos ordenamentos jurídicos do Brasil e de Portugal. Mas como funciona o princípio da proporcionalidade, quais os seus fundamentos, pressupostos e estrutura? Em que consistem as restrições à elegibilidade e o que são as inelegibilidades? Existem limites ao juiz constitucional no uso da proporcionalidade como critério de avaliação da restrição à elegibilidade?

Há vetores axiológicos específicos a serem ponderados na análise das inelegibilidades? E, por fim, os tribunais constitucionais brasileiro e português têm aplicado o princípio da proporcionalidade, em tais situações, de forma correta?

Com o fim de obter os resultados pretendidos e responder às indagações apontadas, será utilizado o método técnico-jurídico, recorrendo-se prioritariamente à análise do pensamento doutrinário, das normas jurídicas e da jurisprudência.

A doutrina, notadamente de autores brasileiros e portugueses, será relevante para a compreensão dos aspectos essenciais do princípio da proporcionalidade, dos direitos políticos em geral e do âmbito e limites do controle de constitucionalidade. Como referência normativa em ambos os países, serão apreciadas as regras e princípios que disciplinam os direitos políticos e as inelegibilidades, em âmbito constitucional e na legislação infraconstitucional.

A jurisprudência, de ambas as ordens jurídicas, será objeto de estudo específico e pormenorizado, buscando avaliar a utilização, pelo Supremo Tribunal Federal (STF) e pelo Tribunal Constitucional (TC) português, do princípio da proporcionalidade no controle de constitucionalidade de normas limitadoras da elegibilidade.

A título de etapas específicas do trabalho, serão apontados, inicialmente, os elementos e as características do princípio da proporcionalidade, fundamentos, finalidades e pressupostos de aplicação. Na sequência, será tratada a temática dos direitos políticos como espécie de direitos fundamentais e será estudado o direito de sufrágio nas suas vertentes de direitos de votar e de ser votado, especificando as características do voto e os fundamentos gerais sobre a elegibilidade e suas restrições normativas.

A parte final do artigo terá por objeto a efetiva apreciação do uso do princípio da proporcionalidade no controle de constitucionalidade das normas restritivas à elegibilidade. Nesse propósito, serão apresentados os limites da atuação do juiz constitucional na aplicação dessa função da proporcionalidade e serão indicados os vetores axiológicos encontrados na Constituição Federal (CF) brasileira e na Constituição da República Portuguesa (CRP) para a resolução de conflitos relacionados aos direitos políticos, como forma de garantir a racionalidade e justificação da decisão judicial.

De modo específico, será efetuada uma análise crítica de decisões judiciais de controle de constitucionalidade de normas restritivas à elegibilidade, com o fim de apreciar como se concretiza, na jurisprudência, o uso do princípio da proporcionalidade, bem assim apresentar críticas e considerações.³ No âmbito brasileiro, se apreciará o julgamento pelo STF da constitucionalidade da Lei da Ficha Limpa, que estabelece as causas de inelegibilidade infraconstitucionais no Brasil; já no direito português, serão estudadas algumas decisões relevantes do Tribunal Constitucional sobre o assunto.

À guisa de conclusão, almeja-se que se compreenda a importância do princípio da proporcionalidade numa ordem jurídica que busque efetivamente o respeito aos direitos fundamentais. A sua utilização racional e consciente deve ser estimulada, buscando o presente artigo ser um contributo para o conhecimento do instituto e sua aplicação no Direito, especialmente no âmbito das restrições ao direito à elegibilidade.

³ Anote-se que os julgados foram obtidos diretamente dos sítios eletrônicos na internet dos Tribunais, sendo descritas no relatório, resumidamente, as referências dos processos analisados.

2 O PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE⁴ E SUA APLICAÇÃO NO DIREITO

2.1 CONCEITO, FUNDAMENTOS E FINALIDADES DO PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE

O princípio da proporcionalidade pode ser conceituado como um dos instrumentos jurídicos de ponderação e harmonização⁵ que permite, por intermédio de uma estrutura lógico-racional específica, aferir a regularidade e o equilíbrio da atuação estatal que afete um direito fundamental.⁶ Em linhas gerais, o princípio visa a identificar se a medida adotada (ou ser efetivada) pelo Estado, através do legislador, administrador ou juiz, se mostra adequada ao fim a que se propugna, se é a menos lesiva ao direito violado e contém a mesma intensidade de satisfação do fim almejado, e se é aquela que oferece um quadro geral de efeitos positivos satisfatórios em comparação com os danos ocasionalmente gerados ao direito prejudicado.⁷

No âmbito do ordenamento jurídico brasileiro, o princípio da proporcionalidade não está positivado de forma expressa na Constituição Federal.⁸ Em verdade, o seu fundamento constitucional é extraído indiretamente, tanto a partir da norma que impõe o devido processo legal,⁹ como da própria estipulação genérica dos direitos

4 Não é objeto deste trabalho tratar da natureza jurídica da proporcionalidade. Assente-se apenas que a doutrina tradicional reconhece que o ordenamento jurídico é constituído de regras, que têm a função de garantir a segurança jurídica ao Direito; e dos princípios, que, em resumo, são comandos que anunciam valores a serem alcançados. A distinção entre regras e princípios é feita com base em teorias fracas (diferenças de grau ou quantidade, conforme critérios de generalidade, abstração, fundamentalidade, determinabilidade do conteúdo etc.) e em teorias fortes ou qualitativas, que buscam a diferenciação em razão do conteúdo e da estrutura intrínseca das normas e da solução a ser adotada em caso de colisões entre preceitos normativos. Por estas, se diz que as regras são de aplicação absoluta, desde que evidenciada sua hipótese de incidência, e os princípios são aplicados de acordo com o peso relativo que possuem na ponderação das circunstâncias fáticas e jurídicas; em caso de conflitos entre regras, uma delas não poderá ser aplicada porque é inválida e não tem vigência, mas se o conflito for entre princípios, um dos princípios pode deixar de ser aplicado, a depender do seu peso, ou até se admite uma convivência harmônica entre eles. Adotando-se a diversidade dos critérios distintivos (BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 242), é certo que a proporcionalidade configura um princípio jurídico, considerando especialmente que: (i) atende, em demasia, aos critérios quantitativos da distinção das normas, notadamente pelo grau de abstração, generalidade e aplicação, porquanto serve, diferentemente das regras, a um contingente amplo de situações; (ii) contém um valor próprio referente à aplicação da ordem jurídica numa razão de equilíbrio e proporção, na exata medida do justo e na garantia de respeito aos direitos fundamentais através da restrição ao desmedido poder do Estado; (iii) está previsto como princípio em atos normativos formais, como na Constituição da República de Portugal, além de documentos internacionais; e (iv) “não está claro, ainda, se, no plano interpretativo-aplicativo, a questão terminológica produz interferências conceituais metodológicas relevantes do ponto de vista dos resultados práticos e sua justificabilidade e controlabilidade racionais” (STEINMETZ, Wilson. *Princípio da Proporcionalidade e Atos de Autonomia Privada Restritivos de Direitos Fundamentais*. In: SILVA, Virgílio Afonso da (Org.). *Interpretação Constitucional*. São Paulo: Malheiros Editores, 2005. p. 12). Por fim, será utilizada a nomenclatura “princípio da proporcionalidade”, considerando a sua maior difusão na doutrina, legislação e jurisprudência.

5 Podem ser citados, como outros instrumentos de ponderação e harmonização, os princípios da razoabilidade, da proteção do núcleo essencial, da proibição da proteção insuficiente (ou proibição do defeito) e da proteção da confiança. Sobre o assunto, cfr. ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 11. ed. rev. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 144-181.

6 RAMOS, André de Carvalho. *Curso de Direitos Humanos*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 119.

7 Para aprofundar os estudos sobre o princípio da proporcionalidade, cfr. ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros Editores, 2008. p. 85-120; ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 11. ed. rev. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 64-122, 163-177; DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Tradução de Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2014. p. 35-46; SILVA, Virgílio Afonso da. *O proporcional e o razoável*. In: *Revista dos Tribunais (RT)*, São Paulo, n. 798, p. 23-50, 2002; CANAS, Vitalino. *A proibição do excesso como instrumento mediador de ponderação e otimização (com incursão na teoria das regras e dos princípios)*. In: *Estudos de Homenagem ao Prof. Doutor Jorge Miranda*, Coimbra: Coimbra Editora, 2012. v. 3, p. 811-893.

8 O princípio da proporcionalidade está previsto apenas em normas infraconstitucionais, como por exemplo, na Lei n.º 9.784/99, que regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal.

9 MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 11. ed. São Paulo: Saraiva,

fundamentais e princípios jurídicos, o que imporia, *ipso facto*, a necessidade de harmonia e ponderação em situações de conflitos.¹⁰

Na ordem jurídica constitucional portuguesa, de outro vértice, há uma referência ao princípio da proporcionalidade no artigo 18.º, n.º 2 da CRP, pela qual se estabelece que “A lei só pode restringir os direitos, liberdades e garantias nos casos expressamente previstos na Constituição, devendo as restrições limitar-se ao necessário para salvaguardar outros direitos ou interesses constitucionalmente protegidos.”. Essa norma dirige um comando ao legislador para que efetue a harmonização de conflitos mediante a utilização de instrumentos específicos, entre os quais a proporcionalidade, que tem como uma de suas funções valorar a restrição aos direitos fundamentais para salvaguarda dos demais princípios constitucionais.

Além disso, a norma maior portuguesa menciona o princípio da proporcionalidade, de forma literal, em seus artigos 19º, n.º 4 e 266º, n.º 2,¹¹ ao determinar a sua necessária observância quanto às medidas a serem adotadas nos regimes de estado de sítio ou estado de emergência e, bem assim, na orientação do agir do administrador público.

O mencionado princípio também encontra justificação em diplomas normativos internacionais, sendo observado implicitamente do quanto exposto no artigo 29 da Declaração dos Direitos Humanos das Nações Unidas¹² e em diversas regras que anotam os direitos e garantias na Convenção Europeia de Direitos Humanos e Liberdades Fundamentais e, de forma expressa, nos artigos 49º e 52º da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia.¹³

Quanto às funções, o princípio da proporcionalidade tem por objeto geral a contenção do excesso do poder estatal¹⁴ em detrimento de um direito fundamental e pode ser utilizado nos casos de conflitos normativos ou para avaliação da correção de decisões concretas do Estado.¹⁵

2016, p. 220-221.

10 BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2011. p. 436; GUERRA FILHO, Willis Santiago. Princípio da Proporcionalidade e Devido Processo Legal. In: SILVA, Virgílio Afonso da (Org.). *Interpretação Constitucional*. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 265.

11 CRP: “Artigo 19.º [...] 4. A opção pelo estado de sítio ou pelo estado de emergência, bem como as respectivas declaração e execução, devem respeitar o princípio da proporcionalidade e limitar-se, nomeadamente quanto às suas extensão e duração e aos meios utilizados, ao estritamente necessário ao pronto restabelecimento da normalidade constitucional.” [...] “Artigo 266.º [...] 2. Os órgãos e agentes administrativos estão subordinados à Constituição e à lei e devem actuar, no exercício das suas funções, com respeito pelos princípios da igualdade, da proporcionalidade, da justiça, da imparcialidade e da boa-fé.”

12 Declaração dos Direitos Humanos das Nações Unidas: “Artigo XXIX [...] 2. No exercício de seus direitos e liberdades, todo ser humano estará sujeito apenas às limitações determinadas pela lei, exclusivamente com o fim de assegurar o devido reconhecimento e respeito dos direitos e liberdades de outrem e de satisfazer as justas exigências da moral, da ordem pública e do bem-estar de uma sociedade democrática.”

13 Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia: “Artigo 49.º Princípios da legalidade e da proporcionalidade dos delitos e das penas [...] 3. As penas não devem ser desproporcionadas em relação à infracção. [...] Artigo 52.º [...] 1. Qualquer restrição ao exercício dos direitos e liberdades reconhecidos pela presente Carta deve ser revista por lei e respeitar o conteúdo essencial desses direitos e liberdades. Na observância do princípio da proporcionalidade, essas restrições só podem ser introduzidas se forem necessárias e corresponderem efectivamente a objectivos de interesse geral reconhecidos pela União, ou à necessidade de protecção dos direitos e liberdades de terceiros.”

14 Em que pese não seja objeto de estudo nesse trabalho, registre-se que o princípio da proporcionalidade, além do sentido de contenção do excesso estatal, abarca uma dimensão positiva, visando à proibição à proteção insuficiente de um direito fundamental (MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 226-227; RAMOS, André de Carvalho. *Curso de Direitos Humanos*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 125). Para Vitalino Canas, esta dimensão configura o princípio da proibição do defeito, que detém autonomia dogmática frente ao da proibição do excesso, eis que os dois possuem “pressupostos de aplicação, âmbito de aplicação, estrutura e objeto, regime jurídico e funções diversas” (CANAS, Vitalino. *O princípio da proibição do excesso na conformação e controlo dos atos legislativos*. Coimbra: Almedina, 2017. p. 957).

15 Corroborando essa dúplice finalidade, Dimitri Dimoulis e Leonardo Martins admitem o uso do princípio da proporcionalidade para fins de exame “da constitucionalidade de uma intervenção legislativa” e “das intervenções de órgãos do Executivo e

Na primeira acepção,¹⁶ a proporcionalidade tanto serve como valor diretivo no momento de formação das normas, orientando o legislador sobre os critérios de sopesamento dos valores jurídicos subjacentes à edição do ato normativo, como para apuração da constitucionalidade das leis e atos infraconstitucionais, permitindo o exame sobre eventual excesso da atividade legislativa, com especial atenção à possível colidência da norma com um princípio de natureza constitucional ou um direito fundamental.¹⁷

Outrossim, em situações de conflito concreto de interesses entre o Estado e as pessoas, divisam-se duas possibilidades de aplicação do princípio da proporcionalidade.

Uma delas se refere à resolução geral de casos de atuação executiva do administrador em que há riscos de afetação a direitos fundamentais,¹⁸ servindo o princípio como um instrumento de ponderação entre os pesos relativos dos bens e valores dispostos numa situação específica. Nesta quadra, busca-se aferir se a medida a ser determinada, ou sob análise, se revela adequada à finalidade estabelecida, se não há um outro meio de menor lesividade ao direito atingido e se os benefícios superam os malefícios de sua ocorrência.

A outra finalidade do princípio da proporcionalidade, que também pode afetar direito fundamental, consiste na aferição da regular aplicação de uma reprimenda, por decisão do Poder Judiciário ou Executivo,¹⁹ em razão da prática de um ato ilícito. Nessa ideia, utiliza-se o princípio da proporcionalidade para verificar não apenas se a penalidade é adequada, necessária e proporcional em sentido estrito, mas se o fato praticado atingiu minimamente o bem jurídico tutelado pela norma, de modo a justificar a devida apenação do infrator.²⁰

No presente estudo, como asseverado, será analisada a utilização do princípio da proporcionalidade como instrumento de controle da constitucionalidade, especificamente das normas que restringem a elegibilidade, a saber, como instrumento de ponderação de bens jurídicos em abstrato relacionados aos direitos políticos.

Judiciário” (DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. *Teoria Geral dos Direitos Fundamentais*. 5. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Atlas, 2014. p. 192-194).

16 No âmbito do direito português, mostra-se mais evidenciada essa função do princípio da proporcionalidade, considerando sua expressa referência constitucional, sendo, por essa razão, que adverte José Joaquim Gomes Canotilho que “o princípio da proibição do excesso (ou da proporcionalidade em sentido amplo), consagrado na parte final do artigo 18.º/2, constitui um *limite constitucional à liberdade de conformação do legislador*” (CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 4. ed. Coimbra: Almedina, 2003. p. 447, grifo do autor.).

17 Sobre estas aplicações da proporcionalidade, cfr. CANAS, Vitalino. *O princípio da proibição do excesso na conformação e controlo dos atos legislativos*. Coimbra: Almedina, 2017. p. 36-37.

18 Acerca dessa função do princípio da proporcionalidade, ensina Celso Antônio Bandeira de Mello:

É claro que a lei não faculta a quem exerce atividade administrativa adotar providências ilógicas ou desarrazoadas. Outrossim, como os poderes administrativos são meramente *instrumentais*, isto é, servientes de um dado escopo normativo, a validade de seu uso adscree-se ao necessário para alcançá-lo. Toda demasia, todo excesso, toda providência que ultrapasse o que seria requerido para – à face dos motivos que a suscitaram – atender o fim legal, será uma extralimitação da competência e, pois, uma invalidade, revelada na *desproporção* entre os motivos e o comportamento que nele se queira apoiar.” (MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Discrecionalidade e Controle Jurisdicional*. 2. ed. 4. tiragem. São Paulo: Malheiros, 2000. p. 96, grifo do autor).

19 MELLO, Ruy Nestor Bastos. Aplicação e dosimetria das sanções da Lei de Improbidade Administrativa. In: Dobrowolski, Samantha Chantal (Org.). *Questões práticas sobre improbidade administrativa*. Brasília: ESMPU, 2011, p. 203. Disponível em: <<http://escola.mpu.mp.br/publicacoes/obras-avulsas/e-books/questoes-praticas-sobre-improbidade-administrativa>>. Acesso em: 28 jun. 2018.

20 Observe-se que, nessa função do princípio da proporcionalidade, são discerníveis o meio, ou seja, a medida judicial ou administrativa a ser adotada; a finalidade concreta, consistente na aplicação da sanção; e uma indispensável relação de causalidade entre eles. Nesse sentido, Luís Roberto Barroso aponta que “o princípio pode operar, também, no sentido de permitir que o juiz gradue o peso da norma, em determinada incidência, de modo a não permitir que ela produza um resultado indesejado pelo sistema, fazendo assim a justiça o caso concreto” (BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 343-344).

2.2 PRESSUPOSTOS DE APLICAÇÃO E ESTRUTURA DA PROPORCIONALIDADE

Na função de controle de constitucionalidade, existem alguns pressupostos²¹ de aplicação do princípio da proporcionalidade, sem os quais sequer se torna necessário investigar se a norma é ou não proporcional, para aferir sua compatibilidade com a Constituição.

Um dos pressupostos informa que o princípio somente será aplicado para situações em que haja uma “uma relação de causalidade entre dois elementos empiricamente discerníveis, um meio e um fim”,²² exatamente para que se possa efetuar os exames dos segmentos da proporcionalidade, que serão identificados a seguir. Em tal sentido, o Tribunal Constitucional português já teve a oportunidade de afirmar que:

a ideia geral unificadora do princípio da proporcionalidade é a de que o meio utilizado para atingir certo objectivo deve estar numa determinada relação com esse objectivo. A avaliação a que há que proceder para aferir a proporcionalidade incide sobre um meio, que é dirigido a um certo fim, e implica a apreciação da respectiva idoneidade, necessidade e racionalidade à prossecução do fim em vista.²³

O segundo pressuposto diz respeito à diferenciação dos campos de aplicação dos princípios da proporcionalidade e da proteção do núcleo essencial. O primeiro somente será utilizado para solução de conflitos normativos desde que assegurada a sobrevivência do próprio direito fundamental objeto de intervenção legislativa. Isso porque, se já for possível identificar que a restrição legal atinge o núcleo essencial do direito violado, incide diretamente o parâmetro de ponderação e harmonização que vise a proteger a essência desse direito, sendo prescindível avaliar a adequação, necessidade ou o grau de valoração dessa interferência.²⁴

Um terceiro pressuposto relevante para o uso do princípio da proporcionalidade é a verificação prévia da conformação da finalidade normativa com a ordem constitucional. Cabe ao juiz constitucional apurar, num primeiro exame, se os fins do ato normativo, isto é, “os efeitos materiais ou tangíveis, mais ou menos remotos, que o legislador prognostica, *entende como positivos* e deseja que se verifiquem”,²⁵

21 Serão apontados, nesse estudo, apenas três dos pressupostos mais citados pela doutrina. Nada obstante, aponte-se a elucidativa listagem de pressupostos informados por Vitalino Canas: “(i) conformação do fim legítimo da norma legislativa; (ii) interferência em bens, interesses ou valores; (iii) não diminuição da extensão e alcance do conteúdo essencial dos preceitos constitucionais sobre direitos, liberdades e garantias; (iv) emprego de meios não absolutamente proibidos; (v) específicas colisões de normas constitucionais e de bens, interesses ou valores; (vi) específicas colisões de modos deontológicos que regem a conduta do legislador.” (CANAS, Vitalino. *O princípio da proibição do excesso na conformação e controlo dos atos legislativos*. Coimbra: Almedina, 2017. p. 397).

22 ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 11. ed. rev. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 163.

23 Processo n.º 745/00, acórdão n.º 594/03, relatora Maria Helena Brito. Anote-se que Vitalino Canas discorda dessa posição, afirmando que, em verdade, “a adequação é o único segmento da proibição do excesso a propósito do qual se pode dizer que incide sobre a relação entre o meio e o fim” (CANAS, op. cit., p. 406).

24 Um exemplo, apresentado por Humberto Ávila (ÁVILA, op. cit., p. 148-149), é o de uma lei que majora excessivamente o valor da taxa judiciária e que vem a ser declarada inconstitucional por atingir o núcleo essencial do direito de acesso ao Judiciário. Nesse caso, não se cogita a análise do princípio da proporcionalidade, mas apenas a questão de estar um direito fundamental sendo demasiadamente restringido.

25 CANAS, Vitalino. *O princípio da proibição do excesso na conformação e controlo dos atos legislativos*. Coimbra: Almedina, 2017. p. 406 (grifo do autor).

são admitidos pela Constituição como válidos para proporcionar a interferência em bens, interesses e valores. Verifica-se apenas, em tese, se a finalidade da norma é abrangida ou permitida por uma norma constitucional.

Satisfeitos então os pressupostos, passa-se à aplicação direta do princípio da proporcionalidade, o qual, em sua estrutura lógico-formal, é integrado por três subprincípios ou segmentos, que são a adequação, a necessidade e a proporcionalidade em sentido estrito,²⁶ sendo que todos precisam ser atendidos para que se possa garantir a legitimidade ou constitucionalidade da norma ou do ato administrativo ou judicial.

Relevante a análise, em resumo, de cada um deles.²⁷

O subprincípio da adequação, também conhecido como a idoneidade ou conformidade, consiste em estabelecer uma relação entre o meio e a finalidade do ato jurídico sob análise, para o fim de perquirir se a medida adotada ou a ser cominada é idônea e eficaz para atingir o objetivo pretendido. Nessa etapa, faz-se um juízo de considerações empíricas para verificar a eficácia de a medida atingir os efeitos materiais positivos visados pela norma, não se fazendo, contudo, ponderações valorativas a respeito da qualidade do meio.

O subprincípio da necessidade, ou exigibilidade, tem por escopo garantir que a medida adotada seja indispensável para a atender ao fim visado e, também, que seja a menos gravosa ao direito a ser afastado, dentre as opções que existirem numa situação concreta. José Joaquim Gomes Canotilho sintetiza que “uma medida será então exigível ou necessária quando não for possível escolher outro meio igualmente eficaz, mas menos ‘coativo’, relativamente aos direitos restringidos”.²⁸ Faz-se, nessa etapa, uma análise comparativa de meios que possam atingir, com a mesma intensidade, a finalidade desejada pelo legislador, para o fim de verificar se, dentre esses meios, existe algum de menor lesividade ao direito a ser restringido. Se houver, a norma não terá cumprido o requisito da necessidade.

Por fim, pelo subprincípio da proporcionalidade em sentido estrito,²⁹ convém analisar se os benefícios materiais advindos pela existência da norma ou da decisão são relevantes com relação aos danos causados aos direitos infringidos. Apura-se se o sacrifício da restrição ocasionada a um direito fundamental (efeitos negativos) é compensado pela vantagem daí advinda em prol de outros interesses

26 Mesmo que haja algumas variações de nomenclatura, atesta Vitalino Canas que “a tese dos *três segmentos* adquiriu relativa estabilidade” na doutrina jurídica portuguesa, citando elenco exaustivo de autores que assim compreendem a estruturação da proporcionalidade (CANAS, op. cit., p. 49-51, grifo do autor).

27 A título de síntese, conforme dito alhures por esse autor: “Pelo princípio da adequação, verifica-se se a medida adotada (o ato administrativo, legislativo ou judicial) constitui-se no meio correto para consecução da finalidade desejada. O princípio da exigibilidade impõe que a providência restritiva seja a menos gravosa possível, com vistas na conservação de um direito fundamental. Por fim, a proporcionalidade em sentido estrito implica o sopesamento entre o resultado da medida adotada com a carga coativa utilizada, por meio de um juízo de ponderação que verifica se o meio utilizado foi ou não proporcional ao fim visado.” (MELLO, Ruy Nestor Bastos. *Aplicação e dosimetria das sanções da Lei de Improbidade Administrativa*. In: Dobrowolski, Samantha Chantal (Org.). *Questões práticas sobre improbidade administrativa*. Brasília: ESMPU, 2011, p. 204. Disponível em: <<http://escola.mpu.mp.br/publicacoes/obras-avulsas/e-books/questoes-praticas-sobre-improbidade-administrativa>>. Acesso em: 28 jun. 2018.)

28 CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 4. ed. Coimbra: Almedina, 2003. p. 447.

29 Registre-se a crítica doutrinária sobre este segmento da proporcionalidade, afirmando Dimitri Dimoulis e Leonardo Martins que “a proporcionalidade em sentido estrito (ou teste de exigibilidade) deve ser rejeitada como elemento do exame da proporcionalidade, já que, a despeito da opinião dominante tanto no Brasil quanto em outros países, tem dado azo à usurpação judicial da competência de decisão política própria do Poder Legislativo.” (DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. *Teoria Geral dos Direitos Fundamentais*. 5. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2014. p. 227)

de igual ou maior valor (efeitos positivos), mediante ponderação numa situação fática específica.

A análise desses princípios parciais segue uma ordem lógico-racional de apreciação e fornece ao intérprete um caminho razoável na busca da decisão a ser adotada, pautado em premissas lógicas e discerníveis, inclusive servindo como medida de “transparência e coerência no controle dos atos estatais”.³⁰ O princípio da proporcionalidade tem, portanto, uma estrutura formal específica, cuja apreciação sequencial e sucessiva, na ordem indicada, permite que se alcance – e se justifique – a adoção da medida adequada, necessária e proporcional aos danos eventualmente causados a direitos e interesses.³¹

2.3 O PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE E OS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Depois de apontados os aspectos fundantes do princípio da proporcionalidade e de sua função como medida de ponderação, a ser exercida considerando as possibilidades jurídicas e fáticas e mediante o atendimento de seus princípios parciais (adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito), importante perceber a estrita relação da proporcionalidade no contexto dos direitos fundamentais.

Com efeito, da própria estipulação de uma série de direitos fundamentais na Constituição decorre necessariamente a possibilidade de situações fáticas ensejarem colisões entre eles, sendo necessário um instrumento jurídico que possa auxiliar na harmonização e convivência de todos os direitos, sem que haja o risco do sacrifício extremo ou da eliminação de um deles.³² De igual modo, sempre que um ato do Estado afetar um direito fundamental, é imprescindível aferir a regularidade da restrição ocasionada, o que se procede também através de um mecanismo próprio de ponderação entre o interesse estatal e o direito do cidadão.

As situações de conflitos entre direitos fundamentais ou entre estes e outros valores constitucionais especialmente importantes³³ não são resolvidas pelos mecanismos jurídicos tradicionais de interpretação e aplicação do Direito, que visam apenas aferir a validade e a vigência das normas. Também não se pode cogitar do

30 RAMOS, André de Carvalho. *Curso de Direitos Humanos*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 122.

31 De modo diverso, aponta Jorge Reis Novais que “ao contrário de uma prática jurisprudencial muito difundida, o controle de proporcionalidade não deve resumir-se a uma prática de controle sucessivo da observância dos vários subprincípios ou máximas da proibição do excesso” e acrescenta que se deve orientar “alternativamente para uma lógica de comparação entre medidas restritivas alternativas que tenha globalmente em conta as respectivas eficácia e grau de sacrifício produzidos” (NOVAIS, Jorge Reis. *Direitos Fundamentais e Justiça Constitucional*. Lisboa: AAFDL, 2017. p. 252). Sem embargo, a crítica à proporcionalidade em sentido estrito não é justa, porquanto, na análise da relação entre os benefícios auferidos e a lesão ao direito fundamental, o intérprete também raciocina através da elaboração mental de hipóteses que poderiam ser mais bem aplicadas ao caso, ou seja, que acarretariam uma gama maior de efeitos positivos ou menor de efeitos negativos, redundando daí a conclusão acerca de sua constitucionalidade.

32 Para Chade Rezek Neto, o princípio da proporcionalidade “se caracteriza como uma garantia especial, objetivando a eficácia e otimização dos vários direitos fundamentais concorrentes, tendo fundamental importância na aferição da constitucionalidade de leis interventivas na esfera da liberdade humana”. (REZEK NETO, Chade. *O princípio da proporcionalidade no estado democrático de direito*. São Paulo: Lemos & Cruz, 2004. p. 47).

33 Lembra Luis Roberto Barroso que um “ambiente bastante típico dessa modalidade de colisão é o da preservação de direitos individuais à liberdade, ao devido processo legal e à presunção de inocência diante da apuração e punição de crimes e infrações em geral, inseridas no domínio mais amplo da segurança pública”. (BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 373).

uso da técnica da subsunção, porquanto o raciocínio na base do silogismo não é viável ao se analisar a possibilidade de aplicação de mais de uma norma acerca de um mesmo fato.³⁴

Para a solução dessas colisões é que se apresenta o princípio da proporcionalidade, cuja aplicação, na ordem de sua estrutural lógico-racional, permitirá uma melhor gerência e modulação de situações que possam, de algum modo, restringir direitos fundamentais.³⁵

Aponte-se, porém, que, na aplicação do princípio da proporcionalidade, não se pode ignorar que sempre haverá uma carga de subjetivismo do julgador no exame do que deve ser considerado como adequado, necessário, vantajoso ou não,³⁶ sendo certo que o princípio não fornece uma resposta pronta, apenas serve de instrumento de decisão. O princípio da proporcionalidade tão somente fornece um caminho, logicamente estruturado, para a adoção da melhor decisão – e posterior controle – com vistas à harmonização de princípios, direitos, interesses e valores fundamentais dos cidadãos e do Estado. Mas deve haver, pelo aplicador do direito, “o entendimento adequado dos valores representativos dos bens e interesses jurídicos circundantes ao caso sob apreciação”,³⁷ o que somente será alcançado pela análise das circunstâncias e possibilidades fáticas e jurídicas de uma situação concreta.

Em arremate, ao lado da enunciação dos direitos fundamentais dos cidadãos, a Constituição de um Estado moderno exige a necessidade de convivência harmoniosa entre os valores escolhidos como os mais importantes para a vida em sociedade. O princípio da proporcionalidade configura-se, então, como o princípio ou instrumento capaz de dar a direção lógica e racional para a adequada deliberação a ser adotada, com vistas a permitir, de acordo com a situação concreta e jurídica analisada, a predominância do direito pertinente.

3 OS DIREITOS POLÍTICOS

3.1 IMPORTÂNCIA E NATUREZA DE DIREITOS FUNDAMENTAIS

O conceito e estudo dos direitos políticos se confunde com a história do processo democrático.³⁸ Decerto, há uma nítida relação de interdependência entre

34 Ibidem, p. 376-377. Em igual sentido, apontando a insuficiência do método clássico para a interpretação constitucional, cfr. MORAIS, Carlos Blanco de. *Curso de Direito Constitucional: Teoria da Constituição em Tempo de Crise do Estado Social*. Coimbra: Coimbra Editora, 2014. t. 2, v. 2, p. 437.

35 DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. *Teoria Geral dos Direitos Fundamentais*. 5. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2014. p. 189-190.

36 Vitalino Canas bem adverte que “O alinhamento e cruzamento de argumentos, com inevitáveis e constantes trocas e cedências mútuas de peso, num processo permanente de vai e vem metódico, não é passível de uma modelização rígida. A tentativa de esbater ou dissimular o fator *subjetivo* transportado pelo concreto decisor, através de um modelo altamente formalizado, insensível – talvez até hostil – ao fator humano, esbarra com a realidade do processo deliberativo. A demonstração da racionalidade e da objetividade da ponderação não pode cair no excesso de desmentir ou ignorar o fator subjetivo.” (CANAS, Vitalino. *O princípio da proibição do excesso na conformação e controlo dos atos legislativos*. Coimbra: Almedina, 2017. p. 808 – grifo do autor).

37 MELLO, Ruy Nestor Bastos. Aplicação e dosimetria das sanções da Lei de Improbidade Administrativa. In: DOBROWOLSKI, Samantha Chantal (Org.). *Questões práticas sobre improbidade administrativa*. Brasília: ESMPU, 2011. p. 184-212. Disponível em: <<http://escola.mpu.mp.br/publicacoes/obras-avulsas/e-books/questoes-praticas-sobre-improbidade-administrativa>>. Acesso em: 28 jun. 2018. p. 204.

38 PIOVESAN, Flávia. Direitos sociais, econômicos e culturais e direitos civis e políticos. In: *SUR – Revista Internacional de Direitos Humanos*, a. 1, n. 1, p. 21-47, jan./2004. Disponível em: <<http://sur.conectas.org/home/edicao-01/>>. Acesso em: 29 ago.

a obtenção pelo cidadão de direitos de participação na vida política estatal e a consagração de um regime de governo em que prepondere o respeito à lei, a vedação à concentração de poderes, a proteção e garantia dos direitos fundamentais e a necessária observância de processos eleitorais periódicos para alcançar a vontade popular da escolha de representantes políticos, características essenciais de uma legítima democracia.³⁹

Sabe-se que as funções dos direitos fundamentais podem ser apreciadas de acordo com teoria dos quatro *status* de Jellinek, que define as posições que o cidadão se apresenta em face do Estado, quanto a seus direitos e deveres. Há o *status passivo*, em que se divisa uma situação de subordinação, demonstrando que a pessoa tem deveres para com o Estado; o *status negativo*, pelo qual se afirma que o homem é livre e goza de um espaço de liberdade com relação a interferências indevidas do Estado; o *status positivo*, em que o cidadão pode exigir do Estado a efetivação de prestações; e o *status ativo*, que se refere exatamente ao gozo e exercício dos direitos políticos, de o cidadão participar da formação do Estado.⁴⁰

Também numa outra classificação, os direitos fundamentais se dividem em direitos de *defesa*, os quais acarretam ao Estado uma obrigação de abstenção e de não interferência; direitos de *prestação*, que exigem que o Estado atue de modo concreto para satisfazer os interesses e necessidades dos seus cidadãos; e os de *participação*, os já mencionados direitos políticos.⁴¹

Em qualquer das classificações apontadas, os direitos políticos estão compreendidos no âmbito dos direitos fundamentais do cidadão, porquanto se entende a importância que detém a participação livre das pessoas para decidirem sobre os seus destinos. Evidencia-se, pois, a qualidade de direitos fundamentais dos direitos políticos porque eles constituem as prerrogativas e os deveres da cidadania e “englobam o direito de participar direta ou indiretamente do governo, da organização e do funcionamento do Estado”.⁴² Encerram, em suma, os direitos de votar (*jus suffragii*) e ser votado (*jus honorum*) e todos os direitos relativos à atuação na vida política de um Estado, de acordo com as regras consagradas nas Constituições.

São titulares dos direitos políticos, em regra, os cidadãos nacionais de um determinado Estado a partir de uma certa idade e, eventualmente, os estrangeiros que cumprirem alguns requisitos formais.⁴³

A estrutura formal dos direitos políticos, em que pese variável em cada Estado, compreende, conforme o regramento internacional dos direitos humanos, alguns aspectos mínimos aptos a configurar o regular exercício dos direitos políticos,

2018.

39 Ingo Sarlet assevera, assim, que “é mediante a fruição de direitos de participação política (ativos e passivos) que o indivíduo não será reduzido à condição de mero objeto da vontade estatal (mero súdito), mas terá assegurada a sua condição de sujeito do processo de decisão sobre a sua própria vida e da comunidade que integra.” (SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Curso de Direito Constitucional*. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 661)

40 MENDES, Gilmar; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 155.

41 Em verdade, esclarece Paulo Gustavo Gonet Branco (Ibidem, p. 155-164) que essa diferença não é estanque, podendo haver nos próprios direitos políticos as características de direitos de defesa (contra ingerências descabidas do Estado) e de prestação (por exemplo, a organização do processo eleitoral).

42 GOMES, José Jairo. *Direito Eleitoral*. 13. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2017. p. 4.

43 A propósito, explica André de Carvalho Ramos que, embora a nacionalidade seja o pressuposto para ser um cidadão, “mesmo no Brasil, há caso de exercício de direitos políticos por estrangeiro (não nacional), no que tange aos portugueses em situação de igualdade de direitos”. (RAMOS, André de Carvalho. *Curso de Direitos Humanos*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 69, grifo do autor)

notadamente no que concerne à concessão do direito de voto à quase totalidade dos cidadãos, a existência de eleições legítimas e periódicas, o sufrágio universal, livre e secreto, entre outras regras.⁴⁴

No âmbito do direito brasileiro, a Constituição Federal contém um capítulo específico sobre os direitos políticos, inserido no título relativo aos direitos e garantias fundamentais, que abrange o regramento de diversos temas, a saber: sufrágio universal; voto direto, secreto e igualitário; participação popular (plebiscito, referendo, iniciativa popular); alistamento eleitoral; obrigatoriedade do voto como regra; condições de elegibilidade; causas de inelegibilidade e valores a serem protegidos; impugnação do mandato eletivo por abuso do poder econômico, corrupção ou fraude; vedação à cassação de direitos políticos e as hipóteses de perda ou suspensão; e o princípio da anualidade. Também as normas relativas à criação e funcionamento dos partidos políticos estão abrangidas dentro dos direitos políticos.

Já na seara constitucional portuguesa, em que pese não haja um tópico próprio na Constituição, Carlos Blanco de Moraes ensina que foram consagrados os seguintes direitos para possibilitar o exercício da atividade política: o “direito à cidadania”; “o direito de sufrágio”; a “liberdade de criação de associações e partidos políticos”; o “direito de oposição”; a “liberdade de expressão e informação”; e o “direito de acesso a cargos públicos”, anotando ainda a previsão na Constituição portuguesa de alguns direitos específicos nas campanhas eleitorais, como a “liberdade de propaganda”.⁴⁵

Demonstra-se, portanto, o caráter de fundamentalidade dos direitos políticos, de modo a vincular o legislador e qualquer outro intérprete acerca de sua importância para a vida comunitária, uma vez que o livre exercício dos direitos políticos é o fundamento básico e racional de um regime político que se queira entender como democrático.⁴⁶ a merecer especial atenção e deferência entre os direitos fundamentais dos cidadãos.

3.2 O DIREITO DE SUFRÁGIO: DIREITOS POLÍTICOS ATIVOS E PASSIVOS (A ELEGIBILIDADE)

O sufrágio configura a marca essencial dos direitos políticos e consiste no direito de os cidadãos poderem escolher os seus representantes e, também, de se lançarem na disputa eleitoral com o fim de ocupar cargos eletivos.⁴⁷ Em razão do sufrágio é que se confere a necessária legitimidade política à escolha dos mandatários que, durante um certo período, irão decidir os destinos de uma determinada região político-territorial.

Na doutrina jurídica brasileira, sufrágio e voto não são a mesma realidade. O sufrágio encerra o direito público subjetivo de votar e de ser votado; o voto apenas materializa o seu exercício, consistindo no ato realizado pelos cidadãos de escolha

44 A título de exemplo, confirmam-se as disposições normativas do artigo XXI da Declaração Universal dos Direitos Humanos; dos artigos 3º e 25 do Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos da ONU; do artigo 23 do Pacto de São José da Costa Rica; e dos artigos 39 e 40 da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia.

45 MORAIS, Carlos Blanco de. *O Sistema Político*. Coimbra: Almedina, 2017. p. 77-78.

46 É o que conclui Carlos Blanco de Moraes: “Na verdade, com base no *critério da livre e explícita* expressão de consentimento dos cidadãos na designação dos titulares das principais funções do poder soberano, mediante eleições plurais e competitivas, podemos distinguir os *regimes democráticos dos regimes autocráticos*.” (Ibidem, p. 65, grifo do autor).

47 GOMES, José Jairo. *Direito Eleitoral*. 13. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2017. p. 57.

de seus representantes políticos. Além disso, “o sufrágio vai além do exercício do voto no âmbito da democracia representativa, abarcando, nos termos da CF, no seu artigo 14, as modalidades do plebiscito, do referendo, e da iniciativa popular”.⁴⁸ Em suma, o direito de sufrágio alcança a proteção de todos os instrumentos necessários para permitir que o cidadão participe do destino do Estado, desde o alistamento eleitoral até a garantia da legitimidade e regularidade das eleições.

É possível, em termos didáticos, classificar os direitos políticos de acordo com a posição do cidadão perante o Estado, no que concerne à possibilidade de participação direta ou indireta nos órgãos de direção política.

Assim, há os *direitos políticos ativos*, que são aqueles relacionados ao direito do cidadão de escolher os seus mandatários, realizado instrumentalmente através do voto. No Brasil, as principais características do sufrágio (e do voto) são as seguintes: (i) é *universal*, exercido sem restrições de ordem econômica, social, de gênero, raça etc., ressalvados determinados requisitos objetivos impostos a todos; (ii) é *direto*, ou seja, realizado individualmente pelo cidadão e destinado a um determinado candidato ou partido; (iii) é *secreto*, devendo ser garantido pelo Estado um ambiente de votação que impeça vulnerar a liberdade de escolha do eleitor; (iv) é *periódico*, deve ser exercido com certa regularidade, em eleições previamente agendadas; (v) é *igual*, de modo que cada cidadão importa num voto a ser contado e apurado junto com os demais; (vi) é *obrigatório* aos maiores de 18 anos até os 70 anos, com exceção dos analfabetos, impondo-se o encargo do cidadão de comparecer às urnas; e (vii) constitui *cláusula pétrea*, sendo imune a propostas legislativas que objetivem sua abolição.

Em Portugal, a disciplina do sufrágio também contém aspectos semelhantes ao direito brasileiro,⁴⁹ sendo definido no artigo 10º, n.º 1, da CRP, que “o povo exerce o poder político através do sufrágio universal, igual, directo, secreto e periódico, do referendo e das demais formas previstas na Constituição”, propugnando assim a democracia representativa. O artigo 49º do diploma constitucional, em complemento, estabelece que o direito de sufrágio pertence aos “cidadãos maiores de dezoito anos”, ressalvadas as exceções legais, e que seu exercício “constitui um dever cívico”, em que pese o voto não seja obrigatório, uma vez que a Constituição não prevê o dever jurídico.⁵⁰

Ainda na Constituição portuguesa, o seu artigo 113º, n.º 1, dispõe que “o sufrágio directo, secreto e periódico constitui a regra geral de designação dos titulares dos órgãos electivos da soberania, das regiões autónomas e do poder local”

48 SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Curso de Direito Constitucional*. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.)

SILVA, Virgílio Afonso da. O proporcional e o razoável. In: *Revista dos Tribunais (RT)*, São Paulo, n. 798, p. 23-50, 2002). De igual modo, Carlos Blanco de Moraes aponta que se exerce a cidadania em Portugal através do referendo e do plebiscito, que constituem “mecanismos que permitem que o povo se pronuncie sobre a aceitação ou rejeição de propostas de ordem política que se traduzem na adoção ou cancelamento de atos normativos (disposições constitucionais, leis e convenções internacionais)”.

(MORAIS, Carlos Blanco de. *O Sistema Político*. Coimbra: Almedina, 2017. p. 125).

49 Vale, contudo, apontar a observação feita por José Joaquim Gomes Canotilho e Vital Moreira:

“Em teoria, o **direito de sufrágio** compreende duas vertentes: (a) o direito de sufrágio *activo*, que consiste no direito de votar, de participar em eleições; (b) o direito de sufrágio *passivo*, que garante o direito de ser eleito para qualquer cargo público, incluindo o direito de se candidatar ou se apresentar como candidato nas eleições. Todavia, na Constituição, o direito de sufrágio designa apenas a primeira vertente, estando a segunda abrangida no direito de acesso a cargos públicos, garantido no artigo seguinte (art. 50º).” (CANOTILHO, José Joaquim Gomes; MOREIRA, Vital. *Constituição da República Portuguesa Anotada*. 4. ed. rev. Coimbra: Coimbra Editora, 2007. v. 1, p. 669, grifo do autor).

50 Ibidem, p. 671-672.

e, por fim, considerando a importância do instituto para o regime democrático, assentou-se no artigo 288º, alínea *h*), que “as leis de revisão constitucional terão de respeitar: (...) *h*) O sufrágio universal, directo, secreto e periódico na designação dos titulares electivos dos órgãos de soberania, das regiões autónomas e do poder local, bem como o sistema de representação proporcional”.⁵¹

Por fim, advirta-se que, nesta concepção ativa dos direitos políticos, não basta o exercício formal do sufrágio, para garantir a plenitude do regime democrático. É preciso que a vontade popular não seja viciada mediante a prática dos diversos tipos de abusos eleitorais, de cunho político ou econômico, mas, sim, que seja fruto de uma reflexão individual embasada no pleno conhecimento sobre os candidatos, sua vida pregressa e suas propostas. Devem ser garantidas aos cidadãos as suas liberdades políticas, de consciência, manifestação e reunião, entre outras, para que possam ser considerados livres para decidir os seus destinos.

De outro lado, os *direitos políticos passivos* constituem as prerrogativas do cidadão de participar da vida pública, postulando o exercício de cargos político-eleivos. Nessa senda, a elegibilidade é, exatamente, a faceta dos direitos políticos relacionada ao direito de o cidadão se lançar numa disputa eleitoral para se tornar representante do povo.

Para tanto, a Constituição Federal assenta, como já dito, a universalidade do sufrágio, de modo que não devem existir restrições injustificadas ao exercício da elegibilidade, o que será analisado mais adiante. Também se disciplina o estatuto dos partidos políticos, considerados indispensáveis para o regime democrático brasileiro, porquanto toda a candidatura a cargo eletivo precisa estar vinculada a um partido político devidamente formalizado. A elegibilidade representa, portanto, a justificação de um regime de democracia que privilegia a temporalidade das eleições e a capacidade do povo de cuidar de sua própria vida.

Já em Portugal, sobre o tema, a CRP estabelece, no seu artigo 48º, n.º 1, que “todos os cidadãos têm o direito de tomar parte na vida política e na direcção dos assuntos públicos do país, directamente ou por intermédio de representantes livremente eleitos” e, bem assim, no seu artigo 50º, n.º 1, que “todos os cidadãos têm o direito de acesso, em condições de igualdade e liberdade, aos cargos públicos”, residindo em tais preceitos os fundamentos da elegibilidade.

4 RESTRIÇÕES NORMATIVAS À ELEGIBILIDADE

Considerando que o foco do presente artigo diz respeito ao uso do princípio da proporcionalidade no âmbito do controle das restrições normativas à elegibilidade, passa-se então à análise de quais são estas restrições nos ordenamentos jurídicos brasileiro e portugueses.

51 Sobre os principais elementos identificadores do direito de sufrágio no ordenamento português (MIRANDA, Jorge. *Direito Constitucional III: Direito Eleitoral e Direito Parlamentar*. Lisboa: AAFDL, 2003. p. 45-46).

4.1 NO DIREITO BRASILEIRO

No Brasil, para o cidadão concorrer a um cargo eletivo, é necessário que sejam atendidos alguns requisitos estabelecidos na Constituição Federal e nos diplomas infraconstitucionais que tutelam o Direito Eleitoral.⁵²

Os requisitos podem ser positivos, que são as chamadas condições de elegibilidade, os quais devem se fazer sempre presentes para se obter a autorização para o registro de uma candidatura; e negativos, as causas ou hipóteses de inelegibilidade, que, ao contrário, não devem incidir, sob pena de impossibilitar a participação do cidadão na disputa eleitoral.

4.1.1 Condições de elegibilidade

A elegibilidade, como já dito, consiste no “direito público subjetivo atribuído ao cidadão de disputar cargos público-eletivos”.⁵³ Para alcançar esse direito, no entanto, é necessário inicialmente atender ao disposto no artigo 14, § 3º, da Constituição Federal, que estabelece as condições de elegibilidade, a serem disciplinadas na lei ordinária: a nacionalidade brasileira; o pleno exercício dos direitos políticos; o alistamento eleitoral; o domicílio eleitoral na circunscrição; a filiação partidária; e a idade mínima para cada cargo eletivo.

A nacionalidade brasileira é atribuível ao brasileiro, sendo que os estrangeiros são inalistáveis e, com relação aos de origem portuguesa com residência permanente no país, podem lhes ser atribuídos os direitos inerentes aos brasileiros desde que haja reciprocidade de direitos aos brasileiros.⁵⁴ Alguns cargos público-eletivos, todavia, são privativos dos brasileiros natos, especialmente o de Presidente da República, entre outros.⁵⁵

A fruição dos direitos políticos é adquirida, inicialmente, a partir do alistamento eleitoral, que é o procedimento formal pelo qual o cidadão passa a integrar o conjunto de eleitores do país. A Constituição Federal prevê as situações de perda ou suspensão dos direitos políticos,⁵⁶ que impossibilitam o exercício da elegibilidade, e a legislação infraconstitucional estabelece ainda uma série de requisitos para a quitação de deveres perante a Justiça Eleitoral, tais como a prestação das contas de campanha eleitoral, sob pena de impedir o exercício dos direitos políticos e a postulação a cargos eletivos.⁵⁷

52 Os atos normativos mais importantes da legislação eleitoral brasileira são: a Lei Complementar n.º 64/1990, que estabelece as causas de inelegibilidade; a Lei n.º 9.504/1997, que regula as eleições em geral; a Lei n.º 9.096/1995, que trata dos partidos políticos; e a Lei n.º 4.737/1965, que consiste no Código Eleitoral.

53 GOMES, José Jairo. *Direito Eleitoral*. 13. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2017. p. 177.

54 CASTRO, Edson de Resende. *Curso de Direito Eleitoral*. 8. ed. rev. e atual. Belo Horizonte: Del Rey, 2016. p. 133-134.

55 Conforme define o art. 12, § 3º da Constituição Federal: “Art. 12. (...) § 3º São privativos de brasileiro nato os cargos: I - de Presidente e Vice-Presidente da República; II - de Presidente da Câmara dos Deputados; III - de Presidente do Senado Federal; IV - de Ministro do Supremo Tribunal Federal; V - da carreira diplomática; VI - de oficial das Forças Armadas; VII - de Ministro de Estado da Defesa.”

56 Constituição Federal: “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.” Para estudo aprofundado GOMES, José Jairo. *Direito Eleitoral*. 13. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2017. p. 9-26.

57 Lei n.º 9.504/97: “Art. 11. (...) § 1º O pedido de registro deve ser instruído com os seguintes documentos: (...) VI - certidão de quitação eleitoral; (...) § 7º A certidão de quitação eleitoral abrangerá exclusivamente a plenitude do gozo dos direitos políticos, o regular exercício do voto, o atendimento a convocações da Justiça Eleitoral para auxiliar os trabalhos relativos ao pleito, a inexistência de multas aplicadas, em caráter definitivo, pela Justiça Eleitoral e não remetidas, e a apresentação de contas de

Exige-se ainda a comprovação do alistamento eleitoral, porquanto, para ser candidato, é necessário ser, primeiro, eleitor. Impõe-se também o domicílio eleitoral na circunscrição e a filiação partidária, ambos no prazo de pelo menos seis meses antes da eleição. Não existe, no Brasil, candidaturas avulsas, eis que todo candidato deve estar filiado a um partido político.

As idades mínimas exigidas para concorrer são: (i) 35 (trinta e cinco) anos para Presidente e Vice-Presidente da República e Senador; (ii) 30 (trinta) anos para Governador e Vice-Governador de Estado e do Distrito Federal; (iii) 21 (vinte e um) anos para Deputado Federal, Deputado Estadual ou Distrital, Prefeito, Vice-Prefeito; (iv) 18 (dezoito) anos para Vereador. Essa idade é aferida com base na data prevista para a posse, salvo no caso de candidato a vereador, em que se analisará a idade na data do pedido de registro de candidatura.

Enfim, as condições de elegibilidade configuram os requisitos prévios e inafastáveis que o cidadão deve compor para que possa se apresentar como candidato a um cargo eletivo.

4.1.2 Causas de inelegibilidade

As causas de inelegibilidade são situações que impedem a capacidade do cidadão de ser votado ou eleito, acarretando a perda temporária da elegibilidade, e estão previstas tanto na Constituição Federal como na Lei Complementar (LC) n.º 64/1990.⁵⁸

As inelegibilidades constitucionais estão descritas no artigo 14, §§ 4º a 7º da Constituição Federal⁵⁹ e se referem às seguintes situações: (i) inalistabilidade;⁶⁰ (ii) analfabetismo; (iii) a impossibilidade de mandatários do Poder Executivo disputarem um terceiro mandato consecutivo; (iv) o não afastamento de certos mandatários do Executivo impedem que concorram a outros cargos eletivos; e (v) certos graus de parentesco com mandatários do Executivo impedem a elegibilidade no território da jurisdição do titular.⁶¹

De outro lado, as inelegibilidades infraconstitucionais constam na Lei Complementar n.º 64/1990, contendo modificações decorrentes da Lei Complementar n.º 135/2010, obra de iniciativa popular⁶² que ficou conhecida como a Lei da Ficha Limpa, que instituiu novas hipóteses de inelegibilidade, majorou os períodos de duração e fixou novos momentos para início dos impedimentos, com o objetivo de

campanha eleitoral.”

58 Essa topografia jurídica distinta ensina diferenças significativas no processo eleitoral. Se as causas de inelegibilidade forem de natureza constitucional, elas podem ser apontadas à Justiça Eleitoral em variados momentos, desde a fase inicial do pedido de registro de candidatura até três dias após a diplomação dos eleitos. Já as inelegibilidades infraconstitucionais somente podem ser invocadas durante o período do registro de candidatura, ressalvadas aquelas que forem supervenientes ao pedido de registro.

59 Veja-se o teor das normas: “Art. 14 (...) § 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.”

60 No particular, a CF foi redundante, eis que já previsto o alistamento eleitoral como condição de elegibilidade.

61 Acerca da temática, cfr. GOMES, José Jairo. *Direito Eleitoral*. 13. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2017. p. 206-227.

62 Em verdade, após se conseguir reunir cerca de 1,3 (um vírgula três) milhões de assinaturas de cidadãos para apresentação do projeto de lei, entendeu-se que seria demasiado custoso proceder à conferência das assinaturas, razão por que as disposições do projeto de foram “aproveitadas” a um outro em trâmite no Congresso. (Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=21571>>. Acesso em: 28 ago. 2018).

aperfeiçoar a proteção aos valores constitucionais da probidade administrativa e da moralidade no exercício do mandato.

As inelegibilidades da Lei Complementar n.º 64/1990 são de duas espécies: (i) absolutas ou gerais, referente a todos os cargos em disputa, identificadas no inciso I do seu artigo 1º; e (ii) relativas ou especiais, dirigidas a determinados cargos públicos eletivos ou em razão da incidência de algumas circunstâncias, conforme exaustivo rol dos incisos II a VII do artigo 1º da citada lei, encerrando, na maior parte, situações de incompatibilidade entre o exercício de funções privadas ou públicas com a atividade política almejada, que podem ser afastadas em caso de tempestiva desincompatibilização.

Mostra-se relevante ao propósito deste trabalho transcrever as hipóteses de inelegibilidade absolutas previstas na Lei Complementar n.º 64/1990, considerando as alterações e inclusões efetuadas pela Lei Complementar n.º 135/2010:⁶³

Art. 1º São inelegíveis:

I - para qualquer cargo:

- a) os inalistáveis e os analfabetos;
- b) os membros do Congresso Nacional, das Assembléias Legislativas, da Câmara Legislativa e das Câmaras Municipais, que hajam perdido os respectivos mandatos por infringência do disposto nos incisos I e II do art. 55 da Constituição Federal, dos dispositivos equivalentes sobre perda de mandato das Constituições Estaduais e Leis Orgânicas dos Municípios e do Distrito Federal, para as eleições que se realizarem durante o período remanescente do mandato para o qual foram eleitos e nos oito anos subseqüentes ao término da legislatura;
- c) o Governador e o Vice-Governador de Estado e do Distrito Federal e o Prefeito e o Vice-Prefeito que perderem seus cargos eletivos por infringência a dispositivo da Constituição Estadual, da Lei Orgânica do Distrito Federal ou da Lei Orgânica do Município, para as eleições que se realizarem durante o período remanescente e nos 8 (oito) anos subseqüentes ao término do mandato para o qual tenham sido eleitos;
- d) os que tenham contra sua pessoa representação julgada procedente pela Justiça Eleitoral, em decisão transitada em julgado ou proferida por órgão colegiado, em processo de apuração de abuso do poder econômico ou político, para a eleição na qual concorrem ou tenham sido diplomados, bem como para as que se realizarem nos 8 (oito) anos seguintes;
- e) os que forem condenados, em decisão transitada em julgado ou proferida por órgão judicial colegiado, desde a condenação até o transcurso do prazo de 8 (oito) anos após o cumprimento da pena, pelos crimes:
 1. contra a economia popular, a fé pública, a administração pública e o patrimônio público;
 2. contra o patrimônio privado, o sistema financeiro, o mercado de capitais e os previstos na lei que regula a falência;

63 As alterações e inclusões efetuadas pela Lei Complementar n.º 135/2010 consistiram, em resumo, no seguinte:

(i) as alíneas “a”, “b” e “i” não sofreram qualquer modificação; (ii) as alíneas “c”, “d”, “f”, “g” e “h” tiveram nova redação; (iii) as alíneas “j”, “k”, “l”, “m”, “n”, “o”, “p” e “q” foram incluídas pela novel legislação; (iv) o *caput* da alínea “e” teve a redação modificada e os seus itens 1 a 10 foram incluídos pela LC n.º 135/2010.

3. contra o meio ambiente e a saúde pública;
 4. eleitorais, para os quais a lei comine pena privativa de liberdade;
 5. de abuso de autoridade, nos casos em que houver condenação à perda do cargo ou à inabilitação para o exercício de função pública;
 6. de lavagem ou ocultação de bens, direitos e valores;
 7. de tráfico de entorpecentes e drogas afins, racismo, tortura, terrorismo e hediondos;
 8. de redução à condição análoga à de escravo;
 9. contra a vida e a dignidade sexual; e
 10. praticados por organização criminosa, quadrilha ou bando;
- f) os que forem declarados indignos do oficialato, ou com ele incompatíveis, pelo prazo de 8 (oito) anos;
- g) os que tiverem suas contas relativas ao exercício de cargos ou funções públicas rejeitadas por irregularidade insanável que configure ato doloso de improbidade administrativa, e por decisão irrecorrível do órgão competente, salvo se esta houver sido suspensa ou anulada pelo Poder Judiciário, para as eleições que se realizarem nos 8 (oito) anos seguintes, contados a partir da data da decisão, aplicando-se o disposto no inciso II do art. 71 da Constituição Federal, a todos os ordenadores de despesa, sem exclusão de mandatários que houverem agido nessa condição;
- h) os detentores de cargo na administração pública direta, indireta ou fundacional, que beneficiarem a si ou a terceiros, pelo abuso do poder econômico ou político, que forem condenados em decisão transitada em julgado ou proferida por órgão judicial colegiado, para a eleição na qual concorrem ou tenham sido diplomados, bem como para as que se realizarem nos 8 (oito) anos seguintes;
- i) os que, em estabelecimentos de crédito, financiamento ou seguro, que tenham sido ou estejam sendo objeto de processo de liquidação judicial ou extrajudicial, hajam exercido, nos 12 (doze) meses anteriores à respectiva decretação, cargo ou função de direção, administração ou representação, enquanto não forem exonerados de qualquer responsabilidade;
- j) os que forem condenados, em decisão transitada em julgado ou proferida por órgão colegiado da Justiça Eleitoral, por corrupção eleitoral, por captação ilícita de sufrágio, por doação, captação ou gastos ilícitos de recursos de campanha ou por conduta vedada aos agentes públicos em campanhas eleitorais que impliquem cassação do registro ou do diploma, pelo prazo de 8 (oito) anos a contar da eleição;
- k) o Presidente da República, o Governador de Estado e do Distrito Federal, o Prefeito, os membros do Congresso Nacional, das Assembleias Legislativas, da Câmara Legislativa, das Câmaras Municipais, que renunciarem a seus mandatos desde o oferecimento de representação ou petição capaz de autorizar a abertura de processo por infringência a dispositivo da Constituição Federal, da Constituição Estadual, da Lei Orgânica

do Distrito Federal ou da Lei Orgânica do Município, para as eleições que se realizarem durante o período remanescente do mandato para o qual foram eleitos e nos 8 (oito) anos subsequentes ao término da legislatura;

l) os que forem condenados à suspensão dos direitos políticos, em decisão transitada em julgado ou proferida por órgão judicial colegiado, por ato doloso de improbidade administrativa que importe lesão ao patrimônio público e enriquecimento ilícito, desde a condenação ou o trânsito em julgado até o transcurso do prazo de 8 (oito) anos após o cumprimento da pena;

m) os que forem excluídos do exercício da profissão, por decisão sancionatória do órgão profissional competente, em decorrência de infração ético-profissional, pelo prazo de 8 (oito) anos, salvo se o ato houver sido anulado ou suspenso pelo Poder Judiciário;

n) os que forem condenados, em decisão transitada em julgado ou proferida por órgão judicial colegiado, em razão de terem desfeito ou simulado desfazer vínculo conjugal ou de união estável para evitar caracterização de inelegibilidade, pelo prazo de 8 (oito) anos após a decisão que reconhecer a fraude;

o) os que forem demitidos do serviço público em decorrência de processo administrativo ou judicial, pelo prazo de 8 (oito) anos, contado da decisão, salvo se o ato houver sido suspenso ou anulado pelo Poder Judiciário;

p) a pessoa física e os dirigentes de pessoas jurídicas responsáveis por doações eleitorais tidas por ilegais por decisão transitada em julgado ou proferida por órgão colegiado da Justiça Eleitoral, pelo prazo de 8 (oito) anos após a decisão, observando-se o procedimento previsto no art. 22;

q) os magistrados e os membros do Ministério Público que forem aposentados compulsoriamente por decisão sancionatória, que tenham perdido o cargo por sentença ou que tenham pedido exoneração ou aposentadoria voluntária na pendência de processo administrativo disciplinar, pelo prazo de 8 (oito) anos; (...)

§ 4º A inelegibilidade prevista na alínea e do inciso I deste artigo não se aplica aos crimes culposos e àqueles definidos em lei como de menor potencial ofensivo, nem aos crimes de ação penal privada.

§ 5º A renúncia para atender à desincompatibilização com vistas a candidatura a cargo eletivo ou para assunção de mandato não gerará a inelegibilidade prevista na alínea k, a menos que a Justiça Eleitoral reconheça fraude ao disposto nesta Lei Complementar.

Dentre as principais e polêmicas inovações, a Lei da Ficha Limpa instituiu situações de inelegibilidade de pessoas condenadas pela prática atos ilícitos de natureza cível (eleitoral ou improbidade) ou criminal, a partir da decisão de um órgão judicial colegiado, afastando a exigência do trânsito em julgado da condenação para impedir a participação do cidadão na disputa eleitoral.⁶⁴ Mais

64 Sobre a inelegibilidade da alínea “g” do art. 1º, I, da norma, cfr. MELLO, Ruy Nestor Bastos; MAGALHAES, Jarbas Santana. A inelegibilidade da rejeição de contas dos gestores públicos: incidência da inelegibilidade na hipótese de rejeição das contas

adiante, será tratado com pormenores as discussões jurídicas a respeito da constitucionalidade da Lei da Ficha Limpa, buscando situá-las no bojo da aplicação do princípio da proporcionalidade.

Perceba-se por ora que, nesse rol de inelegibilidades absolutas, encontram-se listadas as situações de práticas de atos ilícitos que repercutem seriamente na legitimidade e moralidade da ocupação de cargos eletivos. Em cada uma das hipóteses de inelegibilidade, cujo estudo detalhado não comporta nesse trabalho, há a indicação clara do legislador de proteger a população em face de candidatos cujas vidas pregressas demonstram a inaptidão para representar os interesses dos cidadãos na condução dos destinos do Estado brasileiro.

4.1.3 Requisitos procedimentais e o contencioso judicial eleitoral

Além dos pressupostos básicos relativos às condições de elegibilidade e das causas de inelegibilidade, há outros requisitos, de natureza meramente procedimental, para que se possa exercer a capacidade eleitoral passiva.

Os mais relevantes se reportam à necessidade de o cidadão ser escolhido em convenção partidária, considerando a exigência de filiação partidária, e de ter o seu pedido de registro de candidatura deferido pela Justiça Eleitoral.

Os demais requisitos procedimentais podem ser verificados na Lei n.º 9.504/97, na parte que disciplina o registro de candidatura, e se referem basicamente ao fornecimento de documentos de identificação e comprobatórios do atendimento das condições de elegibilidade, além de certidões de antecedentes criminais.

Esse conjunto de requisitos, bem assim o atendimento das condições de elegibilidade e a não incidência de hipótese de inelegibilidade, serão objeto de análise num processo judicial eleitoral específico denominado processo de pedido de registro de candidatura, no qual caberá ao órgão judiciário (juiz singular ou tribunal) deliberar sobre o cumprimento das normas eleitorais e, ao final, decidir pela regularidade ou não do registro de candidatura pleiteado.

Assim, somente poderá ser considerado candidato a pessoa que tiver seu pedido de registro autorizado pela Justiça Eleitoral, quando então passará a exercer plenamente o direito à elegibilidade, estando apto à disputa eleitoral.

4.2 NO DIREITO PORTUGUÊS

Em Portugal, o sistema é relativamente semelhante.

Em que pese inexistir um Código Eleitoral⁶⁵ a tratar de todas as normas sobre as condições de candidatura, a legislação portuguesa estabelece as condições ou requisitos para que o cidadão possa pleitear a disputa por um cargo público eleitoral, bem assim a fixação de hipóteses de inelegibilidade que acarretam o impedimento ao escrutínio eleitoral.

de gestão dos chefes do Poder Executivo pelos tribunais de contas. In: *Revista Populus*, v. 2, p. 139-168, 2016. Disponível em: <<http://www.justicaeleitoral.jus.br/arquivos/tre-ba-revista-populus-2016-1481736169463>>. Acesso em: 28 jun. 2018.

65 Jorge Miranda critica a ausência de um Código Eleitoral português, aduzindo ser um “imperativo democrático de cidadania” que as normas eleitorais “se vertam num texto único, claro, sintético, bem organizado, bem sistematizado, em vez de estarem retalhadas por múltiplas emendas feitas mais ou menos avulsamente” (MIRANDA, Jorge. *Direito Constitucional III: Direito Eleitoral e Direito Parlamentar*. Lisboa: AAFDL, 2003. p. 36). Idem, 2007. p. 619-620.

Inicialmente, esclareça-se que os cargos eletivos em Portugal são os de Presidente da República; deputados da Assembleia da República; deputados das Assembleias Legislativas das Regiões Autônomas dos Açores e da Madeira;⁶⁶ e os membros dos órgãos das autarquias locais, que são as câmaras municipais, as assembleias municipais e as assembleias de freguesia. Além desses cargos internos, Portugal elege deputados para compor o Parlamento Europeu.

São vários os requisitos positivos para a elegibilidade (ou seja, as *condições de elegibilidade* no direito brasileiro), podendo-se citar, como exigência comum a todos os cargos, o dever de o candidato estar inscrito no recenseamento. Impõe-se que o candidato seja um eleitor, que exerça com plenitude o direito político do sufrágio, o qual, como já afirmado, nos termos do artigo 49º, n.º 1, da Constituição da República, pertence a “todos os cidadãos maiores de dezoito anos, ressalvadas as incapacidades previstas na lei geral”.⁶⁷

A título de requisitos específicos por cargos eletivos, os mais importantes são: (i) para o cargo de Presidente da República: origem portuguesa; idade superior a 35 (trinta e cinco) anos; candidatura proposta por um mínimo de 7.500 (sete mil e quinhentos) e um máximo de 15.000 (quinze mil) eleitores; apresentação da candidatura até 30 (trinta) dias antes da data agendada para a eleição; (ii) para os cargos de deputados da Assembleia da República e para as Assembleias Regionais:⁶⁸ origem portuguesa, apresentação das candidaturas pelos partidos políticos, isoladamente ou em coligação, podendo as listas integrar cidadãos não inscritos nos respectivos partidos; (iii) para os membros dos órgãos das autarquias locais: cidadãos residentes no território português e nacionais dos estados da União Europeia ou dos países de língua oficial portuguesa e ainda nacionais de outros países que atribuam capacidade eleitoral aos portugueses neles residentes; candidatura apresentadas por partidos políticos, isoladamente ou em coligação, ou por grupos de cidadãos eleitores, nos termos da lei; (iv) para deputados ao Parlamento Europeu: cidadãos portugueses e os cidadãos da União Europeia recenseados em Portugal.

Importante também dizer que, para quaisquer dos cargos eletivos em Portugal, não há exigência de filiação partidária para as candidaturas, de modo diferente ao que ocorre no sistema jurídico-eleitoral do Brasil.

Com relação às inelegibilidades, existem aquelas previstas na própria Constituição e as estabelecidas na legislação ordinária.

As inelegibilidades constitucionais relacionadas ao cargo de Presidente da República dizem respeito apenas à pessoa daquele que é ou foi Presidente,⁶⁹ a saber: (i) inadmissão de reeleição para o terceiro mandato consecutivo ou durante o período de 5 (cinco) anos subsequentes ao fim do segundo mandato consecutivo (artigo 123.º, n.º 1); (ii) impedimento de concorrer nas eleições presidenciais

66 Nestas regiões, além da Assembleia Legislativa, há também um órgão de governo próprio, o Governo Regional, cujo presidente é nomeado pelo Representante da República que fora indicado pelo Presidente da República, nos termos dos artigos 230º e 231º da CRP.

67 Anota Jorge Miranda que as incapacidades estão previstas no artigo 2º da Lei n.º 14/79, de 16 de maio, e se referem às seguintes situações: “- os interditos por sentença com trânsito em julgado; - os notoriamente reconhecidos como dementes, ainda que não interditos por sentença, quando internados em estabelecimento psiquiátrico ou como tais declarados por uma junta de dois médicos; - os que estejam privados de direitos políticos, por decisão judicial transitada em julgado” (MIRANDA, Jorge. *Direito Constitucional III: Direito Eleitoral e Direito Parlamentar*. Lisboa: AAFDL, 2003. p. 36; Idem, 2007. p. 53).

68 Na região autónoma da Madeira, exige-se também a residência habitual na localidade como condição de elegibilidade (artigo 17 da Lei n.º 13/91, de 5 de junho, e o artigo 4º da Lei n.º 1/2006, de 13 de fevereiro).

69 OTERO, Paulo. *Direito Constitucional Portugêses: organização do poder político*. Coimbra: Almedina, 2010. v. 2. p. 223.

que ocorrerem nos 5 (cinco) anos subsequentes à renúncia anterior ao cargo de Presidente da República (artigo 123.º, n.º 2); e (iii) impossibilidade de reeleição em caso de condenação por crimes vinculados ao exercício das suas funções como Presidente da República (artigo 130.º, n.º 3).

No que pertine aos cargos de deputados da Assembleia da República, as inelegibilidades constitucionais são situações de incompatibilidades, as quais “não limitam o acesso a determinados cargos; impedem o seu exercício simultâneo com uma actividade julgada incompatível”,⁷⁰ como, por exemplo, as previstas no artigo 151º, n.º 2 (“Ninguém pode ser candidato por mais de um círculo eleitoral da mesma natureza, exceptuando o círculo nacional quando exista, ou figurar em mais de uma lista”) e no artigo 154º, n.º 1 (“Os Deputados que forem nomeados membros do Governo não podem exercer o mandato até à cessação destas funções, sendo substituídos nos termos do artigo anterior”).

As demais causas de inelegibilidade estão previstas na legislação ordinária.

Para o cargo de Presidente da República, o artigo 5º do Decreto Lei n.º 319-A/76, de 3 de maio, prevê como inelegíveis “os cidadãos feridos por qualquer das incapacidades eleitorais passivas previstas no Decreto-Lei n.º 621-B/74, de 15 de Novembro”, diploma este que faz referência aos “indivíduos que, por funções exercidas anteriormente a 25 de Abril de 1974, não podem ser eleitores da Assembleia Constituinte ou eleitos para a mesma Assembleia”.

Já para os cargos da Assembleia da República, a Lei n.º 14/79, de 16 de maio, estabelece, nos seus artigos 5º e 6º, um rol de inelegibilidades gerais relacionadas à ocupação de determinadas funções, tais como os magistrados judiciais ou do Ministério Público, os militares, os diplomatas, entre outros; e as inelegibilidades especiais, que são os casos de incompatibilidades.⁷¹ Quanto aos cargos dos órgãos das Autarquias Locais, a Lei Orgânica n.º 1/2001, de 14 de agosto, também prevê uma série de impedimentos de pessoas ocupantes de variadas funções públicas, como, por exemplo, os directores de finanças e chefes de repartição de finanças, os secretários de justiça e administradores judiciais etc.⁷²

Da análise dos quadros normativos brasileiro e português, percebe-se que, nas leis eleitorais portuguesas, não há o estabelecimento, em regra, como hipóteses de inelegibilidade, de condenações por atos ilícitos cíveis ou criminais, de situações de demissões, cassação de aposentadorias e de exclusão do exercício de profissões liberais. As causas de inelegibilidade portuguesas dizem respeito, de forma mais presente, a circunstâncias pessoais ou profissionais dos candidatos, sem vinculação a um ilícito praticado, tal como a ocupação de certos cargos públicos, o que impõe a vedação de sua participação no processo eleitoral.

70 CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 4. ed. Coimbra: Almedina, 2003. p. 679.

71 Sobre a distinção entre inelegibilidade e incompatibilidade, no âmbito do direito português, veja-se a lição de Maria de Fátima Abrantes Mendes e Jorge Migúéis: “Com efeito, ‘inelegibilidade’, ou incapacidade eleitoral passiva, é a impossibilidade de apresentação de candidatura a um determinado órgão electivo, implicando a perda de mandato caso seja detectada posteriormente à eleição, enquanto ‘incompatibilidade’ é uma simples impossibilidade de exercício de dois cargos, profissões ou funções, não impedindo, contudo, a apresentação de candidatura e, portanto, a elegibilidade e atribuição do mandato. A incompatibilidade apenas impede o exercício simultâneo do mandato de deputado com outros cargos ou funções públicas.” (MENDES, Maria de Fátima Abrantes; MIGUÉIS, Jorge. *Lei Eleitoral da Assembleia da República*, 4. reedição, actualizada, anotada e comentada com os resultados eleitorais de 1976 a 2002. Torres Novas: Gráfica Almondina, 2005. p. 12).

72 Apenas para registo, as leis que cuidam de outros cargos eletivos em Portugal e que também estabelecem inelegibilidades semelhantes às descritas anteriormente: (i) Assembleia Legislativa dos Açores: Decreto-Lei n.º 267/80; (ii) Assembleia Legislativa da Madeira: Lei Orgânica n.º 1/16; (iii) Parlamento Europeu: Lei n.º 14/87.

Uma ressalva é a inelegibilidade prevista no artigo 13º da Lei n.º 27/96, de 1 de agosto, que estabelece o regime jurídico da tutela administrativa das autarquias locais, ao se prever que “A condenação definitiva dos membros dos órgãos autárquicos em qualquer dos crimes de responsabilidade previstos e definidos na Lei n.º 34/87,⁷³ de 16 de Julho, implica a sua inelegibilidade nos actos eleitorais destinados a completar o mandato interrompido e nos subsequentes que venham a ter lugar no período de tempo correspondente a novo mandato completo, em qualquer órgão autárquico.”⁷⁴ Nesta hipótese, há semelhança com a norma das inelegibilidades brasileiras, ao se estabelecer que uma determinada condenação pode implicar na inelegibilidade do infrator.

Por fim, anote-se que existe também, no ordenamento português, uma série de requisitos procedimentais a serem cumpridos, estabelecidos na legislação ordinária mencionada, além de um sistema de controle judicial dos partidos políticos e dos candidatos, sendo definida pela Constituição da República, em seu artigo 113º, n.º 7, que “o julgamento da regularidade e da validade dos actos de processo eleitoral compete aos tribunais”. Será o Poder Judiciário, pois, o fiador da legitimidade do pleito eleitoral, analisando, entre outras questões, o atendimento pelos candidatos das exigências legais para deferimento de suas candidaturas.⁷⁵

5 O PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE COMO PARADIGMA PARA A CONSTITUCIONALIDADE DAS RESTRIÇÕES NORMATIVAS À ELEGIBILIDADE

Encontra-se sacramentada a possibilidade de utilização do princípio da proporcionalidade como balizador para o reconhecimento da constitucionalidade ou não dos atos normativos. Tanto na doutrina como no âmbito das decisões proferidas pelo STF ou pelo TC, são perceptíveis as referências expressas ao princípio da proporcionalidade como medida de apuração da compatibilidade vertical das normas infraconstitucionais com os princípios e regras previstos na Constituição.

A situação não é diferente com relação às normas que trazem restrições ao direito à elegibilidade. Como se trata de um direito fundamental,⁷⁶ é importante

73 Esclarece Jorge Miguéis *et al.* que “Os crimes de responsabilidade de titular de cargo político, previstos no referido diploma, são: traição à Pátria; atentado contra a CRP; atentado contra o Estado de Direito; coação contra órgãos constitucionais; prevaricação; denegação de justiça; desacatamento ou recusa de execução de decisão de tribunal; violação de normas de execução orçamental; suspensão ou restrição ilícitas de direitos, liberdades e garantias; recebimento indevido de vantagem; corrupção passiva; violação de regras urbanísticas; peculato; peculato de uso; peculato por erro de outrem; participação económica em negócio; emprego de força pública contra a execução de lei, mandato ou ordem legal; recusa de cooperação; abuso de poderes; violação de segredo.” (Idem, 2005, p. 75)

74 Ressalve-se, porém, que o Tribunal Constitucional não admitiu a aplicação automática do efeito previsto na norma por ofensa ao n.º 4 do artigo 30º da Constituição, que dispõe que “Nenhuma pena envolve como efeito necessário a perda de quaisquer direitos civis, profissionais ou políticos.”, conforme acórdão n.º 473/09 (processo n.º 771/09, 2.ª Secção, Relator Conselheiro João Cura Mariano).

75 Sobre o tema, Jorge Miguéis registra que, “sendo o direito eleitoral um pilar do Estado de Direito democrático, o contencioso eleitoral é, adjectivamente, a sua garantia quando assegura, se questionado, a periodicidade do sufrágio, a verdade dos resultados eleitorais e a livre expressão dos eleitores”. MIGUÉIS, Jorge. O contencioso e a jurisprudência eleitoral em Portugal. In: *Revista de Assuntos Eleitorais* n. 9, Lisboa, p. 59-77, 2005.

76 Nesta condição, explica Ingo Sarlet que aos direitos políticos se aplica o “*regime do controle das restrições em matéria de*

que as normas que afetem a elegibilidade ultrapassem os testes da proporcionalidade, ou seja, que atendam aos seus princípios parciais. Caso se verifique que a restrição não seja adequada, necessária ou proporcional em sentido estrito, há de ser declarada a inconstitucionalidade da norma, impedindo a produção de seus efeitos, por afrontar, em demasia, o direito de o cidadão postular sua participação política no Estado.

Mas antes de analisar os casos e situações em que se aplica o princípio da proporcionalidade no controle de constitucionalidade das normas restritivas à elegibilidade, importante tecer alguns comentários sobre a extensão do controle do juiz constitucional e os valores jurídicos constitucionais a serem objeto de apreciação pelo julgador.

5.1 LIMITES E ALCANCE DO CONTROLE DO JUIZ CONSTITUCIONAL

Sob a perspectiva de aplicação do princípio da proporcionalidade, há determinados limites de atuação da jurisdição constitucional no controle da compatibilidade das normas infraconstitucionais com a Constituição. A temática tem relevância fundamental e imbricação com a teoria da separação dos poderes, uma vez que, do quadro normativo que disciplinar as regras de competência dos Poderes do Estado, resultará a formatação do controle de constitucionalidade e, neste âmbito, das técnicas de julgamento com base na proporcionalidade.

De modo geral, adotando-se como base uma teoria da separação de poderes contemporânea, em que se manifestam as marcas da harmonia e da interdependência, deve-se garantir uma certa faixa de autonomia ao Poder Legislativo para o exercício de sua competência, cabendo ao Judiciário intervir apenas nos casos em que efetivamente se demonstre a restrição indevida a um direito fundamental, notadamente àqueles de maior expressividade, como a vida, a liberdade, a igualdade, entre outros.⁷⁷

Nesse sentido, a aplicação do princípio da proporcionalidade para fins de controle da constitucionalidade da norma deve respeitar algumas considerações específicas com relação à análise do atendimento de seus subprincípios.

No que concerne ao segmento da *adequação*, sabe-se que há diferentes gradações do meio, que pode ser mais ou menos eficiente, melhor ou pior (em comparação a outro meio) e que produza com maior ou menor certeza os efeitos almejados. Em que pese essa miríade de opções, para que a norma (o meio) seja considerada legítima, basta que ela tenha uma eficácia mínima de produção do resultado.⁷⁸

De igual modo, no âmbito do requisito da *necessidade*, considerando a variedade da qualidade dos meios disponíveis para produzirem o fim (mais ou menos rápido, eficaz, custoso, fácil etc.) e, bem assim, o princípio da legalidade,

direitos fundamentais, com destaque para a observância das reservas legais simples e qualificadas, os critérios de proporcionalidade e a salvaguarda do núcleo essencial" (SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Curso de Direito Constitucional*. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 667, grifo do autor).

77 ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 11. ed. rev. São Paulo: Malheiros Editores, 2010. p. 176-178.

78 Ibidem, p. 167-172.

o controle jurisdicional sobre a legitimidade do ato normativo também não deve ser de natureza rigorosa. Ao contrário, o juiz constitucional deve apenas declarar irregular a medida se houver, de forma flagrante, um outro meio que promova o fim, com a mesma intensidade, e seja menos restritivo.⁷⁹

Tanto no âmbito da adequação como da necessidade, permite-se ao juiz constitucional apreciar a veracidade e a compatibilidade das premissas fáticas utilizadas pelo legislador para elaboração da norma.⁸⁰ O juiz constitucional substitui o legislador, nessa análise, para o fim de verificar se os critérios empíricos utilizados suportam a eficácia da norma e se há alternativas existentes e conhecidas – ou que deveriam ser conhecidas – menos lesivas aos direitos fundamentais afetados pelo ato normativo.

Por fim, quanto à *proporcionalidade em sentido estrito*, há uma liberdade maior de atuação do juiz constitucional, através da ponderação entre os valores e finalidades do ato normativo e os eventuais danos dele decorrentes aos direitos do cidadão. Nessa quadra, de acordo com a posição doutrinária e jurisprudencial majoritária,⁸¹ a norma será constitucional desde que não seja desproporcional, isto é, que os efeitos negativos produzidos não superem os positivos. Dito de outro modo, para se declarar a constitucionalidade, não se faz necessário demonstrar que os efeitos positivos produzidos pela norma são superiores aos malefícios causados a um direito fundamental atingido, basta que sejam equivalentes.⁸²

Em acréscimo, é importante afirmar que a proporcionalidade é um critério ou parâmetro de julgamento de constitucionalidade da norma, não servindo, contudo, como o fundamento isolado para a declaração de uma eventual inconstitucionalidade. Não se pode admitir que se justifique a decisão com base na mera assertiva de que a norma ofende o princípio da proporcionalidade, que, por ser de natureza constitucional, acarretaria a inconstitucionalidade do ato normativo. Há um equívoco nessa concepção porque o “raciocínio correto é diferente: a lei tratou de modo *desproporcional* determinado direito ou valor constitucional; por violar esse direito específico (tratado de modo desproporcional) é que a referida lei é inconstitucional”.⁸³

O juiz constitucional tem o dever de apresentar uma argumentação jurídica responsável sobre o conhecimento dos valores em disputa e as razões que justificaram a sobreposição de um direito fundamental em face de outros interesses

79 Ibidem, p. 172-174.

80 Gilmar Mendes, após destacar que “a exemplo da experiência alemã, o Supremo Tribunal Federal empreende a análise de elementos da realidade envolvendo tanto as normas constitucionais quanto as normas infraconstitucionais submetidas ao controle de constitucionalidade”, registra que “é notória essa análise nos casos de aplicação do princípio da proporcionalidade como vedação ao excesso do Poder Legislativo, ou, ainda, sob a forma de proibição de proteção insuficiente”. (“Anotações acerca da apreciação e revisão de fatos e prognoses legislativos perante a Corte Constitucional alemã e o Supremo Tribunal Federal brasileiro”, in Carlos Blanco de Moraes e Elival da Silva Ramos (coordenadores), *Perspectivas de Reforma da Justiça Constitucional em Portugal e no Brasil*, São Paulo, Almedina, 2012, p. 175).

81 CANAS, Vitalino. *O princípio da proibição do excesso na conformação e controlo dos atos legislativos*. Coimbra: Almedina, 2017. p. 869.

82 Justifica-se esse caráter mais restritivo do controle jurisdicional através do princípio da proporcionalidade porque, como adverte Vitalino Canas: “O princípio da proibição do excesso não visa a obtenção de uma realização *plena ou integral* dos bens, interesses ou valores ativos. Na sua modalidade comum, o princípio da proibição do excesso está vocacionado para a limitação de compressões inúteis, desnecessárias ou desproporcionada e não para maximização ou otimização dos resultados. O princípio preocupa-se com a proteção do ‘*lado mais fraco*’, o lado *passivo* da colisão de bens, interesses ou valores, o lado dos bens, interesses ou valores sujeitos a interferência, vedando agressões não justificadas. O princípio não visa, em primeira linha, a realização máxima do ‘*lado mais forte*’, ou lado *ativo*, o lado dos bens, interesses ou valores satisfeitos, em regra interesses públicos.” (Ibidem, p. 587-588, grifo do autor)

83 RAMOS, André de Carvalho. *Curso de Direitos Humanos*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 132, grifo do autor.

relevantes, sendo o princípio da proporcionalidade um valioso instrumento para o cumprimento desse encargo.

5.2 VETORES FUNDAMENTAIS PARA APLICAÇÃO DA PROPORCIONALIDADE

Para além da compreensão e correta utilização do princípio da proporcionalidade, é necessário verificar quais são os valores e interesses que devem ser ponderados no que pertine ao direito à elegibilidade, em contraponto com outros direitos e valores constitucionais. Essa tarefa é relevante porque, como já ressaltado, o princípio da proporcionalidade, por mais que bem estruturado formalmente, é neutro quanto aos valores que estão em jogo, de modo que cabe ao intérprete conhecê-los adequadamente, para propiciar uma decisão devidamente ponderada e justa para o caso sob apreciação.

De logo, percebe-se que os direitos políticos têm o desiderato, ao fim e ao cabo, de propiciar eleições legítimas, em que se observe a participação popular sem a marca do abuso de poder econômico ou político. Assim, afirma Carlos Blanco de Moraes que “a existência de um processo eleitoral livre, regular e igual com observância do princípio majoritário constitui pressuposto fundamental de uma democracia representativa e competitiva”.⁸⁴

Os valores que têm pertinência com o direito à elegibilidade são encontrados, geralmente, nos atos normativos estatais, além de serem objeto de estudos pela doutrina e sufragados nas decisões dos Tribunais. A regra, como tem de ser, é a elegibilidade dos cidadãos naturais e residentes de um determinado país, sendo que as restrições a tal direito devem ser plenamente justificadas e atenderem a valores outros igualmente relevantes. Como anuncia Ingo Sarlet, “os direitos políticos não têm a priori peso maior ou menor que os demais direitos e garantias fundamentais, devendo ser aplicados de modo sistemático e harmônico”,⁸⁵ de modo que podem ser limitados em face de outros valores relevantes.

No âmbito constitucional brasileiro,⁸⁶ o estabelecimento de causas de inelegibilidade, através de normas infraconstitucionais ou de emendas à Constituição, deve ser pautado pela finalidade de proteção dos seguintes valores: (i) a probidade administrativa; (ii) a moralidade para exercício de mandato, com a consideração da vida pregressa do candidato; (iii) 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.⁸⁷

84 MORAIS, Carlos Blanco de. *O Sistema Político*. Coimbra: Almedina, 2017. p. 74.

85 SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Curso de Direito Constitucional*. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 667, grifo do autor.

86 É o que prevê o § 9º do artigo 14, CF, pelo qual “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.”

87 Sobre a possibilidade de restrição dos direitos políticos em prol desses valores constitucionais, veja-se a lúcida observação de Edson de Resende de Castro: “Não há regime de democrático que se sustente sem que a representação – extraída das urnas – atenda ao interesse público de lisura, não só da disputa, como também do exercício do mandato, sob pena de desencantamento do seu soberano, o povo, e daí o seu enfraquecimento. E, para efetivação destes princípios, impõem-se restrições e limites à capacidade eleitoral passiva – ‘jus honorum’ – daqueles que trazem na sua vida, atual ou pregressa, registros de fatos, circunstâncias, situações ou comportamentos – não necessariamente ilícitos – tidos como suficientes pelo ordenamento jurídico para despertar a necessidade de preservação daqueles valores”. (CASTRO, Edson de Resende. *Curso de Direito Eleitoral*. 8. ed. rev. e atual. Belo Horizonte: Del Rey, 2016. p. 149)

Desta forma, na aplicação do princípio da proporcionalidade para fins de controle da constitucionalidade, deve o intérprete proceder, como baliza fundamental, à ponderação entre o direito fundamental da elegibilidade e os valores mencionados na Carta Magna. A restrição ao direito à elegibilidade somente será legítima se for atendida uma das finalidades invocadas na Constituição como fundantes e proporcionais ao dano ocasionado à capacidade passiva eleitoral do cidadão.

Na Constituição da República portuguesa, o artigo 50º, n.º 3, estabelece que “No acesso a cargos electivos a lei só pode estabelecer as inelegibilidades necessárias para garantir a liberdade de escolha dos eleitores e a isenção e independência do exercício dos respectivos cargos.”. Além disso, há as previsões do artigo 18º, n.ºs 2 e 3, pelos quais as restrições legais a direitos, liberdades e garantias devem “limitar-se ao necessário para salvaguardar outros direitos ou interesses constitucionalmente protegidos” e “têm de revestir carácter geral e abstracto e não podem ter efeito retroactivo nem diminuir a extensão e o alcance do conteúdo essencial dos preceitos constitucionais.”.

Os valores apontados pelo Constituinte português como relevantes para o contraponto com o direito à elegibilidade – e para justificar sua restrição – se referem, pois, à garantia: (i) da liberdade de escolha dos eleitores; e (b) da isenção e independência no exercício do cargo eletivo. Jorge Miranda acrescenta que as restrições devem respeitar ainda “o princípio da renovação dos titulares dos cargos políticos (artigo 118º) e a preservação de instituições essenciais da soberania [arts. 1º, 9º, alínea a), 202º, n.º 1, 275º, n.º 4]”.⁸⁸ Todos esses princípios reitores é que servirão como norte de discussão jurídica para a deliberação sobre a legitimidade ou não da restrição ao direito fundamental da elegibilidade dos cidadãos portugueses.

Adverta-se que a densificação dos valores constitucionais, seja os da Constituição brasileira, seja os da portuguesa, é uma tarefa que competirá ao julgador e a sua solução variará a depender do sentido e da realidade concreta que possui cada um dos signos dispostos na Carta Maior. Não se pode, de forma alguma, listar nesse estudo as inúmeras possibilidades de enquadramento das justificativas do legislador de atendimento aos valores delimitados na Constituição, o que somente será objeto de apreciação num caso concreto, quando então se discutirá acerca da correção ou não da atividade de ponderação.

O que se tem, como certo, é que há um conjunto de valores constitucionais relevantes para a vida em comunidade, os quais permitem razoavelmente justificar as restrições normativas à elegibilidade. Em suma, o direito do cidadão de participar ativamente da vida política pode ser limitado por outros direitos e valores mais importantes, que visam, igualmente, a fortalecer o regime democrático de um Estado.

5.3 O JULGAMENTO DE CONSTITUCIONALIDADE DA LEI DA FICHA LIMPA PELO STF

Expostos os contornos do controle do juiz constitucional e enunciados os valores a serem objeto de ponderação no conflito entre o direito de sufrágio e a previsão de inelegibilidades, mostra-se importante analisar o julgamento proferido pelo Supremo Tribunal Federal sobre a constitucionalidade da Lei Complementar n.º

88 MIRANDA, Jorge. *Direito Constitucional III: Direito Eleitoral e Direito Parlamentar*. Lisboa: AAFDL, 2003. p. 63.

135/2010, a Lei da Ficha Limpa, quando então se verificará de que forma ocorreu a aplicação do princípio da proporcionalidade como técnica de decisão.

A referida Lei Complementar, consoante já anotado, alterou dispositivos da Lei Complementar n.º 64/1990, que estabelece as causas de inelegibilidade, acrescentando-lhe novas hipóteses de incidência, aumentando os períodos de duração dos impedimentos e estabelecendo novos marcos temporais para início das restrições, especialmente a partir da decisão de um órgão colegiado judicial nos casos de condenação por atos ilícitos.

O Supremo Tribunal Federal declarou a constitucionalidade da Lei Complementar n.º 135/2010,⁸⁹ no julgamento conjunto da Ação Declaratória de Inconstitucionalidade n.º 4.578, proposta pela Confederação Nacional das Profissões Liberais (CNPL), e das Ações Declaratórias de Constitucionalidade n.ºs 29 e 30, ajuizadas pelo Partido Popular Socialista (PPS) e pela Ordem dos Advogados do Brasil (OAB), respectivamente, figurando como Relator das demandas o Min. Luiz Fux.⁹⁰

Nestas ações, houve a análise de variados argumentos sobre a suposta inconstitucionalidade da norma, tais como as ofensas aos princípios da irretroatividade da lei mais gravosa, da presunção de inocência, do ato jurídico perfeito, entre outros. O importante para o presente estudo é que a Lei passou pelo escrutínio do princípio da proporcionalidade, porquanto “a maioria dos Ministros entendeu que a restrição dos direitos políticos do cidadão estaria justificada pelos benefícios políticos e sociais trazidos pela lei, especialmente no tocante à moralidade e à probidade para o exercício dos cargos públicos”.⁹¹ Inclusive, na própria ementa do acórdão,⁹² restou consignada a expressa referência ao princípio da proporcionalidade como medida de decisão pela constitucionalidade da norma.

Em seu fundamentado voto, o Min. Rel. Luiz Fux apontou inicialmente que as restrições normativas aos direitos fundamentais devem sujeição a três princípios: o da razoabilidade, o da proporcionalidade e o da proteção do núcleo essencial do direito. Quanto à razoabilidade, assacou que “o difundido juízo social de altíssima reprovabilidade das situações descritas nos diversos dispositivos introduzidos pela Lei Complementar n.º 135/10 demonstram, à saciedade, que é mais do que razoável que os indivíduos que nelas incorram sejam impedidos de concorrer em eleições”. No tocante à proteção da essência do direito ao sufrágio, informou que “não existe

89 Vale o registro de que, antes do julgamento dessas ações, o STF havia decidido em 23 de março de 2011, no Recurso Extraordinário n.º 633.703, que as novas regras da Lei Complementar n.º 135/2010 não poderiam ser aplicadas às eleições de 2010, considerando o princípio da anualidade eleitoral, previsto no artigo 16 da CF, pelo qual deve haver um interstício mínimo de um ano para aplicação da lei que alterar o processo eleitoral.

90 O julgamento foi concluído em 16/02/2012, cujo inteiro teor do acórdão está disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=2243342>>. Acesso em: 29 ago. 2018. A síntese do julgado consta no item 13 da ementa do acórdão: “13. Ação direta de inconstitucionalidade cujo pedido se julga improcedente. Ações declaratórias de constitucionalidade cujos pedidos se julgam procedentes, mediante a declaração de constitucionalidade das hipóteses de inelegibilidade instituídas pelas alíneas “c”, “d”, “f”, “g”, “h”, “j”, “m”, “n”, “o”, “p” e “q” do art. 1º, inciso I, da Lei Complementar n.º 64/90, introduzidas pela Lei Complementar n.º 135/10, vencido o Relator em parte mínima, naquilo em que, em interpretação conforme a Constituição, admitia a subtração, do prazo de 8 (oito) anos de inelegibilidade posteriores ao cumprimento da pena, do prazo de inelegibilidade decorrido entre a condenação e o seu trânsito em julgado.”

91 MENDES, Gilmar; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 768.

92 Observem-se os itens 6 e 7 da ementa do acórdão: “6. O princípio da proporcionalidade resta prestigiado pela Lei Complementar n.º 135/10, na medida em que: (i) atende aos fins moralizadores a que se destina; (ii) estabelece requisitos qualificados de inelegibilidade e (iii) impõe sacrifício à liberdade individual de candidatar-se a cargo público eletivo que não supera os benefícios socialmente desejados em termos de moralidade e probidade para o exercício de referido *munus publico*. 7. O exercício do *ius honorum* (direito de concorrer a cargos eletivos), em um juízo de ponderação no caso das inelegibilidades previstas na Lei Complementar n.º 135/10, opõe-se à própria democracia, que pressupõe a fidelidade política da atuação dos representantes populares.”

lesão ao núcleo essencial dos direitos políticos, porque apenas o direito passivo – direito de candidatar-se e eventualmente eleger-se – é restringido, de modo que o indivíduo permanece em pleno gozo de seus direitos ativos de participação política.”

De modo específico quanto ao princípio da proporcionalidade, o Relator procedeu à análise da matéria de acordo com a estrutura racional do instrumento jurídico, apontando expressamente que as causas de inelegibilidade em análise “passam no conhecido triplo teste de adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito”.⁹³

Sobre o segmento da adequação, o Min. Relator assacou, corretamente, que “as inelegibilidades são aptas à consecução dos fins consagrados nos princípios elencados no artigo 14, § 9º, da Constituição, haja vista o seu alto grau moralizador”. No corpo de seu voto, o julgador abordou a relevância da finalidade da norma e a extrema importância que o rol de inelegibilidades da lei em análise apresentou para consecução da finalidade de proteção da moralidade e da legitimidade do exercício do cargo eletivo.

No que se refere ao subprincípio da necessidade, igualmente acertou o Relator em apontar que o legislador foi extremamente hábil e cauteloso ao impor uma série de requisitos para configuração das causas de inelegibilidade, tais como a exigência de que a condenação que ensejar o impedimento seja decretada por órgão colegiado e a possibilidade da atuação do Judiciário para suspender, quando for o caso, os efeitos da hipótese jurídica causadora da inelegibilidade. Forte em tais argumentos, mostrou o julgador a ausência de meios menos lesivos e que fossem hábeis a atingir o desiderato da norma.

Com relação ao segmento da proporcionalidade em sentido estrito, o Min. Luiz Fux seguiu a posição doutrinária de não declarar a inconstitucionalidade da norma por ela não ser desproporcional, declinando que “o sacrifício exigido à liber-

93 Relevante a transcrição das seguintes razões contidas no voto do Min. Rel. Luiz Fux: “Do ponto de vista da adequação, não haveria maiores dificuldades em afirmar que as inelegibilidades são aptas à consecução dos fins consagrados nos princípios elencados no art. 14, § 9º, da Constituição, haja vista o seu alto grau moralizador.

Relativamente à necessidade ou exigibilidade – que, como se sabe, demanda que a restrição aos direitos fundamentais seja a menos gravosa possível –, atente-se para o fato de que o legislador complementar foi cuidadoso ao prever requisitos qualificados de inelegibilidade, pois exigiu, para a inelegibilidade decorrente de condenações judiciais recorríveis, que a decisão tenha sido proferida por órgão colegiado, afastando a possibilidade de sentença proferida por juiz singular tornar o cidadão inelegível – ao menos em tese, submetida a posição de cada julgador à crítica dos demais, a colegialidade é capaz de promover as virtudes teóricas de (i) reforço da cognição judicial, (ii) garantia da independência dos membros julgadores e (iii) contenção do arbítrio individual, como bem apontou Guilherme Jales Sokal (SOKAL, Guilherme Jales. O procedimento recursal e as garantias fundamentais do processo: a colegialidade no julgamento da apelação. 2011. 313 f. Dissertação (Mestrado em Direito Processual) – Faculdade de Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2011, p. 73 et seq.) [...]”

Resta, ainda, a apreciação da Lei Complementar n.º 135/10 à luz do subprincípio da proporcionalidade em sentido estrito e, mais uma vez, a lei responde positivamente ao teste. Com efeito, o sacrifício exigido à liberdade individual de candidatar-se a cargo público eletivo não supera os benefícios socialmente desejados em termos de moralidade e probidade para o exercício de cargos públicos, sobretudo porque ainda são rigorosos os requisitos para que se reconheça a inelegibilidade.

Ademais, não estão em ponderação apenas a moralidade, de um lado, e os direitos políticos passivos, de outro. Ao lado da moralidade está também a própria democracia, como bem alerta o já mencionado Professor Fernando Barbalho Martins (op. cit., p. 150-151), verbis:

‘A exteriorização do atendimento aos parâmetros de moralidade e probidade são condições essenciais de manutenção do Estado democrático, não sendo raros os exemplos de ditaduras que se instalam sob o discurso de moralização das práticas governamentais. A relação íntima entre Moralidade Administrativa, que alcança indubitavelmente a atuação parlamentar, e princípio democrático é inegável, já que a efetivação deste implica necessariamente a fidelidade política da atuação dos representantes populares, como bem assinala Diogo de Figueiredo Moreira Neto. Mais do que isso, a confiança depositada pela sociedade em sua classe governante é elemento indeclinável da consecução da segurança jurídica erigida como um dos fundamentos da República.’ (os grifos são do original.)

A balança, no caso, há de pender em favor da constitucionalidade das hipóteses previstas na Lei Complementar n.º 135/10, pois, opostamente ao que poderia parecer, a democracia não está em conflito com a moralidade – ao revés, uma invalidação do mencionado diploma legal afrontaria a própria democracia, à custa do abuso de direitos políticos.”

dade individual de candidatar-se a cargo público eletivo não supera os benefícios socialmente desejados em termos de moralidade e probidade para o exercício de cargos públicos”.

Apontou, assim, que os efeitos negativos da norma não são superiores aos positivos, o que prestigia a liberdade de atuação do Legislador. Todavia, considerando que está em jogo um direito fundamental relevante para a vida em comunidade e para a própria democracia, compreende-se que a análise deveria justificar o maior peso dos efeitos positivos causados pela norma, não se restringindo a verificar a não desproporcionalidade do ato normativo.

Nada obstante, analisando-se a integralidade do acórdão, é possível dizer que esse exame foi realizado no julgamento, em que pese não explicitado no destaque alusivo à apreciação da proporcionalidade em sentido estrito, porquanto vários foram os argumentos apresentados pelo Relator e por outros Ministros sobre as diversas vantagens que a criação da norma produziu à coletividade, em comparação com danos meramente individuais, de modo a se concluir que a norma é também proporcional.

Em tal sentido, merece destaque a ponderação do Min. Joaquim Barbosa,⁹⁴ ao asseverar que analisava “a Lei Complementar 135/2010, sob a ótica da valorização da moralidade e da probidade no trato da coisa pública, sob a ótica da proteção ao interesse público, e não para o fim de proteção preferencial aos interesses puramente individuais e privados”, externando assim o valor substancial apresentado aos interesses finalísticos da norma, em detrimento da lesão ocasionada ao direito à elegibilidade.

De modo semelhante, o Min. Ayres Brito destacou que a Lei da Ficha Limpa teve a “ambição de mudar uma cultura pernicioso, deletéria, de maltrato, de malversação da coisa pública para implantar no país o que se poderia chamar de qualidade de vida política, pela melhor seleção, pela melhor escolha dos candidatos”, sendo manifesto o maior peso relativo do “direito que tem o eleitor de escolher pessoas sem esse passado caracterizado por um estilo de vida de namoro aberto com a delitividade, com a delituosidade” em detrimento do direito à elegibilidade daqueles que incidirem numa das situações previstas na norma.

O Min. Rel. Luiz Fux também entendeu por prestigiar o legislador na densificação do conceito de vida pregressa indicado na Constituição Federal. Como se trata de um conceito jurídico indeterminado, em respeito à separação de poderes, admitiu-se como válida a opção adotada pelo Poder Legislativo, notadamente ao destacar ser prescindível a exigência do trânsito em julgado de decisões judiciais condenatórias que possam configurar inelegibilidade.

O Min. Ricardo Lewandowski também tratou da aplicação do princípio da proporcionalidade, argumentando em favor da presunção de constitucionalidade da norma e do devido respeito à opção legislativa, em atenção ao princípio da separação de poderes.⁹⁵ Concluiu ainda o julgador que não identificou “nenhuma

94 Para o devido esclarecimento, integram os acórdãos do STF, além do voto do Relator, os debates, as manifestações orais e eventuais votos escritos dos outros Ministros da Corte Suprema.

95 Em tal sentido, anotou o Min. Ricardo Lewandowski: “Ademais, considerando tratar-se de uma opção legislativa, de iniciativa popular, aprovada por ampla maioria congressual e sancionada, sem ressalvas, pelo Chefe do Poder Executivo, entendo que não seria lícito ao julgador aplicar, de forma discricionária, o princípio da proporcionalidade ou da razoabilidade para restringir o âmbito de incidência da norma, pois tal equivaleria a permitir que este se substituisse ao legislador, em clara violação do princípio constitucional da separação dos poderes, salvo, evidentemente, em face de flagrante teratologia, o que, a toda evidência, não ocorre na espécie.”

desproporção ou exagero na LC 135/2010, seja na classificação dos atos considerados impeditivos do registro de candidaturas, seja na cominação de novos prazos de inelegibilidade, sobretudo porque ela mesma prevê a sustação judicial de seus efeitos”.

Já o Min. Gilmar Mendes, em seu voto escrito,⁹⁶ ao analisar a Lei da Ficha Limpa sob a ótica do princípio da proporcionalidade, apontou a inconstitucionalidade dos prazos de inelegibilidade fixados nas alíneas “e” e “l” do artigo 1º da Lei Complementar n.º 64/90, asseverando que “não é preciso muita imaginação para constatar que há, aqui, um excesso do legislador e, portanto, uma patente violação ao princípio da proporcionalidade.”

Em suma, de acordo os argumentos expostos no acórdão, entendeu-se que a Lei da Ficha Limpa ultrapassou, com sobras, o princípio da proporcionalidade. Além disso, vê-se que se seguiu, ao menos no voto do Min. Rel. Luiz Fux, a análise lógico-racional dos princípios parciais da proporcionalidade, em que pese não tenha havido uma referência expressa e preliminar ao pressuposto da conformação do fim normativo. De igual modo, adotou-se a orientação correta acerca da extensão do controle do juiz constitucional, que é limitado pela separação dos poderes e pela autonomia do Legislativo no conhecimento empírico dos fatos a serem regulados e na densificação de valores e conceitos indeterminados da Constituição.

A única ressalva que se pode fazer, quanto ao resultado do julgamento, é com relação à desproporcionalidade da norma no tocante ao prazo de duração da inelegibilidade relativa aos casos de condenação criminal ou por ato de improbidade administrativa, previstos nas alíneas “e” e “l” do artigo 1º da Lei Complementar n.º 64/90. De fato, a fixação de um prazo de 8 (oito) anos de inelegibilidade a começar a correr após o cumprimento da pena pode gerar situações ampliadas de restrição à elegibilidade, que se assemelhariam à uma cassação de direitos políticos, o que é vedado pela Constituição Federal.

O estabelecimento desses prazos específicos não passa pelo requisito da necessidade, porquanto há alternativas menos lesivas e com a mesma intensidade de satisfação dos interesses e valores defendidos no artigo 14, § 9º da Constituição Federal, bastando ver a fixação comum do prazo de 8 (oito) anos nas demais alíneas do artigo 1º, inciso I, da Lei Complementar n.º 64/90, com o seu exaurimento relacionado a um termo inicial certo e definido, em geral, a data da condenação, e não a partir do cumprimento do prazo da penalidade criminal ou da pena fixada pela improbidade administrativa.

De igual modo, esse modelo de prazos não atende o segmento da proporcionalidade em sentido estrito, porquanto extremamente excessivo e prejudicial ao direito à elegibilidade, sendo elucidativo o voto do Min. Gilmar Mendes, ao aduzir, com relação à essa parte específica, que “a medida por ela [a norma] prevista é extremamente invasiva dos direitos políticos do cidadão, sem qualquer proporção em relação ao fim almejado.”

⁹⁶ Além dessa observação no voto escrito, o Min. Gilmar Mendes, na parte dos debates do julgamento, fez alusão ao princípio da proporcionalidade para demonstrar a inconstitucionalidade da inelegibilidade contida na alínea “m” do art. 1º, I, da LC n.º 64/1990: “Se há um caso em que é flagrante a violação ao princípio da proporcionalidade e da razoabilidade, é este: conferir a entidades com perfil quase sindical, muitas vezes propriamente sindical, o poder de decretar a inelegibilidade de alguém é algo muito exagerado.”

Desta forma, a melhor solução para o caso seria o acolhimento da sugestão do Min. Rel. Luiz Fux⁹⁷ de se “proceder a uma *interpretação* conforme a Constituição, para que, tanto na hipótese da alínea “e” como da alínea “f” do inciso I do artigo 1º da Lei Complementar n.º 64/90, seja possível abater, do prazo de inelegibilidade de 8 (oito) anos posterior ao cumprimento da pena, o período de inelegibilidade já decorrido entre a condenação não definitiva e o respectivo trânsito em julgado”.

Desta forma, e atento aos limites desse trabalho, verifica-se que o julgado do STF ora em análise demonstrou a adoção significativa – e na maior parte, devidamente justificada, ponderada e correta – do princípio da proporcionalidade como técnica apta a permitir a decisão pela constitucionalidade da Lei da Ficha Limpa.

5.4 ANÁLISE DE CASOS JULGADOS PELO TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

Nessa parte do trabalho, serão analisados julgamentos em que houve a aplicação do princípio da proporcionalidade como critério de apreciação da constitucionalidade de restrições normativas à elegibilidade em Portugal. Serão apreciados três julgados⁹⁸ do Tribunal Constitucional, órgão que, além de ser o encarregado do controle de constitucionalidade, “funciona como Tribunal Eleitoral por excelência: admite as candidaturas à presidência da República e funciona como máxima instância de recurso sobre questões que envolvam a regularidade e validade dos demais atos eleitorais”.⁹⁹

O primeiro julgado consiste no acórdão n.º 364/91, processo n.º 367/91, de relatoria do Cons. Alberto Tavares da Costa, em que o TC se pronunciou, no âmbito de fiscalização preventiva,¹⁰⁰ pela inconstitucionalidade do artigo 2.º do Decreto n.º 356/V, que buscava dar nova redação aos n.ºs 2 e 3 do artigo 4º do Decreto-Lei 701-B/76, de 29 de setembro, a então lei eleitoral das autarquias locais, inserindo inelegibilidades relativas ao executivo municipal: (i) daquele que tenha exercido o cargo de presidente de câmara municipal por três mandatos consecutivos e (ii) dos presidentes e vereadores das câmaras que renunciarem ao cargo.¹⁰¹

O Tribunal, conforme voto do Relator, apontou inicialmente os valores constitucionais relevantes para a instituição de novas causas de inelegibilidade, previstos

97 A propósito, constou na ementa do julgado, de forma equivocada, o item 12 no qual teria sido adotada a posição do Relator, o que não se verificou, em verdade. Veja-se: “12. A extensão da inelegibilidade por oito anos após o cumprimento da pena, admissível à luz da disciplina legal anterior, viola a proporcionalidade numa sistemática em que a interdição política se põe já antes do trânsito em julgado, cumprindo, mediante interpretação conforme a Constituição, deduzir do prazo posterior ao cumprimento da pena o período de inelegibilidade decorrido entre a condenação e o trânsito em julgado.”

98 Considerando que os vetores constitucionais para apreciação das restrições à elegibilidade, definidos no artigo 50º, n.º 3, da CRP, foram instituídos apenas com a Lei Constitucional de revisão n.º 1/89, de 8 de Julho, a pesquisa de jurisprudência foi realizada a partir deste marco normativo.

99 MORAIS, Carlos Blanco de. *O Sistema Político*. Coimbra: Almedina, 2017. p. 85.

100 No sistema de controle de constitucionalidade português, há a fiscalização preventiva de constitucionalidade de projetos de lei aprovados pelo Legislativo ou de tratados e acordos internacionais submetidos à ratificação ou assinatura do Presidente da República, conforme artigo 278º da CRP. O acórdão foi prolatado em 31/07/91 e está disponível em: <<http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/19910364.html>>. Acesso em: 29 ago. 2018.

101 Veja-se o inteiro teor das normas objeto de análise pelo Tribunal Constitucional:

“Artigo 4.º (Inelegibilidades) [...].

2 – São também inelegíveis para um executivo municipal, durante o quadriénio imediatamente subsequente ao terceiro mandato, os cidadãos que nesse executivo tenham exercido o cargo de presidente durante três mandatos consecutivos.

3 – Os presidentes e vereadores das câmaras que renunciem ao cargo não podem candidatar-se nas eleições imediatas nem nas que se realizem no quadriénio imediatamente subsequente à renúncia.”

no n.º 3 do artigo 50.º da CRP (“a) A necessidade de garantir a liberdade de escolha dos eleitores” e “b) A necessidade de garantir a isenção e a independência de exercício dos respectivos cargos”), assentando que “é à luz destes parâmetros e, bem assim, da natureza excepcional das restrições em matéria de direitos, liberdades e garantias, só admissíveis na estrita medida prevista nos n.ºs 2 e 3 do artigo 18.º da Lei Fundamental, que deverá analisar-se se os novos casos de inelegibilidade que o Decreto n.º 356/V intenta criar são, ou não, constitucionalmente conformes.”

Na sequência, o juiz constitucional, depois de definir que os fins do ato normativo eram “a necessidade de renovação dos titulares dos cargos políticos em nome de maior mobilidade dos agentes públicos autárquicos, a abertura ao dinamismo de novos protagonistas, a defesa de maior eficácia e melhor operacionalidade dos presidentes das câmaras”, entendeu que essas finalidades, em que pese saudáveis para concretização do princípio democrático, não eram constitucionalmente abarcadas pelo regime então vigente da criação de inelegibilidades.

Apenas na parte final do julgado, é que o Tribunal se manifestou expressamente sobre a aplicação do princípio da proporcionalidade, que seria “aferrido mediante estalões de necessidade e adequação, sendo certo que o núcleo essencial de protecção máxima deverá manter-se intocado e que a realização óptima de cada um dos valores em jogo não é realizável em termos matemáticos”. Acrescentou ainda o Relator que “a norma representa um desnecessário e inadequado limite, inadmissível à luz do n.º 2 do artigo 18.º da CR” e que “choca o intérprete, pelo que tem de drástico e desproporcionado, impedir a um presidente de câmara renunciante a candidatura a vereador, embora situado na lista respectiva em ordem supostamente ao abrigo de chamamento para preencher o cargo.”

A crítica que se faz à decisão do TC é que, em verdade, a referência ao princípio da proporcionalidade era desnecessária para a delimitação do seu resultado, uma vez que toda a fundamentação apresentada se pautou na não conformação do fim almejado pelo projeto de lei com as normas constitucionais aplicáveis às inelegibilidades. Ademais, o julgador, mesmo quando mencionou o princípio da proporcionalidade, reproduziu argumentos atinentes à margem de conformação do legislador com os valores constitucionais específicos.

De fato, o que o Tribunal asseverou foi que as pretensões normativas de se evitar a perpetuação do mandato para os presidentes de câmaras municipais e de impedir que os mandatários renunciante pudessem concorrer na eleição consecutiva não constituíam justificativas legítimas para permitir a criação de inelegibilidades, porquanto a CRP estabelecia outros valores a serem preservados, que são a “liberdade de escolha dos eleitores e a isenção e independência do exercício dos respectivos cargos”, nos termos do seu artigo 50º, n.º 3.¹⁰²

O fim legítimo da norma constitui, conforme explicado nesse estudo, um pressuposto para a aplicação do princípio da proporcionalidade. Como o Tribunal,

102 De se notar que os dispositivos desse projeto de lei vieram a ser contemplados, posteriormente, num diploma normativo, a Lei n.º 46/2005, de 29 de agosto, cuja legitimação constitucional passou a ser admitida em razão da Lei Constitucional n.º 1/2004, que acrescentou o n.º 2 ao artigo 118 da CRP, com o seguinte teor: “A lei pode determinar limites à renovação sucessiva de mandatos dos titulares de cargos políticos executivos.”. Ainda sobre tais inovações legislativas, aponta Jorge Miguéis et al. que “no âmbito das eleições autárquicas de 2013, teve o TC a oportunidade de se pronunciar sobre algumas situações controversas, decidindo-as no sentido segundo o qual ‘o limite em causa é territorial, impedindo a eleição do mesmo candidato para um quarto mandato consecutivo na mesma autarquia.’” (MENDES, Maria de Fátima Abrantes; MIGUÉIS, Jorge. *Lei Eleitoral da Assembleia da República*. 4. reedição, atualizada, anotada e comentada com os resultados eleitorais de 1976 a 2002. Torres Novas: Gráfica Almondina, 2005. p. 79).

no caso, julgou que esse fim não foi atendido, a manifestação posterior sobre o princípio da proporcionalidade era prescindível, até porque se percebe que sua invocação demonstrou uma certa confusão conceitual com o princípio da proteção do núcleo essencial, além de não ter sido apresentada a devida justificação sobre o não atendimento dos segmentos da proporcionalidade.

Uma última observação, inclusive embasada em alguns dos votos divergentes,¹⁰³ é que a finalidade relacionada à inelegibilidade dos presidentes e vereadores de câmara que renunciarem a seus cargos, poderia ser interpretada como compatível com as normas constitucionais. Se assim o Tribunal houvesse se pronunciado, apenas nessa concepção é que faria sentido o registro acrescido no voto, embora não fundamentado, sobre a ponderação concreta de valores atinentes à restrição à elegibilidade para o cargo de vereador e à situação de uma renúncia anterior do cargo de presidente da câmara municipal.

Em outro julgado selecionado para análise, no processo n.º 234/90, buscou o Ministério Público a perda de mandato do então Presidente da Câmara Municipal de Vila Viçosa, o que ensejaria a configuração da causa de inelegibilidade prevista no artigo 14, n.º 1, da Lei n.º 87/89,¹⁰⁴ de 9 de setembro, que regulava o regime jurídico da tutela administrativa das autarquias locais, a ser aplicável a uma eventual e futura candidatura eletiva do acionado.

No âmbito do Tribunal Administrativo de Círculo de Lisboa, a ação fora extinta sob o argumento de que o mandato já havia sido expirado, sendo interposto recurso ao Supremo Tribunal Administrativo, o qual, apesar de admitir a necessidade de julgamento da causa em razão do efeito automático da inelegibilidade em caso de condenação, entendeu por inconstitucional a norma “na parte em que não permite que se candidatem a qualquer órgão autárquico nos actos eleitorais subsequentes, que venham a ter lugar no período de tempo correspondente ao novo mandato completo, todos aqueles que perderam o seu mandato por preenchimento dos pressupostos previstos na alínea c) do n.º 1 do artigo 9.º da mesma lei: e, por isso, recusou-lhe aplicação”.

103 Veja-se, por todos, a declaração de voto da Cons. Maria da Assunção Esteves:

“Subscrevi o acórdão na sua quase integralidade, mas discordo do entendimento segundo o qual, nos casos de renúncia injustificada ao cargo, a restrição temporária à elegibilidade não é constitucionalmente admissível.

Com efeito, a norma geral do artigo 18.º, n.º 2, e a norma especial do artigo 50.º, n.º 3, da Constituição, devem ser, como quaisquer outras normas de Direito, interpretadas de acordo com a sua funcionalidade teleológica e não apenas lógico semântica. Para mais, tratando-se de normas sobre direitos fundamentais que, do ponto de vista da estrutura lógica, apresentam a estrutura de princípios (cfr. Alexy), quer dizer, não implicando injunções previamente determinadas quanto à totalidade dos seus efeitos, mas revelando um amplo espaço de conformação e abertura a valores ético-políticos constitucionalmente reconhecidos, a determinação do seu sentido injuntivo comporta ainda mais uma argumentação e ponderação assentes nesses valores.

Neste caso, o legislador, ao não deixar apenas para o juízo político a tutela da fiabilidade e correção do desempenho dos cargos políticos não está a estabelecer uma restrição injustificada que afecte o núcleo essencial do direito ou outros valores constitucionalmente garantidos, mas a mover-se num plano de razoabilidade e proporcionalidade.”

104 Vejamos as regras relevantes da Lei n.º 87/89, para compreensão da causa:

“Artigo 9.º Perda de mandato

1 - Perdem o mandato os membros dos órgãos autárquicos que: [...] c) Incorram, por acção ou omissão, em ilegalidade grave ou numa prática continuada de irregularidades, verificadas em inspecção, inquérito ou sindicância, e expressamente reconhecidas como tais pela entidade tutelar; [...]”

Artigo 14.º Efeitos da dissolução e da perda de mandato

1 - Os membros de órgão autárquico objecto de decreto de dissolução, bem como os que hajam perdido o mandato, não podem fazer parte da comissão administrativa prevista no n.º 2 do artigo anterior, nem ser candidatos nos actos eleitorais destinados a completar o mandato interrompido, nem nos subsequentes que venham a ter lugar no período de tempo correspondente a novo mandato completo, em qualquer órgão autárquico.”

Registre-se que a Lei n.º 87/89, de 9 de setembro, foi revogada pela Lei n.º 27/96, de 1 de agosto, que não manteve a hipótese de inelegibilidade objeto de apreciação pelo Tribunal Constitucional no processo n.º 234/90.

O Ministério Público recorreu, então, ao Tribunal Constitucional alegando que a inelegibilidade não afrontava as normas constitucionais, com o que concordou a 2ª Secção do Tribunal Constitucional, através do acórdão n.º 25/92,¹⁰⁵ Rel. Cons. Messias Bento, que revogou o acórdão do Supremo Tribunal Administrativo e, portanto, reputou constitucional a mencionada hipótese de inelegibilidade.

A título de fundamentação inicial, o juiz constitucional asseverou a conformação da finalidade buscada pelo impedimento eleitoral com as normas constitucionais que regulam a instituição de inelegibilidades, ou seja, com a norma do n.º 3 do artigo 50º da CRP, destacando que “A *inelegibilidade* em causa já, porém, se justifica pela necessidade de garantir a *isenção* e a *independência* no exercício de cargo autárquico”.

Na continuação do voto do relator, foi apresentada argumentação em prol da validade constitucional da inelegibilidade que, de forma implícita, ingressou no contorno do segmento da proporcionalidade em sentido estrito, considerando as diversas justificativas de valoração positiva da restrição à elegibilidade, na hipótese examinada, em favorecimento de toda a coletividade e para depuração do processo legislativo.¹⁰⁶

Já no que toca expressamente ao princípio da proporcionalidade, o TC se limitou a registrar o atendimento ao subprincípio da necessidade, mas sem muito esforço argumentativo, apenas alegando que a temporalidade da restrição à inelegibilidade a tornaria o meio menos lesivo ao direito fundamental prejudicado. Em suas palavras, disse o julgador que a inelegibilidade, “abrangendo apenas ‘os actos eleitorais subsequentes que venham a ter lugar no período de tempo correspondente a novo mandato completo’ (cfr. artigo 14.º, n.º 1, *sub iudicio*), limita-se ao necessário para salvaguardar os ditos valores da isenção e da independência – o que, de resto, é uma exigência do artigo 18.º, n.º 2, da Lei Fundamental”.

Nesse julgado, portanto, o Tribunal apreciou adequadamente a conformação do fim legítimo buscado pela norma, mas inverteu, até mesmo de forma inconsciente, a análise sobre os segmentos do princípio da proporcionalidade, abordando primeiro, mesmo sem o dizer, a proporcionalidade em sentido estrito e, depois, a necessidade, olvidando ainda de se manifestar sobre a adequação. O princípio da

105 O acórdão foi prolatado em 15/01/92 e seu inteiro teor está disponível em: <<http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/19920025.html>>. Acesso em: 29 ago. 2018.

106 Veja-se a fundamentação apontada no voto do Rel. Cons. Messias Bento:

“É que, tratar-se-á, geralmente, de tornar *inelegível* alguém que, tendo sido eleito membro de um órgão de uma autarquia local, no exercício das respectivas funções, não observou as regras de isenção e desinteresse (a imparcialidade) e de independência, exigíveis a quem deve estar ao serviço do bem comum. De alguém que violou os deveres do cargo em termos tais que o seu afastamento se tornou imperioso.

Permitir a eleição para o mandato imediato de quem assim procedeu, seria, pois, contribuir para o desprestígio dos órgãos autárquicos.

Num tal caso, na verdade, estar-se-ia a consentir que as funções autárquicas fossem exercidas em condições que abriam a porta à suspeita, pois seria inevitável que um autarca eleito com aquele passado fosse visto como alguém cuja isenção, imparcialidade e independência suscitarão, no mínimo, muitas dúvidas.

Ora, ao legislador cumpre criar condições para que os cargos autárquicos sejam exercidos com isenção e independência, e condições, bem assim, para que os seus titulares surjam aos olhos dos seus concidadãos como pessoas acima de qualquer suspeita nessa matéria.

É que a Administração Pública – administração autárquica incluída – há-de visar sempre a ‘prosecução do interesse público, no respeito pelos direitos e interesses legalmente protegidos dos cidadãos’ (cfr. artigo 266.º, n.º 1, da Constituição), e os seus órgãos hão-de actuar, no exercício das suas funções, com respeito pela Constituição e pela lei e, bem assim, ‘com respeito pelos princípios da igualdade, da proporcionalidade, da justiça e da imparcialidade’ (cfr. n.º 2 do cit. artigo 266.º).”

proporcionalidade, assim, não foi utilizado em toda a sua extensão e na forma de sua estrutura,¹⁰⁷ para contribuir na argumentação acerca da constitucionalidade da restrição à elegibilidade.

Por fim, como último caso a ser analisado, tem-se o acórdão n.º 532/2017¹⁰⁸ (processo n.º 843/2017, Rel. Cons. Gonçalo de Almeida Ribeiro), em que o TC negou provimento a recurso interposto contra decisão que julgara inelegível candidato a cargo de autarquia local, declarado insolvente por sentença judicial, o que o fez incidir na inelegibilidade do artigo 6º, n.º 2, alínea a), da Lei Orgânica n.º 1/2001, de 13 de agosto (“2. São igualmente inelegíveis para os órgãos das autarquias locais: a) Os falidos e insolventes, salvo se reabilitados;”).

Nessa decisão, que afirmou a constitucionalidade da hipótese de inelegibilidade analisada, o princípio da proporcionalidade foi objeto de detido exame pelo juiz constitucional português, até porque o instituto fora reportado na decisão recorrida¹⁰⁹ e objeto de argumentação no recurso interposto pelo interessado.¹¹⁰

Como ocorreu nas decisões anteriores, o Tribunal justificou primeiro o atendimento do pressuposto da conformação do fim da norma, salientando que “a jurisprudência constitucional ancora a inelegibilidade dos insolventes na garantia de independência no exercício do poder local”. Depois, na análise específica do princípio da proporcionalidade, o TC apontou o conceito do instituto, com a denominação de princípio da proibição do excesso, e asseverou que a norma ultrapassou do teste

107 Houve, pois, desprestígio à estrutura do princípio da proporcionalidade, bem sintetizada por Vitalino Canas: “Existe uma cadeia de racionalidade entre os três segmentos. Num caso, essa cadeia de racionalidade traduz-se no imperativo lógico de a apreciação de um dos segmentos ser forçosamente antecedida pela apreciação do outro; noutro caso, a apreciação de um dos segmentos sem a prévia apreciação de outro constitui um salto lógico que diminui significativamente a racionalidade do controlo e da proibição do excesso; noutros ainda, a apreciação isolada de um ou dois dos segmentos desaproveita o potencial de racionalidade que a proibição do excesso na sua capacidade estrutural máxima oferece.” (CANAS, Vitalino. *O princípio da proibição do excesso na conformação e controlo dos atos legislativos*. Coimbra: Almedina, 2017. p. 815).

108 O processo foi julgado em 11/09/17 e o inteiro teor do acórdão está disponível em: <<http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20170532.html>>. Acesso em: 29 ago. 2018.

109 Assim anotou o Tribunal Judicial da Comarca de Santarém – Juízo Local Cível de Ourém:

“No que se refere à proporcionalidade, na vertente apontada na reclamação em apreciação, designadamente de que a situação de insolvência enquanto causa de inelegibilidade se revela como uma presunção inilidível de que o candidato em causa não terá capacidade de gestão do seu património e por isso é objetivamente inapto para ser gestor de um património público, atendendo à defesa do interesse público, sopesando o interesse da comunidade e o interesse privado de quem vê arredada a possibilidade de se candidatar a um órgão da autarquia local, será de valorizar preponderantemente o interesse comunitário e bem assim admitir a compressão daquele direito de natureza política, uma vez que tal limitação se mostra ajustada, proporcional e adequada.”

110 O recorrente, no caso, o Partido Socialista, apresentou a seguinte tese no recurso:

“Ao estabelecer uma inelegibilidade para os órgãos autárquicos com fundamento numa presunção de má gestão futura da coisa pública, inferida da situação prévia de falência ou insolvência dos candidatos, a norma da alínea a) do n.º 2 do artigo 6.º da LEAL incorre ainda em violação múltipla do princípio da proporcionalidade consagrado no artigo 18.º, n.º 2, da CRP:

a. Antes de mais, porque a primeira exigência das normas restritivas de direitos é a da *legitimidade do fim*, e a delimitação constitucional dos possíveis fins das restrições ao acesso aos cargos eletivos não contempla o fim que a norma pretende salvaguardar.
b. Em segundo lugar, porque não há adequação entre *meio* (a inelegibilidade criada) e *fim* (a salvaguarda da gestão futura da coisa pública); Falha, portanto, o subprincípio da adequação.

c. Depois, porque – mesmo admitindo que a boa gestão futura da coisa pública pudesse constituir um fim legítimo para a restrição de acesso a cargos eletivos, e pudesse ser inferida da gestão da esfera privada (o que não é demonstrável) – não era necessário que a solução criada passasse por uma *inelegibilidade para todas as eleições autárquicas, mas só para estas*, e qualquer que fosse a etiologia da falência ou insolvência. Tal presunção não resiste a uma situação de insolvência decorrente, por exemplo, de catástrofes, ou de circunstâncias macroeconómicas incontroláveis; Falha, portanto, o subprincípio da exigibilidade.

d. Finalmente, porque no caso concreto o candidato atingido pela insolvência o foi por arrastamento (por avals prestados a uma sociedade de que era sócio, mas não gerente) e já deu sobejas provas de competência na gestão da coisa pública (o seu executivo – em que assumiu sempre as responsabilidades financeiras – reduziu o passivo da Câmara para 1/3 do que era à data do seu início de funções, baixando as dívidas da autarquia, em 7 anos, em mais de 20 milhões de euros); Falha, portanto, o subprincípio da justa medida.”

da adequação ou idoneidade.¹¹¹ Em um segundo momento, o Tribunal abordou os subprincípios da exigibilidade e da proporcionalidade em sentido estrito, aduzindo que, no caso em exame, seriam eles de difícil diferenciação concreta.

A análise jurídica do TC foi realizada mediante a técnica argumentativa de sugestionar inicialmente que poderia haver outro meio menos lesivo para assegurar o fim da norma, que seria a “divulgação pública da declaração de insolvência do candidato”, e que a inelegibilidade seria inconciliável com a regra constitucional de que compete às autarquias reger os seus próprios interesses (artigo 235º, n.º 2¹¹²), de modo a ser “desnecessária e desproporcionada”. Após, cuidou o Tribunal de contra argumentar, registrando que a autonomia das autarquias locais não impede a exigência de observância das normas e princípios regulamentares da Constituição, concluindo o julgador que a inelegibilidade tem por escopo “reforçar a confiança da comunidade nacional no exercício pelas autarquias dos poderes que a Constituição lhes devolveu”, razão por que essa solução normativa não é “inexigível ou desproporcionada”.

Percebe-se, desta feita, que o Tribunal Constitucional foi mais bem criterioso e analítico na utilização do princípio da proporcionalidade, principalmente porque apontou, previamente, o atendimento ao pressuposto da conformação do fim¹¹³ e, posteriormente, seguiu a análise dos subprincípios da proporcionalidade numa ordem sequencial e sucessiva, de acordo com a estrutura lógico-racional descrita no presente trabalho, embora não tenha abordado a questão da prejudicialidade da ordenação de análise dos segmentos do princípio da proporcionalidade.

De igual modo, não há críticas quanto à apreciação do subprincípio da adequação, porquanto o julgador argumentou fundamentadamente que a identificação da situação de insolvência como uma hipótese de inelegibilidade é um meio hábil para alcançar o escopo finalístico da lei, impedindo que seja candidato a cargo eletivo nas autarquias locais alguém que não detém as “condições objetivas para o seu exercício idóneo e independente”.

Sucede que não se mostrou ajustado tecnicamente o exame unívoco dos segmentos da necessidade e da proporcionalidade em sentido estrito, sob a justificativa de que a temática sob julgamento os tornaria “praticamente incindíveis”. Em verdade, os mencionados subprincípios da proporcionalidade possuem distintas finalidades de aplicação e poderiam ser apreciados individualmente no caso objeto de análise. Nessa toada, perceptível, ainda, que não houve a fundamentação jurídica para apreciação dos mencionados subprincípios, uma vez que não se fez as comparações de meios para atingir a finalidade, tampouco houve ponderação dos interesses contrapostos, que são o direito à elegibilidade e o interesse da comu-

111 Leia-se a argumentação inicial contida no voto do Cons. Gonçalo de Almeida Ribeiro: “A inelegibilidade dos insolventes para os órgãos autárquicos constitui um meio inequivocamente idóneo à prossecução dos princípios da vinculação da Administração Pública ao interesse público e da isenção e independência no exercício dos cargos públicos, na medida em que obsta a que o cargo eletivo possa vir a ser ocupado por quem não reúne condições objetivas para o seu exercício idóneo e independente. De resto, sempre que as *rationes* ou as *teloi* de uma solução legal não sejam explicitadas pelo legislador – como é o caso –, sem que o intérprete deixe de as discernir através de um juízo de racionalidade instrumental, como aquele que se desenvolveu no ponto anterior, encontra-se, em princípio, preenchido o requisito da idoneidade da medida.”

112 Veja-se o inteiro teor da norma: “Artigo 235º (...) 2. As autarquias locais são pessoas colectivas territoriais dotadas de órgãos representativos, que visam a prossecução de interesses próprios das populações respectivas.”

113 A finalidade dessa inelegibilidade é “evitar que os eleitores incapazes de bem gerir o seu próprio património possam vir a administrar um património – por vezes muito valioso, variado e avultado – que é o de todos os cidadãos”. (MENDES, Maria de Fátima Abrantes; MIGUEIS, Jorge. *Lei Eleitoral da Assembleia da República*, 4. reedição, actualizada, anotada e comentada com os resultados eleitorais de 1976 a 2002. Torres Novas: Gráfica Almondina, 2005. p. 14-15).

nidade de evitar a eleição de candidatos que possam acarretar risco ao exercício probo dos cargos públicos.

Com relação ao requisito da necessidade, poderia o Tribunal ter avançado em responder a sua própria sugestão, aduzindo que a divulgação de uma lista de insolventes, embora menos lesivo ao direito do candidato, não seria tão eficaz para garantir a isenção e independência do exercício do cargo eletivo, porquanto, ainda que houvesse a citada divulgação, candidatos insolventes poderiam ser eleitos, situação não pretendida pela norma. E, no tocante à proporcionalidade em sentido estrito, poderia o Tribunal ter apontado, de modo fundamentado, que a limitação à elegibilidade se justificava pelos benefícios advindos pela norma, que, ao prever a inelegibilidade dos insolventes, garantiria a toda a sociedade a minimização do risco de utilização indevida do cargo público em prol de interesses privados.

Enfim, sobre os julgados especificamente apontados nesse artigo,¹¹⁴ e no que toca à aplicação do princípio da proporcionalidade na análise de restrições ao direito à inelegibilidade, verifica-se que o Tribunal Constitucional, em que pese tenha aperfeiçoado a análise de sua estrutura racional, não se pronunciou de acordo com todos os contornos técnicos definidos pela doutrina para o instituto jurídico.

6 CONCLUSÕES

A temática analisada nesse trabalho mostrou a relevância que assume o princípio da proporcionalidade no sistema jurídico, especialmente para o controle de constitucionalidade dos atos normativos limitadores do direito à elegibilidade. Apresentamos nossas conclusões:

1) O princípio da proporcionalidade constitui, ao lado dos princípios da razoabilidade e da proteção do núcleo essencial, um dos relevantes instrumentos que permitem a ponderação e harmonização entre princípios, interesses e valores conflitantes num ordenamento jurídico, notadamente quando se está em apreciação uma medida estatal que vise a limitar direitos fundamentais do cidadão. Trata-se de um princípio de natureza constitucional que busca fornecer um critério de decisão, um caminho lógico e racional para a adequada deliberação a ser adotada, com vistas a permitir, de acordo com a situação concreta analisada, a preponderância dos valores pertinentes.

2) Entre as várias funções do princípio da proporcionalidade, destaca-se a sua utilização como parâmetro para apreciação da constitucionalidade dos atos normativos, especificamente nos casos em que previamente identificados o fim legítimo da norma e uma relação causal entre a norma e os efeitos por ela produzidos, para o fim de proceder ao sopesamento de valores, bens e interesses. O princípio, em sua estrutura formal, busca verificar se norma atende, sequencial e sucessivamente, aos seus subprincípios da adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito, isto é, se o ato normativo é adequado à consecução da sua finalidade, se existe algum outro meio menos lesivo nesse desiderato e se os

¹¹⁴ Sobre a análise da aplicação do princípio da proporcionalidade pelo Tribunal Constitucional no âmbito do controle de constitucionalidade em geral, cfr. CANAS, Vitalino. *O princípio da proibição do excesso na conformação e controlo dos atos legislativos*. Coimbra: Almedina, 2017. p. 223-351.

benefícios produzidos por sua edição satisfazem os danos eventualmente causados.

3) Importante se mostra a utilização do princípio da proporcionalidade para preservação e equilíbrio dos direitos fundamentais, considerando a dimensão atual desses direitos nas cartas constitucionais e a possibilidade real do surgimento de conflitos entre os valores neles representados. Essas colisões não suportam resolução pelos sistemas tradicionais de apreciação e interpretação jurídica das normas, afigurando-se a proporcionalidade como um valor essencial na harmonização do ordenamento jurídico.

4) Os direitos políticos consistem em direitos fundamentais dos cidadãos de poderem atuar na formação da vontade política do Estado, sendo um de seus principais elementos o direito de sufrágio, correspondente às prerrogativas de eleger (direitos políticos ativos) e de ser eleito (direitos políticos passivos, a elegibilidade). A legitimidade do regime democrático é garantida através do exercício do sufrágio, que, para tanto, deve ser *universal* (realizado sem restrições infundadas), *direto* (exercido por uma pessoa e dirigido a um candidato ou partido), *secreto* (para assegurar a liberdade de escolha), *periódico* (regularidade dos pleitos eleitorais) e *igual* (cada pessoa vale um voto).

5) Admite-se a previsão normativa de limites ao exercício do sufrágio, sendo que, no que se refere à elegibilidade, existem no Brasil duas espécies de restrições, que são as condições de elegibilidade e as causas de inelegibilidade, além da exigência de cumprimento de requisitos formais e do julgamento do pedido de candidatura pela Justiça Eleitoral. As condições de elegibilidade são circunstâncias positivas que os candidatos devem satisfazer, tais como a nacionalidade brasileira, o alistamento eleitoral e a filiação partidária; as inelegibilidades são situações negativas que, acaso configuradas, impedem a candidatura.

6) As causas de inelegibilidade brasileiras estão previstas no artigo 14, §§ 4º a 7º da Constituição Federal e no artigo 1º, incisos I (inelegibilidades absolutas ou gerais) e II (inelegibilidades relativas ou especiais) da Lei Complementar nº 64/1990. Esta última foi objeto de alterações pela polêmica Lei Complementar nº 135/2010, conhecida como a Lei da Ficha Limpa, que ampliou, em prol da moralidade e legitimidade das eleições, o quadro de causas de inelegibilidade e consignou como marco inicial para fruição dos impedimentos a decisão de um órgão judicial colegiado, sendo desnecessário o trânsito em julgado da condenação.

7) Em Portugal, também se verifica em seu sistema normativo a existência de determinados requisitos positivos a serem atendidos para o lançamento de uma candidatura, como o dever de inscrição no recenseamento, e, igualmente, a previsão de situações de inelegibilidades, tanto na Constituição como em normas infraconstitucionais. Diferentemente do Brasil, não há em Portugal, em geral, a previsão de inelegibilidades em razão da prática de atos ilícitos cíveis ou criminais, mas apenas aquelas que decorrem de uma condição pessoal do cidadão ou pela ocupação de certas funções públicas.

8) Com relação à utilização do princípio da proporcionalidade como medida de controle de constitucionalidade das restrições à elegibilidade, o juiz constitucional está sujeito a limites que precisam ser observados em razão da imprescindível obediência à separação constitucional dos Poderes do Estado. Nesse sentido,

garante-se ao Legislativo a prerrogativa precípua de ser o ente responsável pela criação de normas que visem a concretizar os valores jurídicos contidos nas Constituições, de modo que o Judiciário só atuará nos casos em que verificado, de modo fundamentado, um excesso da atividade legislativa.

9) Assim, no exame dos segmentos da proporcionalidade, algumas diretrizes são essenciais: (i) para a *adequação*, a norma será legítima desde que se demonstre, de forma mínima, que conduz ao resultado por ela perseguido; (ii) a *necessidade* será atendida caso não se apresente de forma flagrante um outro meio disponível ao legislador para promover a finalidade e com menor grau de prejuízo a direito fundamental; e (iii) quanto à *proporcionalidade em sentido estrito*, a constitucionalidade da norma limita-se à compreensão de que os efeitos negativos por ela produzidos não são superiores aos positivos.

10) É importante compreender e evitar que o princípio da proporcionalidade seja utilizado sem a adequada noção dos valores jurídicos e fáticos essenciais para resolução das colisões de direitos e normas. A neutralidade estrutural do princípio impõe ao intérprete o compromisso com o conhecimento dos vetores axiológicos circundantes ao caso concreto e exige robusta argumentação e fundamentação para tomada das decisões.

11) A título de valores e interesses a serem ponderados no que pertine ao direito à elegibilidade, a Constituição Federal do Brasil define que a instituição de causas de inelegibilidade deve buscar proteger a probidade administrativa, a moralidade e a normalidade e legitimidade das eleições contra a influência do poder econômico ou político. No âmbito normativo constitucional português, os valores relevantes para validar a criação de inelegibilidades são a liberdade dos eleitores de escolherem seus representantes e a isenção e independência do exercício dos cargos eletivos.

12) No julgamento da Lei da Ficha Limpa, o STF demonstrou a importância do princípio da proporcionalidade como técnica de julgamento para justificar e dar transparência à decisão que declarou a norma constitucional. Houve a análise do ato normativo seguindo-se a ordem lógico-razional dos segmentos da proporcionalidade, notadamente no voto do Min. Rel. Luis Fux, em que se demonstrou a adequação da norma às finalidades da Constituição; a sua necessidade, porquanto ausente meio menos lesivo à elegibilidade; e uma relação de correspondência favorável entre os efeitos positivos e negativos causados pela legislação.

13) No âmbito do Tribunal Constitucional português, verificou-se que o julgador também se fez utilizar do princípio da proporcionalidade para justificar decisões a favor e contra a constitucionalidade de inelegibilidades. Nos casos analisados (acórdãos n.ºs 364/91, 25/92 e 532/2017), todavia, não houve uma adequada utilização de todos os elementos do princípio da proporcionalidade, valendo apenas o registro de que a proporcionalidade foi legitimamente considerada como um instrumento necessário para justificar a colisão de direitos fundamentais.

14) Conclui-se que o princípio da proporcionalidade é um instrumento de valor e importância inegáveis para proteção dos direitos fundamentais, o que foi demonstrado, em que pese a crítica ora anotada, no julgamento do STF sobre a constitucionalidade da Lei da Ficha Limpa e nos julgados apresentados do Tribunal Constitucional. A correta utilização do princípio da proporcionalidade, na forma de

sua estrutura racional, permitirá sempre um porto seguro para a aferir a legitimização e correção do agir do Poder Público quando implicar em restrição a direito fundamental do cidadão.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros Editores, 2008.

ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 11. ed. rev. São Paulo: Malheiros Editores, 2010.

BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 26. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2011.

CANAS, Vitalino. *O princípio da proibição do excesso na conformação e controlo dos atos legislativos*. Coimbra: Almedina, 2017.

_____. A proibição do excesso como instrumento mediador de ponderação e otimização: com incursão na teoria das regras e dos princípios. In: *Estudos de Homenagem ao Prof. Doutor Jorge Miranda*. Coimbra: Coimbra Editora, 2012. v. 3. p. 811-893.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 4. ed. Coimbra: Almedina, 2003.

_____; MOREIRA, Vital. *Constituição da República Portuguesa Anotada*. 4. ed. rev. Coimbra: Coimbra Editora, 2007. v. 1

CASTRO, Edson de Resende. *Curso de Direito Eleitoral*. 8. ed. rev. e atual. Belo Horizonte: Del Rey, 2016.

DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. *Teoria Geral dos Direitos Fundamentais*. 5. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2014.

DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Tradução de Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2014.

GOMES, José Jairo. *Direito Eleitoral*. 13. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2017.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. Princípio da Proporcionalidade e Devido Processo

Legal. In: SILVA, Virgílio Afonso da (Org.). *Interpretação Constitucional*. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 255-269.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Discrecionalidade e Controle Jurisdicional*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

MELLO, Ruy Nestor Bastos. Aplicação e dosimetria das sanções da Lei de Improbidade Administrativa. In: DOBROWOLSKI, Samantha Chantal (Org.). *Questões práticas sobre improbidade administrativa*. Brasília: ESMPI, 2011. p. 184-212. Disponível em: <<http://escola.mpu.mp.br/publicacoes/obras-avulsas/e-books/questoes-praticas-sobre-improbidade-administrativa>>. Acesso em: 28 jun. 2018.

_____; MAGALHAES, Jarbas Santana. A inelegibilidade da rejeição de contas dos gestores públicos: incidência da inelegibilidade na hipótese de rejeição das contas de gestão dos chefes do Poder Executivo pelos tribunais de contas. In: *Revista Populus*, v. 2, p. 139-168, 2016. Disponível em: <<http://www.justicaeleitoral.jus.br/arquivos/tre-ba-revista-populus-2016-1481736169463>>. Acesso em: 28 jun. 2018.

MENDES, Gilmar Ferreira. Anotações acerca da apreciação e revisão de fatos e prognoses legislativos perante a Corte Constitucional alemã e o Supremo Tribunal Federal brasileiro. In: MORAIS, Carlos Blanco de; RAMOS, Elival da Silva (Coord.). *Perspectivas de Reforma da Justiça Constitucional em Portugal e no Brasil*. São Paulo: Almedina, 2012. p. 155-192.

_____; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

MENDES, Maria de Fátima Abrantes; MIGUÉIS, Jorge. *Lei Eleitoral da Assembleia da República*, 4. reedição, actualizada, anotada e comentada com os resultados eleitorais de 1976 a 2002. Torres Novas: Gráfica Almondina, 2005.

_____. *Lei Eleitoral dos Órgãos das Autarquias Locais*. 1. reedição, actualizada, anotada e comentada. Torres Novas: Gráfica Almondina, 2005.

MIGUÉIS, Jorge. O contencioso e a jurisprudência eleitoral em Portugal. In: *Revista de Assuntos Eleitorais* n. 9, Lisboa, p. 59-77, 2005.

_____; LUÍS, Carla; ALMEIDA, João; BRANCO, Ana; LUCAS, André; RODRIGUES, Ilda. *Lei Eleitoral dos Órgãos das Autarquias Locais*. ed. rev. e atual. Lisboa: Imprensa Nacional Casa da Moeda, 2014.

MIRANDA, Jorge. *Direito Constitucional III: Direito Eleitoral e Direito Parlamentar*, Lisboa, AAFDL, 2003.

_____. Introdução ao Direito Eleitoral. In: *Estudos em memória do conselheiro Luís Nunes de Almeida*. Coimbra: Coimbra Editora, 2007. p. 593-622.

MORAIS, Carlos Blanco de. *O Sistema Político*. Coimbra: Almedina, 2017.

_____. *Curso de Direito Constitucional: Teoria da Constituição em Tempo de Crise do Estado Social*. Coimbra: Coimbra Editora, 2014. t. 2, v. 2.

NOVAIS, Jorge Reis. *Direitos Fundamentais e Justiça Constitucional*. Lisboa: AAFDL, 2017.

OTERO, Paulo. *Direito Constitucional Português: organização do poder político*. Coimbra: Almedina, 2010. v. 2.

PIOVESAN, Flávia. Direitos sociais, econômicos e culturais e direitos civis e políticos. In: *SUR – Revista Internacional de Direitos Humanos*, a. 1, n. 1, p. 21-47, jan./2004. Disponível em: <<http://sur.conectas.org/home/edicao-01/>>. Acesso em: 29 ago. 2018.

RAMOS, André de Carvalho. *Curso de Direitos Humanos*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

REZEK NETO, Chade. *O princípio da proporcionalidade no estado democrático de direito*. São Paulo: Lemos & Cruz, 2004.

SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Curso de Direito Constitucional*. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

SILVA, Virgílio Afonso da. O proporcional e o razoável. In: *Revista dos Tribunais (RT)*, São Paulo, n. 798, p. 23-50, 2002.

SOKAL, Guilherme Jales. O procedimento recursal e as garantias fundamentais do processo: a colegialidade no julgamento da apelação. 2011. 313 f. Dissertação (Mestrado em Direito Processual) – Faculdade de Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2011, p. 73 et seq.

STEINMETZ, Wilson. Princípio da Proporcionalidade e Atos de Autonomia Privada Restritivos de Direitos Fundamentais. In: SILVA, Virgílio Afonso (Org.). *Interpretação Constitucional*. São Paulo: Malheiros Editores, 2005. p. 11-53.