

REVISTA
DO
TRE
DF



DOCTRINA

A JUSTIFICATIVA ELEITORAL SEGUNDO A REGULAMENTAÇÃO EDITADA PELO TRIBUNAL SUPERIOR ELEITORAL E A ÉTICA DO DISCURSO SEGUNDO JÜRGEN HABERMAS: CONFRONTANDO MARCOS TEÓRICOS INCOMPATÍVEIS

RUIEMBERG NUNES PEREIRA (*)

“Autonomia não adquire, exclusivamente, só por si, um sistema jurídico. É, meramente, autônoma, na medida em que os procedimentos institucionalizados para a jurisdição e para a legislação, garantem uma formação imparcial, da opinião e da vontade, proporcionando, do mesmo modo, o seu ingresso no direito e na política, nesta via de uma racionalidade moral de procedimento. Não existe um direito autônomo sem uma democracia realizada”.

Jürgen HABERMAS

I - RESUMO

O texto desenvolve o tema da justificativa eleitoral, segundo a regulamentação infraconstitucional e infralegal produzida pelo Tribunal Superior Eleitoral, confrontando com a teoria constitucional e com os postulados da hermenêutica constitucional e da ética do discurso, com vistas à revisão do modelo de tratamento jurídico das abstenções eleitorais e sua justificativa. Evidencia-se o propósito de demonstrar-se a incompatibilidade entre o modelo regulativo constantemente reproduzido nas últimas eleições brasileiras (1998, 2000 e 2002), os imperativos normativos constitucionais e os axiomas da ética discursiva, como desenvolvida por HABERMAS.

II - ABSTRACT

This essay deals with the problem of the brazilian norms concerning the electoral abstention justification, on constitutional or *underconstitutional* grounds, *vis a vis* with the constitutional theory and the constitutional hermeneutics headlines and the theory of the ethics of discourse, in order to propose a renewal of the legal standards adopted

(*) **Ruitemberg Nunes Pereira** é Mestre em Direito e Estado pela Universidade de Brasília - UnB, Professor de Direito Constitucional do Centro Universitário de Brasília – UniCEUB, ex-Assessor Jurídico da Presidência do Tribunal Regional Eleitoral do Distrito Federal e Assessor de Desembargador do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios.

DOCTRINA

in the present days. It appears as clear as possible the intention to demonstrate a kind of incompatibility between the regulative model oftenly reproduced in the last brazilian general polls (occurred in the years of 1998, 2000 and 2002), and the constitutional normative imperatives and the rules of the ethics of discourse, as developed by HABERMAS.

III - SUMÁRIO: 1. INTRODUÇÃO; 2. O VOTO POPULAR COMO IMPERATIVO CATEGÓRICO (ENUNCIADO JURÍDICO DEÔNTICO); 3. O PODER REGULAMENTAR DO TRIBUNAL SUPERIOR ELEITORAL E A JUSTIFICATIVA ELEITORAL 3.1.O processo legislativo como atribuição de competências constitucionais substanciais e formais. 2. O processo legislativo como um conjunto sistêmico de regras permissivas hipotéticas problemáticas (que conferem competências ou poderes); 3.3. A justificativa eleitoral conforme a regulamentação editada pelo Tribunal Superior Eleitoral e sua ilegitimidade ante a ausência de norma constitucional que confira a este poderes nomogenéticos: examinando o aspecto competencial; 3.4. A justificativa eleitoral conforme a regulamentação editada pelo Tribunal Superior Eleitoral: examinando o aspecto meritório; 4. DEMOCRACIA, ÉTICA DO DISCURSO E A JUSTIFICATIVA ELEITORAL: inclusão e exclusão do debate democrático; 5. CONCLUSÕES; 6. BIBLIOGRAFIA CONSULTADA OU REFERENCIADA.

1.INTRODUÇÃO

Uma das preocupações que tem estado no cento dos debates entre filósofos políticos, juristas e sociólogos é não apenas a de compreender o fenômeno da complexidade e do pluralismo da sociedade dita pós-moderna, mas também a de desenvolver conceitos em torno dos principais institutos que animam a entidade estatal e adaptá-la à nova realidade que se lhe apresenta. Dentre esses fenômenos complexos, o conceito de democracia tem sido um dos mais visitados pela doutrina filosófica, sociológica e jurídica, máxime pela necessidade consensual de superar as velhas doutrinas que estruturaram o Estado liberal, com a sua perspectiva majoritária fundante, com o seu conceito centrado da identidade do ser humano e com a ênfase hispotasiada que se imprimia ao conceito de liberdade individual.

Entre as mais compartilhadas doutrinas democráticas assenta-se a teoria ético-discursiva, construída a partir dos desenvolvimentos teóricos de Karl-Otto APEL e Jürgen HABERMAS. Tal doutrina possui

DOCTRINA

como postulados básicos o estabelecimento de uma crítica às escolas éticas iluministas, racionalistas, metódicas e cognitivistas, de color kantiano.

A empreitada a que se propõe compromete-se com uma noção de sistema filosófico aberto ou procedimental, que substancialmente se legitima *a posteriori* e pelo procedimento. Contrariamente ao conceito burguês de democracia majoritária, que se revela sobretudo no dogma da racionalidade da lei, como método e razão transcendentalizada do agir ético humano, consubstanciado no ideal do imperativo categórico moral da ética kantiana, a democracia ético-discursiva não está de todo preocupada com a idéia de legitimidade, mas sim com a legitimação, o que envolve a necessidade de proteção também dos direitos e interesses da minoria, como processo de inclusão do outro e de ampliação dos participantes do discurso. A legitimidade dos instrumentos de atuação do Estado somente se reconhece quando essas ações estatais permitirem a mais ampla participação das diversas revelações do mundo da vida (o *Lebenswelt* habermasiano).

O conceito de legitimidade desloca-se, por conseguinte, para o mundo da vida, que, em HABERMAS, não é exatamente o mundo da vida real ou do cotidiano (para referenciar aqui um conceito crítico à teoria do sujeito abstrato de HABERMAS estabelecido por Agnes HELLER). Nessas condições, a busca da legitimidade passa a ser um problema hermenêutico, somente construível por via da argumentação, e não da demonstração puramente normativa que informou os apanágios do iluminismo (*Aufklärung*).

Ainda que não seja causa da violência, assumida esta no sentido que foi destacado por Hannah ARENDT em crítica à idéia de legitimidade de Max WEBER, as deliberações estatais serão ilegítimas sempre que permitirem ou ensejarem a exclusão do agir comunicativo no momento discursivo, máxime em contraposição à norma que restou internalizada pelo sujeito e que resultou do consenso comunicativo moral, que se revela, essencialmente, no caso das democracias constitucionais mais sustentáveis, pelos normativos constitucionais.

Sob esse pano de fundo teórico, a ética do discurso e o conceito de democracia que dela decorre, estudaremos um instituto jurídico de notável transcendência teórica e que pouco tem sido discutido pela doutrina nacional, seja no campo da filosofia política, seja na sociologia, seja pelos pensadores e aplicadores do Direito. Referimo-nos ao instituto

da justificativa eleitoral, medida infraconstitucional que tem permitido, sem maiores justificativas (com escusas pelo trocadilho), que muitos daqueles que, por impositivo ético categórico, consensualizado e refletido no Texto da Constituição, furtem-se ao compromisso de inserirem-se no procedimento deliberativo de notável relevância para a sustentabilidade da democracia em um regime tão combalido, sob esse aspecto, como o brasileiro.

O problema a ser examinado, nesse contexto, circunscreve-se ao exame da legitimidade normativa e ética do procedimental regulamentar da justificativa eleitoral, com vistas à construção de um modelo que se afine com a ordem constitucional e com os preceptivos da ética do discurso. Nosso enfoque se centrará basicamente nos resolutórios normativos do Tribunal Superior Eleitoral sobre o instituto. Nossa hipótese de pesquisa fulcra-se em trazer fundamentos que permitam concluir a incompatibilidade do procedimento estabelecido pelo Estado, especialmente ante a regulamentação que foi editada pelo Tribunal Superior Eleitoral, seja com o imperativo categórico que instrui o direito de exercício obrigatório ao voto, fundado normativa e constitucionalmente, seja com a legitimação para agir normativamente do órgão jurisdicional eleitoral, inexistente no plano constitucional.

A discussão abrangerá, portanto, a abordagem do aspecto técnico-jurídico da regulamentação do instituto da justificativa eleitoral, confrontando-a com os normativos constitucionais e infraconstitucionais pertinentes, como também o confronto do instituto da justificativa eleitoral com os axiomas da ética discursiva, para concluir, basicamente, a sua incompatibilidade e insustentabilidade em ambos os sentidos. Naturalmente, não se perderá a perspectiva da propositura de caminhos novos.

2.0 VOTO POPULAR COMO IMPERATIVO CATEGÓRICO (ENUNCIADO JURÍDICO DEÔNTICO)

Suscita-se na doutrina a discussão concernente à natureza jurídica da norma que assegura o voto popular, símbolo da idéia liberal da vontade e soberania popular, da democracia representativa e da cidadania (a distinguir personalidade e cidadania). De um lado, aqueles que sustentam ser o voto um impositivo estatal, um dever positivo, do que decorre a obrigatoriedade do voto; de outro lado, os que defendem ser o voto um direito político *stricto sensu*, e, portanto, uma faculdade de agir (*facultas agendi*), noção que mais se adequaria ao conceito de liberdade que anima

o iluminismo. Desta concepção ressaí a defesa do voto facultativo, que findaria por tornar inócua a figura da justificativa eleitoral.

Forçoso concluir que somente se pode falar em justificativa eleitoral ou justificativa da excusa do exercício do voto nos regimes que adotam o sistema de voto obrigatório, estatuinto-se uma relação necessária entre justificativa eleitoral e voto obrigatório, sem a qual não se poderia pensar o voto obrigatório sem o estabelecimento de pautas de excusas na hipótese de impossibilidade do exercício do voto pelo eleitor, nas circunstâncias fáticas ou jurídicas que a apoiariam.

Nos sistemas de voto facultativo, por lógicos fundamentos, não se vislumbra a possibilidade de inserção normativa de procedimentos de justificação do não-exercício do voto, ante o prevalecimento da liberdade de decisão do eleitor e da não-ingerência por parte do Estado nessa esfera individual de decisão. Tal é a situação no Brasil dos eleitores que têm menos de dezoito ou mais de setenta anos de idade, a quem se assegura a liberdade absoluta quanto ao exercício ao voto e de quem não se poderia reclamar quaisquer razões de justificativa da excusa.

De destacar-se, neste contexto, o paradoxo que as razões iluministas ensejam: de um lado, o voto obrigatório permitiria conferir-se racionalidade e legitimidade popular à representação parlamentar, sob os influxos da idéia de soberania popular e vontade geral no conceito de lei; por outro ângulo, contudo, viabilizaria a intervenção estatal na esfera de liberdade do indivíduo, tolhido a exercer um direito político sob a imposição normativa do Estado.

Tal paradoxo nos conduz a rever a contraposição dialética entre dever e direito no que toca à natureza do voto popular. Uma alternativa que se apresenta para essa superação, a única visível no momento e no quadro democrático ainda claudicante que a sociedade brasileira experimenta, é a adoção de um conceito que assimile as duas visões contrapostas, uma visão eclética, consecutivamente. Apropriada se nos afigura, nesta perspectiva, o conceito de enunciados jurídicos de direitos de exercício obrigatório na construção de Manuel ATIENZA¹.

Os aportes teóricos de ATIENZA apontam, inicialmente, para a necessidade de reconhecermos que o enfoque a ser dado nas chamadas normas enunciativas de permissões, as liberdades constitucionais, não

¹ ATIENZA, Manuel. *Las piezas del Derecho*. Teoría de los enunciados jurídicos. Barcelona: Ariel, 1996.

DOCTRINA

se deve assentar no problema da titularidade, que em nosso Texto Constitucional acha-se registrada de modo peremptório a todos os maiores de dezoito anos e menores de setenta anos de idade, mas sim no do exercício da liberdade constitucional (adotando-se aqui a terminologia que constitui característica própria do Estado Liberal, para o qual os direitos fundamentais confundem-se com as liberdades públicas, em relação às quais não se admite, salvo razões fáticas ou jurídicas justificáveis, a limitação do Estado, que se deve jungir ao conceito de Estado mínimo, atuante apenas quando autorizado por norma de direito público (tanto o conceito de direito público, contraposto a um direito privado, em seu aspecto objetivo ou subjetivo, quando o de limitação são próprios dessa visão em torno do Estado Liberal, que construiu o dogma ainda vigente, mas carente de revisão doutrinária, de que o Estado, ente público, somente age quando plenamente autorizado por norma jurídica expressa, doutrina que se revela basicamente no campo do Direito Administrativo e de sua ultrapassada distinção entre atos discricionários e vinculados).

Nessa perspectiva, embora não se possa falar de uma possível alienabilidade dos direitos fundamentais políticos por parte do indivíduo (faz-se referência especificamente a um daqueles direitos fundamentais somente exercitáveis pela pessoa física, não alcançando as pessoas jurídicas, circunstância que, contudo, não pode assentar a tese de que as pessoas jurídicas não sejam titulares de direitos fundamentais, essencialmente elencados no artigo 5.º da Constituição Federal — não obstante a redação do *caput* deste dispositivo pudesse indicar ao gramaticólogo e não ao hermenêuta ético-discursivo conclusão *a contrario sensu* diversa — como o direito à indenização por danos morais, à impetração de mandado de segurança, à liberdade de comércio, à defesa como consumidora, *verbi gratia*).

ATIENZA sustenta, por conseguinte, a superação da aparente incompatibilidade entre inalienabilidade e autonomia das liberdades constitucionais, prelecionando que, embora não seja dado ao indivíduo renunciar à titularidade dos direitos fundamentais, de natureza irrenunciáveis e inalienáveis, por vezes, poderá deixá-los de exercer, vez que aquelas notas características se aplicam apenas ao exercício do direito, não propriamente à sua legitimação subjetiva.²

² ATIENZA, Manuel. op. cit. P. 121.

DOCTRINA

A assimilação do direito ao voto como princípio jurídico e, por conseguinte, como comando deontológico, decorre da imposição do normativo constitucional de um comportamento por parte de todos aqueles cuja situação fática se adeque ao programa normativo a ele relativo. Implementada a idade mínima para o exercício ao voto, este se avulta como imperativo categórico, assim compreendido o comando do agir humano que decorre de um mandamento ético válido por si próprio e exercitável-em-si, independentemente de qualquer condicionamento fático ou normativo.

Afasta-se assim qualquer aspecto teleológico do enunciado que dispõe sobre o imperativo do voto. O voto não se exerce com vistas a qualquer finalidade especial, ainda que efeitos decorram do seu exercício, como a idéia de maior legitimidade da representação parlamentar e das normas que serão por ela editadas, o fortalecimento do regime democrático etc. Tais conseqüências não constituem o seu motor inicial, que antes se deve fundamentar na vontade consciente e livre de cumprir o imperativo ético.

KANT desenvolveria essa conclusão sob o enfoque do seu conceito de autonomia, consistente na liberdade da e na razão humana, no querer que somente os homens podem ter de traçar seu próprio destino e estabelecer suas próprias normas. O direito ao voto se imporia como imperativo categórico por decorrer da norma autonomamente estatuída pelos homens e que os homens deve cumprir porque devem cumprir, sob pena de violarem sua própria natureza humana, na visão kantiana, sempre disposta a agir conforme o preceptivo moral e às leis da razão.

Não obstante, o tema que examinamos não poderia limitar-se à perspectiva kantiana, uma vez que a grande lacuna da teoria ética kantiana da razão transcendentalizada tenha sido o de não discutir um problema que parece fundamental para o exame da questão que ora suscitamos, que é o da tensão ou da incerteza (como prefere falar Paul RICOEUR³) entre os imperativos éticos no que tange ao seu plano da justificação. Tal dificuldade da ética kantiana (ressaltada por Ernst TUGENDHAT) também aflige e põe em dúvida a teoria dos direitos fundamentais, muito em voga, difundida por Roberto ALEXY.⁴ Reside tal dificuldade,

³ RICOEUR, Paul. *O justo ou a essência da justiça*. Trad. de Vasco Casimiro. Lisboa: Instituto Piaget, 1995.

⁴ ALEXY, Robert. *El concepto y la validez del Derecho*. Traducción de Jorge M. Seña. Barcelona: Gedisa, 1997. ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Versión castellana de Ernesto Garzón Valdés. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997.

DOCTRINA

resumidamente, na confusão que se faz entre os planos de justificação e de aplicação das normas jusfundamentais, e por ignorar que as tensões se revelam e se resolvem somente no plano da adequação prática.

Não abordaremos aqui esse complexo problema, haja vista as limitações do trabalho. Destaque-se apenas que importa examinar a natureza e a titularidade do direito fundamental ao voto, mas impõe-se também que se perquiram sobre as condições de seu exercício, quando muitas vezes o direito irrenunciável e inalienável não deve ser exercido, ante a inadequação do programa normativo que o sustenta ao âmbito normativo jurídico ou fático que se apresenta.

Não são raros os casos em que a tensão entre o direito fundamental e outros direitos fundamentais, como o direito à vida ou à integridade, tal qual a situação do eleitor que se encontra num leito hospitalar, impossibilitado clinicamente de exercitar o direito político, faz exsurgir a necessidade da resolução da incerteza própria da norma principiológica que assegura o voto em prol daqueles direitos e não deste.

Nesse ponto, pode-se dizer que a justificativa eleitoral constitui não apenas um elemento necessário nos sistemas de voto obrigatório, mas se apresenta também um instituto relativo propriamente ao plano da aplicação da norma principiológica que assegura o voto, exatamente para assegurar a resolução desses momentos de tensão entre a previsão abstrata e aberta do imperativo categórico do voto e as peculiaridades do caso concreto, a fim de se decidir pela adequação ou inadequação da norma principiológica, a partir do exame de todo o quadro fático e normativo que a situação oferta. Possível, nesse sentido, estabelecer a correlação entre o juízo decorrente da justificativa eleitoral e o princípio da adequação da norma ao caso concreto, na esteira dos desenvolvimentos teóricos de Klaus GÜNTHER.

Adotando tal linha de raciocínio, a justificativa eleitoral ligar-se-ia ao plano da aplicação da norma (não ao seu plano de justificação, haja vista a necessidade de não se confundir *in casu* justificação e justificativa). E se desenvolveria propriamente como a própria aplicação do princípio do voto obrigatório, fundada, segundo GÜNTHER, em dois critérios, a saber, a coerência da norma ao caso (*norm coherence*) e a descrição e consideração de todos os aspectos do caso concreto (*complete description of a situation*).

Segundo GÜNTHER, “the proponent can refer to the rule of semantic consistency, according to which a norma that is valid under

unchanging circumstances must be applied in every situation in which these same circumstances are present”, o que conduz à hipostasia das possibilidades semânticas da norma.⁵

A par dessa providência que deve ser adotada pelo "hermeneuta" (prefiro esta expressão à expressão "intérprete", mais limitada, vez que ligada apenas ao plano normativo da norma constitucional e não ao âmbito da norma), GÜNTHER destaca como segundo momento do seu juízo de adequação (*Sinn für Angemessenheit*) a necessidade de solução dos conflitos *in concreto* que decorreriam da aplicação da norma. Nesse contexto, insere-se o instituto da justificativa eleitoral, como decorrente necessário de, por vezes, estabelecer-se o sentido adequado ao caso concreto da norma que prevê o voto obrigatório.

O instituto da justificativa eleitoral assenta-se, por conseguinte, como metanorma para a adequação tópica do princípio do voto obrigatório, nos casos-limite de aplicação (*hard cases*, na linguagem que DWORKIN emprega). Posta-se como consectário da adequação do voto obrigatório e exsurge basicamente da necessidade de delimitar-se e adequar-se (e não ponderar-se, como diria ALEXY, DWORKIN e a doutrina nacional da proporcionalidade no âmbito das normas jusfundamentais) nos casos de tensão e incerteza da aplicação do princípio geral do voto obrigatório.

Ressai desta afirmação a conclusão evidente e aplicável a quaisquer normas de direitos fundamentais (inclusive do direito à vida) de que não há normas jusfundamentais que sejam absolutas, o que não retira a natureza de imperativo categórico de seus preceptivos. O ponto de superação da ética transcendental aqui se mostra evidente, uma vez que, embora reconheçamos o imperativo categórico, não se discute apenas o seu plano de justificação (o que a doutrina ética kantiana restringia à discussão da fundamentação última dos direitos fundamentais), mas enfatiza-se o plano da aplicação da norma imperativa categórica, no sentido de que a sua fundamentação última não se apresenta apenas *a priori*, mas substancialmente *a posteriori*, em raciocínio indutivo e não dedutivo da norma constitucional, com ênfase na adequação à situação fática imprevista, com o que se colmata a lacuna e o problema essencial da ética racional, com vista ao estabelecimento de diretrizes de solução dos pontos de tensão e incerteza dos imperativos categóricos.

⁵ GÜNTHER, Klaus. *The sense of appropriateness. Application discourses in morality and law*. Translated by John Farrel. New York: New York University, 1993. p. 230.

DOCTRINA

Em outros termos, a justificativa eleitoral vem a ser reconhecida como complemento necessário ao direito ao voto, suprimindo as deficiências próprias deste imperativo, mas ela própria também se estabelecendo como imperativo, embora de natureza e características diversas. Nessa linha é que, como metanorma hermenêutica, necessária à aplicação da norma que protege o direito ao voto, a justificativa eleitoral, vai apresentar-se como imperativo hipotético, cuja aplicação guarda em si o *telos* da aplicação da norma deôntica do voto.

Presente a finalidade de discutir-se a aplicação do direito ao voto nos casos-limite, recorre-se então como elemento integrador do programa normativo da norma-decisão *in casu* aos ditames da justificativa eleitoral. Nesse passo, impende reconhecer que a intenção do legislador legitimado, ao prever procedimentos para a justificativa eleitoral, pretende, em verdade, limitar a atuação hermenêutica, seja dos chamados intérpretes autorizados, seja de toda a comunidade hermenêutica (no sentido de sociedade aberta de Peter HABERLE).

Em verdade, tendo em vista a relação da justificativa eleitoral com o plano de aplicação do imperativo categórico da norma deôntica que cuida do voto, em rigor, não haveria necessidade de previsão legislativa no tocante ao instituto, vez que o plano de aplicação das normas jusfundamentais em si mesmo já não afasta as pré-compreensões do hermeneuta, campo que, a propósito, ainda continua aberto à argumentação, mesmo diante da regulamentação, porquanto o exame de todas as possibilidades e características do caso concreto somente pode ser realizado de forma completa por quem detém poderes (imperativos hipotéticos que decorrem das normas que conferem poderes) para sua apreciação e decisão, institucional ou não institucional.

3.O PODER REGULAMENTAR DO TRIBUNAL SUPERIOR ELEITORAL E A JUSTIFICATIVA ELEITORAL

3.1.O processo legislativo como atribuição de competências constitucionais substanciais e formais.

As Constituições brasileiras elegeram a expressão “processo legislativo” como a mais adequada para representar o fenômeno da produção dos atos normativos que se pretenda sejam inseridos no Ordenamento Jurídico. Tal expressão tradicionalmente foi inserida nos Textos Constitucionais no rol das funções atribuídas ao Poder Legislativo, a denotar a correlação que se estabelece *prima facie* entre a produção normativa e a figura do órgão representativo do poder legiferante,

DOCTRINA

correlação que decorre mesmo do dogma da supremacia do Parlamento construída ao longo do desenvolvimento da teoria da separação dos poderes no contexto britânico, cujos mais destacados expositores foram John Locke, com os seus Tratados de Governo Civil, e Montesquieu, que, ao contrário do que asseveram muitos, não escreveu sob o pano de fundo teórico da orgânica estatal francesa, mas sim sob os influxos da sistemática de equilíbrio de poderes (*balanced constitution*) da Inglaterra, na perspectiva de um modelo orgânico ideal, já que não corresponde à estrutura vigente no Estado britânico.

Idêntica asserção mostra-se válida também no contexto da Constituição Brasileira em vigor, que inseriu no seu artigo 59, no rol das competências do Congresso Nacional, estrutura institucional à qual se irroga o poder legislativo, dando continuidade à ultrapassada visão no sentido de que apenas ao Poder Legislativo se incumbe a competência nomogenética, quando, em verdade, tal visão não mais se coaduna com a complexidade e pluralidade normativa que ensejou o Estado Constitucional, com as influências da socialidade do Estado e a própria flexibilidade do princípio representativo e da sobrelevância do Poder Legislativo como critérios fundamentadores da edição de atos normativos.

Nessa linha de raciocínio, forçoso reconhecer a diversidade dos procedimentos que o próprio Texto Constitucional estabelece para a produção de programas normativos, desde as normas infraconstitucionais denominadas de “emendas à Constituição” até as mais simples formas normativas editadas pela Administração Pública, no exercício do seu poder normativo, ou mesmo até a produção normativa de entidades recentemente permitidas pela Constituição, em caráter independente e sobranceiro em relação ao Legislativo, como sucede com as chamadas agências reguladoras e as normas precárias editadas pelo Executivo sob o regime do artigo 62 da Constituição Federal. Tal diversidade mostra-se fundamental para sustentar-se que o fenômeno do denominado “processo legislativo” não se pode restringir apenas e tão-somente à sistemática imposta ao Legislativo, nos limites das previsões abstratas dos artigos 59 a 69 da Constituição, especificamente no que tange aos ditames procedimentais.

Deve-se assimilar, em outra via de compreensão, ser o processo legislativo um conceito muito mais amplo do que o preconizado pelas normas constitucionais relativas ao Poder Legislativo. Em verdade, é possível perceber na expressão um conceito que engloba não apenas o

DOCTRINA

aspecto puramente técnico-jurídico, atinente aos limites de iniciativa e sua forma de atuação e legitimação, as discussões parlamentares em torno das proposições legislativas, as fases de deliberação no Legislativo ou no Executivo, por meio do exame das possibilidades de veto ou sanção.

“Processo Legislativo” assimila uma conotação de natureza política e sociológica, como já destacava Nelson de Sousa SAMPAIO, embora opondo uma secção questionável entre o aspecto técnico-jurídico e o aspecto substancial do processo legislativo. Dizia o autor que o sentido sociológico do processo legislativo revelava-se no conjunto de fatores reais ou fáticos que põem em movimento os legisladores e ao modo como eles costumam proceder ao realizar a tarefa legislativa.⁶

Sob este aspecto ressairia a importância da teoria dos jogos de poder, as influências e dos interesses, os ritos do *lobby* organizado, as intervenções com vistas à edição das normas. Por seu turno, o aspecto jurídico do processo legislativo, assinala o autor, serviria para destacar a natureza do exercício da tarefa legislativa como item integrativo das pautas do direito processual *lato sensu*. Nessa seara, tem-se em mente a competência de iniciativa, as formas e oportunidades de discussão, alteração e aprovação das proposições (projetos e propostas), os momentos e a forma de manifestação dos participantes dos agentes públicos no processo legislativo.⁷

A distinção e secção absoluta entre as noções de processo e de procedimento, forçoso defender, parte apenas da ultrapassada visão da teoria processual civil em estabelecer uma distinção também superada, a relativa à separação entre direito material e direito processual. Boa doutrina processual, contudo, tem-se manifestado pela impropriedade desta distinção, ressaltando a necessidade da defesa de um processo também substancial, um devido processo substantivo, voltado para os direitos e não para si mesmo, o que ganha corpo diante do fortalecimento da idéia de instrumentalidade do procedimento e da assimilação do processo legislativo como uma esfera pública relevante para a concretização e ampliação das possibilidades do vínculo entre Estado de Direito e Democracia.

Semelhante doutrina pretende, com boas perspectivas, assentar que o processo legislativo se apresenta como esfera pública apta a ensejar

⁶ SAMPAIO, Nelson de Sousa. **O Processo legislativo**. 2.^a ed. rev. e atual. Pelo Prof. Uadi Lamêgo Bulos. Belo Horizonte: Del Rey, 1996.P. 27.

⁷ Ibidem. P. 28.

a ação comunicativa e a manifestação dos discursos com vistas à produção do consenso social, que se representará no programa normativo a ser editado.

Rumo ao que se convencionou de um “Direito Constitucional Processual”, marcado pela idéia de um processo substantivo e voltado para a proteção dos direitos, e indistinto da noção de “Direito Processual Constitucional”, assinala Marcelo CATTONI que “o desafio atual da universalização dos Direitos Fundamentais e da base de legitimidade das decisões políticas, inclusive em face da formação de Comunidades de Direito, de base multicultural, está cobrando, mais uma vez, a devida distinção entre Direito e eticidade. O Direito deve fundar-se tão somente no princípio democrático, não mais compreendido como um mecanismo liberal de decisão majoritária ou a partir de uma pretensa ‘vontade geral’ republicana, mas como institucionalização de processos estruturados por normas que garantam a possibilidade de participação discursiva dos cidadãos no processo de tomada de decisões”.⁸

Nessa linha, o processo legislativo teria a nobre missão constitucional de apresentar-se como uma via aberta à sociedade civil, um momento para as suas manifestações, discussões e intervenções, com vistas a um consenso que se não confunda com a regra da maioria, conforme modelado pelo conceito democrático desenvolvido no Estado Liberal, porquanto necessária a proteção dos direitos fundamentais que os programas normativos editandos devem concretizar, ainda que digam respeito à minoria. O processo legislativo passa a ter um sentido também substancial, ante a tarefa de concretizar, pela hermenêutica do legislador e da sociedade aberta de intérpretes que intervêm na esfera pública do processo, os direitos assegurados na Constituição.

Matéria e forma, embora distintas, interrelacionam-se estreitamente. Nesse sentido, e apenas nesse sentido, é possível por-nos de acordo com KELSEN, para quem “todo ato legislativo é um ato de executar a constituição. Do contrário, a legislação não poderia ser reconhecida como uma função e o legislador como um órgão do Estado”.⁹

Outrossim, impende reconhecer que não procede a distinção entre processo legislativo e do procedimento legislativo apenas sob o enfoque infraconstitucional, decorrente das teorias formais do processo,

⁸ CATTONI, Marcelo. **Direito processual constitucional**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2001. P. 171.

⁹ KELSEN, Hans. **Teoria geral do Direito e do Estado**. Tradução de Luís Carlos Borges. 3.^a ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998. P. 376.

especialmente, as do processo civil. A compreensão que os termos alcançam na esfera infraconstitucional não se mostra adequada a determinar idêntico sentido no plano da Constituição.

Basta dizer que a noção infraconstitucional de processo, em que predominam os conceitos de lide e imutabilidade dos seus efeitos pelo fenômeno da coisa julgada, distanciam-se à toda evidência da noção adequada do procedimento nomogenético. Tal conclusão se corrobora no próprio fato de que os direitos materiais que qualificam o sentido substantivo do processo estão permeados durante todo o *iter*, não se podendo dizer, acertadamente, que a deflagração do processo seja determinativo apenas da formalidade. Ao longo de todo o desenvolvimento do processo legislativo, presentes estarão os discursos da sociedade civil, de forma direta ou por meio de seus órgãos representativos.

Propõe uma distinção entre “processo” e “procedimento” adaptada ao contexto da produção nomogenética Nino OLIVETTI, ao reconhecer que “se vai, ao invés, consolidando a idéia de atribuir à primeira expressão o significado convencional de fenômeno dinâmico da realidade social, que se caracteriza por uma concatenação de atos e de fatos não necessariamente disciplinada pelo direito, começando com a ‘demanda’ da lei e terminando com a ‘decisão’ da lei ou com a rejeição da ‘demanda’ (Predieri). Pelo que toca à segunda expressão, é incontestável que ela indica uma seqüência juridicamente preordenada de atividades de vários sujeitos na busca de um determinado resultado: a formação ou a rejeição da lei. Onde se segue o Processo legislativo (bastante mais complexo) abrange o ‘procedimento legislativo’ (*iter legis*), entendido como uma parte de tal ‘processo’ que está sujeita a normas do ordenamento positivo.”¹⁰

Dessa posição conceitual mostra-se acolhível apenas a distinção entre as expressões em exame, não contudo a sugestiva adoção do critério da demanda legislativa ou do estado de necessidade legislativa, na acepção restrita de carência de normação, porquanto faz com que o conceito de processo legislativo não seja um conceito abrangente das várias hipóteses normativas, inclusive aquelas que se adotam independentemente de qualquer provocação, mas *sponte propria* do órgão estatal competente, como sucede com a legislação de urgência editada

¹⁰ OLIVETTI, Nino. Processo Legislativo. In: BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. **Dicionário de política**. 5.^a ed. Vol. 2. Tradução de Carmen C. Varrialle, Gaetano Lo Mônaco, João Ferreira, Luís Guerreiro Pinto Caçais e Renzo Dini. Brasília: UnB, 2000. p. 966.

pelo Executivo ou mesmo com as normas regulamentadoras da legislação infraconstitucional por parte deste, assim como as normas que são editadas pelos órgãos jurisdicionais.

Ademais, sugere-se a adoção do suplantado conceito de lide, como controvérsia de interesses, que, embora regularmente presente no iter procedimental, não se mostra condição necessária à sua existência. Reitere-se que a pretensão a ser permanentemente assentada no processo legislativo é a da concretização das normas constitucionais, sobretudo aquelas que regulam direitos fundamentais, no sentido de sua eficácia a mais ampla possível e imediata, nos termos do que dispõe o artigo 5.º, §2º, da Constituição Federal.

Criticável também se nos afigura a idéia de que a norma resultante do processo legislativo implique a decisão acabada da sugestiva demanda de lei. Mais uma vez avulta-se o conceito ideológico liberal de que a lei constitui a resposta última às pretensões sociais, o que, em última instância, constitui nota característica, embora não fundamental, do positivismo jurídico, culminando no papel secundário que o Estado Liberal irrogou durante longos anos ao Poder Judiciário, mero aplicador da “decisão” do Legislativo ante as demandas sociais, “*a boca que pronuncia as palavras da lei*”, dizia MONTESQUIEU.

Em verdade, o Estado Constitucional, em face da crescente autonomia que tem reconhecido ao Poder Judiciário, não consente a idéia da lei como decisão acabada pelo Legislativo, presente a noção de que o legislador apenas reduz, mas não em definitivo e de modo acabado, o grau de concretizabilidade e indeterminação das normas constitucionais, delimitando-as, tarefa que somente será aperfeiçoada pelo agir hermenêutico *a posteriori*, especialmente o exercido pelo Judiciário, na apreciação das facetas do caso concreto.

Nessa linha de entendimento, necessário deslocar-se o foco do problema, para então concluirmos que a meta do processo legislativo não é a da mera edição de normas, ou melhor, a de tornar viável, racional e metódica a atuação do Poder Legislativo, o que, de certa maneira, retrata a distorcida visão de que o processo serve ao Legislativo e é um instrumento seu. O fim último do processo não é satisfazer à necessidade de viabilizar um dos poderes do Estado, daí por que sua abrangência conceitual não se pode jungir apenas ao Legislativo, mas sim o de propiciar mecanismos concretizadores das normas constitucionais, que gozam de uma dimensão bem mais ampla.

DOUTRINA

Não há norma no interior do Ordenamento que não deva observar essa orientação, o que se mostra suficiente para afastar a distinção entre normas infraconstitucionais e infralegais, assim como aquilo que se firmou na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal sob o título de inconstitucionalidade reflexa. Qualquer programa normativo que não obedeça à orientação de tornar concreta a Constituição, o que pressupõe a necessária interrelação de adequação entre os programas infraconstitucionais e constitucionais, deve ser retirada do Ordenamento, com as cautelas que a teoria do controle de constitucionalidade tem estabelecido em face do princípio da segurança jurídica.

Necessário também afastar-se, sob este raciocínio, a distinção entre uma hermenêutica constitucional e outra de natureza infraconstitucional, haja vista que a meta há de ser sempre a concretização do programa constitucional, ele próprio carente, em caráter sempre contido, de concretização¹¹.

A lei, por conseguinte, passa a ter um papel instrumental, importante mas secundário em face da Constituição. Portanto, não se pode conceber a idéia de uma supremacia do processo legislativo, como defendeu SAMPAIO.¹² Se podemos falar de um caráter instrumental do processo, este deve destacar que a supremacia é apenas irrogada à norma constitucional, cuja concretização tem no processo legislativo um meio importante, embora não se mostra a única via possível, máxime porque há muito se difunde a idéia de que a inexistência de ato normativo concretizador não se pode interpor como óbice à concretização das normas constitucionais.

Sob o enfoque dessas considerações, a simples expressão “processo”, no sentido da dogmática processualística, se mostra de todo inadequada para retratar o fenômeno previsto na Constituição com vistas à edição dos programas normativos no âmbito do Ordenamento e à sua própria concretização, vez que não reproduz, nem pretende criar uma sistemática de atuação discursiva, em torno das argumentações substanciais na esfera do Legislativo, tema que fica afeto ao jogo político.

¹¹ Sobre a proposição manifesta-se Rodolfo Viana PEREIRA, asseverando que não há distinguir a hermenêutica constitucional da hermenêutica jurídica clássica, ante a absorção desta por aquela. Para o autor “o debate acerca das diferenças entre a Hermenêutica Constitucional e a Hermenêutica Jurídica Clássica perde sua razão de ser. Ora, se não é possível compreender o texto da lei sem a pré-compreensão constitucional, não é possível haver duas Teorias e Práticas Hermenêuticas distintas”. (PEREIRA, Rodolfo Viana. **Hermenêutica filosófica e constitucional**. Belo Horizonte: Del Rey, 2001. P. 121.

¹² SAMPAIO, Nelson de Sousa. op. cit. P. 29.

DOCTRINA

Evidenciado se mostra que o de que cuida o Texto Constitucional, empregando a expressão “processo legislativo” é apenas trazer regramentos mínimos em torno das competências e procedimentos a serem adotados no intuito da edição de programas normativos gerais. Assim sendo, quando o Texto Constitucional assegura, *verbi gratia*, a possibilidade de o Presidente da República vetar um projeto de lei ordinária por julgá-lo contrário ao interesse público nada mais faz do que estabelecer uma competência e um rito, uma competência no sentido da faculdade de impedir (*faculté d’empêcher*, de que falava MONTESQUIEU, ou a *negative voice*, de LOCKE), a par de estabelecer a competência e o momento adequado à intervenção executiva no processo legislativo, faculdade que constitui apanágio do regime republicano brasileiro sob os influxos da doutrina norte-americana, em especial.

Sem embargo, não traz o Texto Constitucional, sob o simples título do “processo legislativo”, critérios objetivos, metódicos e racionais, que disciplinem a “decisão” a ser adotada pelo Executivo no momento do veto jurídico (que alguns autores insistem em distinguir de um chamado “veto político”, como se fosse o princípio do interesse público critério ajurídico ou injurídico, ou como se fosse mesmo possível uma dissociação absoluta, no plano do agir hermenêutico constitucional, entre o político e o jurídico).

Em outros termos, o sentido material, que não se pode deixar de reconhecer mesmo no tocante ao aspecto estritamente procedimental, não se esgota neste nem na amplitude do processo legislativo. Nem se pode dizer que as normas de processo ou procedimento sejam absolutamente formais. Forma e substância se imbricam de tal forma que despicienda se afigura, não apenas do ponto de vista acadêmico, a distinção entre processo e procedimento. A conclusão se mostra compreensível se adotado o conceito de atribuição de competências aos atores responsáveis constitucionalmente pela edição dos programas normativos, competências e faculdades que são a um tempo formais e materiais, ambas integradas no mesmo *iter*.

Igual demonstração da interconexão entre valores substantivos e procedimentos no seio do processo legislativo se encontra na fase de iniciativa, que para aqueles que estabelecem uma distinção absoluta entre processo e procedimento poderiam vê-la como simples forma. Verdadeiramente, mesmo a fase de iniciativa do processo legislativo acha-se extremamente imbuída de uma influência sociológica e política, integrando-se ao jurídico. Relembre-se, por oportuno, o caso da legislação

regulamentadora do artigo 37, inciso XI, da Constituição Federal, cuja edição acha-se limitada à iniciativa do Chefe do Poder Executivo federal, a teor do disposto no artigo 61 da Constituição.

A primeira lei ordinária editada neste tocante somente se tornou possível ante a declaração de omissão inconstitucional do Presidente da República em propor o competente projeto de lei regulamentadora, resultado das pressões das entidades sindicais organizadas do serviço público e o controle do Supremo Tribunal Federal quando à necessidade da concretização da competência de iniciativa reservada ao Executivo. Mais uma vez confirma-se a necessidade de perceber-se o processo legislativo como esse rol de competências estabelecido pela Constituição, marcado por critérios formais e materiais que se interrelacionam e tornam possível a edição dos programas normativos admitidos também por normas competenciais.

3.2.O processo legislativo como um conjunto sistêmico de regras permissivas hipotéticas problemáticas (que conferem competências ou poderes)

Para a qualificação das normas do processo legislativo como regras permissivas ou que conferem poderes, partiremos da elaboração taxionômica das normas jurídicas desenvolvida por Manuel ATIENZA, na obra *Las Piezas del Derecho*. Destaca o constitucionalista espanhol que as regras que conferem poderes possuem uma estrutura (**aspecto estrutural**) diversa das normas deontológicas ou regulatórias, como o são, *verbi gratia*, as normas definidoras de direitos fundamentais. O antecedente das normas que conferem poderes integra-se de dois elementos: um estado de coisas no qual aparecem fatos que podem ser naturais ou institucionais e uma ação que também pode ser natural ou institucional. Seu conseqüente não se apresenta como um operador deôntico (impositivo de uma ação, base de um mandamento), mas sim um tipo de fato institucional que se pode chamar de resultado institucional ou resultado normativo.¹³

Nesse sentido, ante a necessidade de produção normativa e concretização programática da Constituição, estabelecida como fim, exsurge o imperativo hipotético da observância das regras constitucionais do processo legislativo, o que embasa a própria natureza normativa das competências estabelecidas pelo Poder Constituinte originário para

¹³ ATIENZA, Manuel. op. cit. P. 60-61.

DOCTRINA

esse mister. Pretendendo-se cumprir o mandamento de concretização das normas constitucionais pela via da legislação infraconstitucional, devem-se observar as regras do processo, cujo exercício pode ser de caráter facultativo ou obrigatório, conforme a previsão constitucional.

Seguindo a linguagem de ATIENZA, as regras do processo legislativo poderiam ser enunciadas abstratamente do seguinte modo: se se dá o estado de necessidade legislativa **X** e o Legislador ou o partícipe-legislador **Z** realiza as regras concernentes ao processo legislativo e exercita as regras de competência legiferante nele inseridas, então produz-se um resultado institucional ou normativo **Y**, conforme as categorias legislativas permitidas também pelo Constituinte.

Segundo ATIENZA, embora as regras que conferem poderes não se confundam as normas deontológicas ou regulatórias, não perdem, contudo a sua natureza de guia ou motivação das condutas humanas (**aspecto funcional**). Assinala o autor que “en el caso de las reglas que confieren poder, la motivación de la conducta tiene lugar de una manera indirecta (o, como dice RAZ, indeterminada): no dicen directamente cómo debemos comportarnos en determinadas circunstancias, sino cómo podemos obtener el resultado normativo X”.¹⁴

Tal aspecto também já havia sido destacado por HART, ao dizer que “uma lei conferindo poderes legislativos a uma autoridade legislativa subordinada exemplifica analogamente um tipo de regra jurídica que não pode, sem distorção, ser assimilada a uma ordem geral. Neste caso também, tal como no exercício de poderes pelos particulares, a conformidade com as condições especificadas pelas regras que conferem os poderes legislativos constitui um passo semelhante ao de um ‘movimento’ num jogo como o xadrez; tem conseqüências, passíveis de definição nos termos das regras, para cuja realização o sistema confere capacidade às pessoas. A legislação é um exercício de poderes jurídicos operativo ou eficaz quanto à criação de direitos e deveres jurídicos. A não conformidade com as condições da regra capacitadora torna o que se faz ineficaz e, portanto, um ato nulo para esta finalidade”.¹⁵

ATIENZA percebe as regras que conferem poderes, categoria em que se inserem as normas do processo legislativo, como imperativos

¹⁴ Ibidem. P. 67.

¹⁵ HART, Herbert Lionel Adolphus. **O Conceito de Direito**. 2.^a ed. Tradução de A. Ribeiro Mendes. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian. 1994. P. 38-39.

DOCTRINA

hipotéticos, no que se diferenciam das normas deônticas ou regulatórias, que constituem imperativos categóricos, válidos e eficazes por si mesmos. As regras do processo legislativo, nesse sentido, indicam sua observância limitada a um aspecto teleológico evidente, a busca da realização de uma finalidade específica, qual seja, a edição de um ato normativo conseqüente.

Leiamos o autor: “Resumiendo lo esencial de nuestra visión de las normas de mandato, de las reglas que confieren poder, de las reglas puramente constitutivas y de las definiciones, desde la perspectiva de las razones para la acción, podría decirse lo siguiente. Las primeras, las normas de mandato, operan en el razonamiento práctico como imperativos categóricos, pues para quien acepta tales normas (por ejemplo, la que ordena al juez imponer tal pena em caso de asesinato), ello es una razón suficiente para actuar conforme a esa norma (y siempre y cuando, naturalmente, se den las condiciones de aplicación de la misma). Las reglas que confieren poderes (y, en su caso, las reglas puramente constitutivas) dan lugar, por el contrario, a imperativos simplemente hipotéticos: constituyen razones para actuar siempre y cuando el sujeto de la misma pretenda alcanzar un determinado fin (un determinado resultado normativo). Y las definiciones no son razones para actuar, sino criterios que nos permiten entender (o identificar) las normas (las razones para la acción)”.¹⁶

A distinção entre imperativos categóricos e hipotéticos foi desenvolvida por KANT, na *Metaphysik der Sitten*. Dizia o filósofo de Königsberg que “imperatives are only formulas to express the relation of objective laws of all volition to the subjective imperfection of the will of this or that rational being, e.g. the human will. Now all imperatives command either hypothetically or categorically. The former represent the practical necessity of a possible action as means to something else that is willed (or at least which one might possibly will). The categorical imperative would be that which represented an action as necessary of itself without reference to another end, i.e., as objectively necessary”.¹⁷

Nas lições de Joaquim Carlos SALGADO, “quando o princípio objetivo se condiciona a um fim, à guisa de uma relação de meio e fim, o imperativo chama-se hipotético. O fim a que se refere o imperativo

¹⁶ ATIENZA, Manuel. op. cit. P. 69.

¹⁷ KANT, Immanuel. **Fundamental principles of the metaphysic of morals**. Translated by T. K. ABBOTT. New York: Prometheus, 1988. P. 41-42.

DOCTRINA

pode ser ‘possivelmente’ almejado por alguém ou ‘naturalmente’ desejado por todos. No primeiro caso, é chamado imperativo problemático e, no segundo, asertório. Uma outra classe de imperativo é a do categórico que, em oposição ao hipotético, é um princípio objetivo que ordena uma ação incondicionalmente, porque boa em si mesma, sem relação com outro fim, senão com ela mesma. O imperativo que define uma tal ação, que é boa em si mesma (não condicionada a um fim) e que deve ser praticada necessariamente por todo ser racional, é o imperativo categórico, que não é apenas possivelmente querido por alguém, nem naturalmente almejado por todos, mas necessariamente querido por todo ser racional, enquanto racional. Por isso e também um imperativo apodíctico”.¹⁸

O aspecto teleológico do processo legislativo também é reconhecido por José Afonso da SILVA, para quem “toda idéia de processo é essencialmente teleológica, visto que aponta para u’a meta de chegada. No processo de formação das leis, essa meta de chega é exatamente o ato legislativo geral, abstrato, obrigatório e modificativo da ordem jurídica preexistente. Meta essa que se consegue atingir através de um conjunto de atos processuais legislativos, em que intervêm várias pessoas ou órgãos estatais ou particulares na conformidade do regime constitucional vigente. Entre esses órgãos se destacam, no Estado contemporâneo, as Câmaras Legislativas com a cooperação do Poder Executivo e, entre nós, também do Poder Judiciário”.¹⁹

Também CANOTILHO, que prefere utilizar-se da expressão “procedimento legislativo”, destaca tal perspectiva, ao ensinar que se trata da “sucessão de série de actos (ou de fases, consoante a posição doutrinal respeitante à natureza de procedimento) necessários para produzir um acto legislativo. A lei é o acto final do procedimento”.²⁰

Por fim, destaca ATIENZA o carácter social (**aspecto social**) das regras que conferem poderes, na medida em que atribuem a determinados legitimados a competência para intervir na seara dos direitos em geral, delimitando-os em nome da concretização constitucional. Com elas podem esses legitimados não apenas fazer introduzir no Ordenamento

¹⁸ SALGADO, Joaquim Carlos. **A Idéia de justiça em Kant**. Seu fundamento na liberdade e na igualdade. Belo Horizonte: UFMG, 1995. P. 208.

¹⁹ SILVA, José Afonso da. **Princípios do processo de formação das leis no Direito Constitucional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1964. P. 27.

²⁰ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da Constituição**. 3.^a ed. Coimbra: Almedina, 1999. p. 807.

regras outras, como alterá-las ou revogá-las, total ou parcialmente, adscrevendo direitos ou obrigações etc.

Diz ATIENZA que “las normas permisivas, por el contrario, imponen prohibiciones de interferencia a los demás; garantizan, así, que cada agente pueda perseguir sus intereses – individuales o colectivos – sin interferencia ajena; y las reglas que confieren poder posibilitan a los agentes modificar, dentro de ciertos límites, su posición normativa o la de otros e influir así em sus propios o en los de los demás”.²¹ Nesse sentido, distinguem-se das normas deônticas, que trazem delimitações e concretizações das normas constitucionais de forma direta aos destinatários dessas e não aos outros.

3.3.A justificativa eleitoral conforme a regulamentação editada pelo Tribunal Superior Eleitoral e sua ilegitimidade ante a ausência de norma constitucional que confira a este poderes nomogenéticos: examinando o aspecto competencial

Assumindo as normas que regulam o processo legislativo infraconstitucional e infralegal como imperativos hipotéticos, dotados de sentido teleológico, impende destacar, de início, a falta de uma irrogação específica de poderes normativos ao Tribunal Superior Eleitoral, não obstante a pletora de atos normativos inovadores e originários que tem sido editada a cada período eleitoral por esta Corte especializada, circunstância que finda por invalidar a própria figura da justificativa eleitoral, no plano da legislação infralegal por aquela editada.

Como já sustentamos em outra oportunidade, a Constituição Federal somente reservou ao Presidente da República, em caráter privativo (artigo 84, inciso IV), poderes para expedir decretos e regulamentos para a fiel execução das leis.

Relegado ao ostracismo pela Doutrina Eleitoral, o que se constata pela escassez absoluta de estudos versando os seus fundamentos e princípios, o poder normativo do Tribunal Superior Eleitoral ganhou foros de modernidade haja vista a decisão dessa Corte que, ao editar ato regulamentador (Resolução n.º 20.993, de 26.2.2002, art. 4.º, §1º) de norma infraconstitucional (Lei Federal n.º 9.504/97, art. 6.º), definiu os critérios por meio dos quais as agremiações partidárias poderiam associar-se entre si, fenômeno que, sugestivamente, se convencionou denominar de verticalização das coligações partidárias.

²¹ ATIENZA, Manuel. op. cit. P. 75.

DOCTRINA

Agravado pela posição expressa do Senado Federal consubstanciada na aprovação de projeto de decreto legislativo (SF PDS n.º 6/2002, de autoria do Senador Renan Calheiros), que visa declarar a exorbitância do poder regulamentar do TSE na espécie, a par da proposta de Emenda Constitucional que, em outra via normativa, guarda idêntico objetivo (SF PEC n.º 4/2002, de autoria do Senador Bernardo Cabral), e também da discussão de inconstitucionalidade do ato que junto ao Supremo Tribunal Federal diversos partidos propuseram (ADI n.º 2626, Relator Min. Sydney Sanches), o acalorado debate que se suscitou acerca da matéria, afastado qualquer juízo sobre o acerto ou o desacerto da decisão tribunalícia, apenas vem pôr em evidência um assunto que há muito está a merecer o exame mais amplo por parte da comunidade jurídica, a saber, qual o fundamento e quais os limites do próprio poder normativo do Tribunal Superior Eleitoral.

Diferentemente do que ocorreu com a Justiça do Trabalho (art. 114, §2º, CF/88), o Poder Constituinte de 1988 não irrogou ao Tribunal Superior Eleitoral qualquer competência para “estabelecer normas”, tirante a limitada e exaurida hipótese de regulamentação do plebiscito de 21 de abril de 1993, por meio do qual se definiram a forma e o sistema de governo (art. 2.º, caput e §2º, do ADCT c/c artigo único da EC n.º 2/92).

Muito pelo contrário, o Texto Constitucional cuidou de restringir ao Presidente da República, em caráter privativo, a competência para expedir normas regulamentadoras para a fiel execução das leis editadas no âmbito do processo legislativo federal (art. 84, IV, CF/88), sem distinção de qualquer espécie, no que se deveriam incluir as normas de cunho eleitoral (Lei 9.504/97, Lei 9.096/95, LC 64/90 et cetera), limitada a atuação normativa dos Tribunais à elaboração de seus regimentos internos, à competência dos seus órgãos jurisdicionais e administrativos, à organização de suas secretarias e serviços auxiliares e os dos juízos que lhe forem vinculados (art. 96, I, a e b, CF/88).

Por outro lado, o artigo 21, inciso IX, do Código Eleitoral Brasileiro vigente (Lei 4.737, de 15.7.1965) dispõe sobre a competência privativa do TSE para “expedir as instruções que julgar convenientes à execução deste Código”. Tal atribuição legal constitui, em verdade, cômoda reprodução do artigo 14, item 4, do Código Eleitoral de 1932 (Decreto n.º 21.076, de 24.2.1932), que, ao instituir a Justiça Eleitoral, concedeu ao TSE o poder de “fixar normas uniformes para a aplicação das leis e regulamentos eleitorais, expedindo instruções que entenda necessárias”, disposição competencial que se repetiu no Código Eleitoral de 1950 (Lei n.º 1.164, de 24 de julho de 1950, art. 12, alínea t).

DOCTRINA

Ocorre, porém, que tal dispositivo do Código Eleitoral vigente acha-se eivado do vício de inconstitucionalidade desde o momento da sua edição, ocorrida ainda ao tempo da Constituição de 1946, malferitório que era de pelo menos duas das disposições deste Texto Constitucional: a) o artigo 87, I, que irrogava privativamente ao Presidente da República a competência para sancionar, promulgar e fazer publicar as leis e expedir decretos e regulamentos para a sua fiel execução (correspondente ao artigo 84, IV, CF/88), e b) o artigo 36, §2º, que categoricamente vedava a qualquer dos Poderes delegar atribuições.

A proibição de delegação de funções por parte dos órgãos de Estado, a propósito, constitui norma reproduzida em todas as nossas constituições republicanas, à exceção do inócuo Texto de 1937. Já em 1902, em comentários à Constituição de 1891, João Barbalho dizia: “... a Constituição não permite a nenhum dos poderes o arbítrio de delegar a outro o exercício de qualquer de suas atribuições. Quando por exceção alguma d’estas precisa ser exercida por poder diverso (a Constituição não o esquece), disposição especial ha a esse respeito...”.²²

Se a Constituição de 1946 já constituía motivo suficiente para se afastar aplicação ao inciso IX do artigo 21 do Código Eleitoral, com mais veemência interpõe-se nesse sentido o Texto Constitucional de 1988, que não se limita à genérica vedação de delegação legislativa (tirante algumas hipóteses), indo muito além disso, para proibir a edição de qualquer norma delegada que verse sobre direitos políticos, partidos políticos e direito eleitoral (arts. 62, §1º, I, a, e 68, inciso II, *in fine*, CF/88). Uma vez que a competência normativa derivada (regulamentadora) foi irrogada pela Constituição de 1988 privativamente ao Presidente da República (art. 84, IV, CF/88), de forma que, na órbita federal, qualquer atuação do poder regulamentar que não advenha do Chefe do Executivo Federal desprestigia as regras daqueles dispositivos constitucionais, abalando as estruturas do princípio da separação dos poderes e os demais princípios fundamentais que sustentam o Estado Constitucional.

Não é outra a razão por que a Constituição Federal, ao regular a competência exclusiva do Congresso Nacional para suspender atos que decorram de exorbitância do poder regulamentar ou da delegação legislativa, limitou-a ao Poder Executivo (art. 49, inciso V, CF/88). Em face da norma constitucional, se houvesse amparo constitucional para o

²² BARBALHO, João. *Constituição Federal Brasileira*. Comentários. Rio de Janeiro : Litho-Typographia, 1902.

DOCTRINA

chamado poder normativo do TSE, faleceria competência ao Congresso Nacional para controlá-lo, à falta de disposição específica.

Contudo, como a questão diz respeito aos fundamentos constitucionais do poder regulamentar do TSE e não propriamente aos limites de seu exercício, restrita a competência ao Chefe do Poder Executivo, a eventual atuação do Legislativo em sustar os atos normativos editados por órgão que não detém competência legislativa regulamentar — que, em última instância, fere a própria competência do Congresso —, apóia-se não no artigo 49, V, CF/88, mas sim o artigo 49, XI, que dispõe acerca da legitimidade do Congresso para “XI - zelar pela preservação de sua competência legislativa em face da atribuição normativa dos outros Poderes.”

No que diz respeito à justificativa eleitoral, por conseguinte, o problema central não se restringe ao estudo dos limites do poder nomogenético do Tribunal Superior Eleitoral para, mediante resolução, regulamentar o instituto e mesmo ampliar as suas possibilidades, como ocorre, mas diz respeito, em verdade, à falta original de competência para tanto. Não se cuida do estudo dos limites do exercício do imperativo hipotético decorrente das normas do processo constitucional legislativo, mas sim da inexistência desse imperativo, que não confere poderes normativos ao Tribunal.

Inviável, por conseguinte, a tese de que o inciso IX do artigo 21 do Código Eleitoral teria sido recepcionado pela Constituição de 1988 como Lei Complementar, a vigorar até a edição da norma de que trata o artigo 121, caput, CF/88 — tese já encampada pelo e. TSE (Acórdão 12641, RJTSE, V. 8, T. 1, P. 283), vez que pressuposto irrefragável da teoria constitucional da recepção é a consonância da norma infraconstitucional pretérita com a ordem jurídica que a Constituição inaugura. Se pretendesse o Poder Constituinte Originário irrogar a qualquer Tribunal Federal competência normativa, tê-lo-ia feito *expressis verbis*, como se deu no caso do Tribunal Superior do Trabalho, ao qual a Constituição declarou o poder de editar normas (art. 114, §2º) e assegurou que lei posterior disporia mais especificamente sobre sua competência (art. 111, §3º), e como também ocorreu com o próprio TSE, na regulamentação estrita do artigo 2.º do ADCT. Recusável, pois, a possibilidade de Lei Complementar (ou norma assim recepcionada) atribuir competência à Justiça Eleitoral já reconhecida a outro órgão, como é o caso do poder regulamentar dado *privativamente* ao Presidente da República.

DOCTRINA

A propósito do tema, o excelso STF teve a oportunidade de declarar inconstitucional dispositivo do Código Eleitoral que, distinguindo entre matérias comuns e eleitorais, reconhecia (e ampliava) ao TSE competência destinada a outro órgão estatal. Foi o que se deu com o artigo 22, I, *e*, do Código Eleitoral, que fixava a competência do TSE para julgar mandado de segurança contra atos do Presidente da República versando matéria eleitoral, definindo que a competência constitucional de igual natureza dada ao STF (art. 119, I, *i*, CF de 1967/69) se circunscrevia a assuntos de Direito comum e não de Direito eleitoral.

No julgamento do MS n.º 20409-DF, contudo, o excelso STF declarou inconstitucional *inter partes* a citada norma codificada, considerando que “o artigo 137 da Carta Política [CF 67/69] ao dispor que cabe à lei estabelecer a competência dos órgãos da Justiça Eleitoral, pressupõe que não haja invasão da competência privativa maior...”. (MS 20409, 31.08.93, DJ 03.08.84). Em face disso, o dispositivo teve a sua eficácia suspensa pelo Senado Federal (Resolução SF 132, de 7.12.1984).

Idêntico raciocínio fundamenta a dissonância da figura do poder normativo geral do TSE com os regramentos constitucionais vigentes. A uma, porque não se poderia distinguir entre um poder normativo em matéria comum e outro em matéria eleitoral, ambos situados na competência privativa do Chefe do Executivo Federal (art. 84, IV, CF/88); a duas, porque a Lei Complementar de que trata o caput do artigo 121 da Constituição não poderia irrogar ao TSE competência privativa assinalada a outro órgão de poder, na mesma linha do precedente da Suprema Corte Nacional.

Na esteira dessa conclusão, padece de ilegitimidade constitucional a disposição constante do artigo 105 da Lei n.º 9.504/97, segundo o qual “até o dia 5 de março do ano da eleição, o Tribunal Superior Eleitoral expedirá as instruções necessárias à execução desta Lei, ouvidos previamente, em audiência pública, os delegados dos partidos participantes do pleito.” Tal regramento gera um complicador adicional, pois, ao mesmo tempo que confere poder regulamentar ao TSE, ignora igual competência atribuída constitucionalmente ao Presidente da República, o que pode gerar a curiosa situação de se editarem dois regulamentos à execução da mesma norma, um do Executivo, outro do Tribunal. E é o que ocorreu, quando o Presidente, a par das inúmeras normas regulamentadoras editadas pelo TSE (como a que tratou das coligações partidárias), editou o Decreto n.º 3786, de 10.4.2001, regulamentando o art. 99 da Lei n.º 9.504/97, para os efeitos de ressarcimento fiscal pela propaganda eleitoral gratuita.

DOCTRINA

Em verdade, a prevalência de um duplo poder normativo regulamentar em matéria eleitoral instaura, à margem do Texto Constitucional, competência normativa concorrente sobre assunto que a Constituição diz tratar-se de competência privativa (art. 84, caput, CF/88). Se fosse correto o entendimento que recepciona constitucionalmente o artigo 21, IX, do Código Eleitoral como norma complementar, das duas uma: ou o decreto presidencial citado é inconstitucional, vez que editado no âmbito de competência privativa do TSE, ou são inconstitucionais as normas regulamentares editadas por essa Corte, vez que inseridas no âmbito de competência privativa do Chefe do Executivo Federal. A dicção expressa do artigo 84 da Constituição não nos permite vislumbrar outro horizonte hermenêutico além deste. A norma do processo nomogenético que confere poderes ao Presidente não pode ser compartilhada com o Tribunal.

Enfim, se em matéria de partidos políticos, direitos políticos e eleitorais não se admite nem mesmo a edição de atos normativos primários (leis delegadas e medidas provisórias), o que não dizer de regras advindas do poder regulamentar, como a grande maioria das resoluções editadas pelo egrégio TSE (natureza que, a propósito, já reconheceu esse Tribunal em diversos arestos: Acórdão 6477, Boletim Eleitoral, V. 326, T. 1, Página 495; Acórdão 398, RJTSE, V. 12, T. 1, P. 68; Acórdão 10859, Boletim Eleitoral, V. 465, P. 560).

Desse modo, o debate que está a merecer o pronunciamento do excelso STF não é o de se o ato regulamentar do TSE que cuida da justificativa eleitoral — controvérsia que não prosperará, haja vista a remansosa jurisprudência da excelsa Corte, manifestada inclusive em precedentes sobre resoluções da Corte Superior Eleitoral, no sentido de não admitir controle de constitucionalidade de ato regulamentar executório (regulamento de execução) em sede de Ação Direta de Inconstitucionalidade. A discussão de fundo deve ser, portanto, se o e. TSE, na nova ordem constitucional, dispõe de um legítimo poder normativo regulamentar em termos de legislação eleitoral, ou se este se limita à esfera competencial privativa do Chefe do Executivo Federal.

Nossa hipótese é a de que o normativo constitucional não confere tal legitimação nomogenética ao Tribunal, nem mesmo pela via indireta da regulação complementar advinda do Código Eleitoral, razão por que a figura da justificativa eleitoral, tal qual regulada pelo TSE, não encontra sustentáculo nas normas constitucionais que conferem poderes normativos.

3.4.A justificativa eleitoral conforme a regulamentação editada pelo Tribunal Superior Eleitoral: examinando o aspecto meritório

O instituto da justificativa eleitoral aplicável às últimas eleições acha-se regulado pelo Código Eleitoral, de forma genérica, e, de forma específica, pela Resolução TSE n.º 20.998, de 26 de fevereiro de 2002, cujos artigos 1.º e 2º dispõem sobre a faculdade dada ao eleitor que se acha fora de seu domicílio eleitoral e não puder votar nas eleições de apresentar justificação ante seções eleitorais próprias, mesas receptoras de justificativas ou perante ambas, designadas pelos Tribunais Regionais Eleitorais ou pelos juízes eleitorais, tanto no primeiro quanto no segundo turno das eleições.

Embora se cuide de norma temporária, cuja vigência se expira com o término do segundo turno de votação, o fato é que a regulamentação advinda do Tribunal Superior Eleitoral tem-se repetido ao longo dos pleitos eleitorais, como sucedeu nas eleições municipais de 2000, quando foi editada a Resolução TSE n.º 20.653/2000, que versava a mesma matéria.

O fato, porém, de termos uma norma jurídica regulamentadora da matéria sob consulta não nos impede de suscitar alguns aspectos relevantes acerca de sua constitucionalidade e legalidade. O princípio da legalidade, de assento constitucional (art. 37, CF/88), dispõe, segundo Celso Ribeiro BASTOS, que, com relação à Administração, não há princípio de liberdade nenhum a ser obedecido. É ela criada pela Constituição e pelas leis como mero instrumento de atuação e aplicação do ordenamento jurídico. Assim sendo, cumprirá melhor o seu papel quanto mais atrelada estiver à própria lei, cuja vontade deve sempre prevalecer. Embora a Administração muna-se de agentes humanos, de cujo processo intelectual e volitivo vai valer-se para poder manifestar um querer seu, a verdade é que nesse campo os processos psíquicos humanos não são prestigiados enquanto titulares de uma liberdade que se quer ver respeitada, mas tão-somente enquanto instrumentos da realização dos comandos legais que não poderiam evidentemente passar do seu nível abstrato normativo para o concreto, senão por intermédio de decisões humanas.²³

²³ BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Saraiva, 1994. p. 25

DOUTRINA

Segundo Neil HAWKE e Neil PAPWORTH, tem havido um grande número de tentativas de definir a legalidade (*rule of law*), sendo que uma das mais conhecidas dessas tentativas foi a de A V Dicey, descrita em *THE LAW OF THE CONSTITUTION* (1885). Para Dicey, a legalidade requer o reconhecimento da predominância do direito regular (em oposição aos poderes arbitrários ou excessivamente discricionários) e a igualdade diante da lei. Em essência, pois, a legalidade requer que exista um governo que esteja jungido ao direito e que evite a ação arbitrária (*One of the best-known definitions is that of Professor A V Dicey contained in his famous book The Law of the Constitution, published in 1885. He considered that the Rule of Law requires the recognition of the predominance of the regular law (as opposed to arbitrary or wide discretionary powers), equality before the law and that the British constitution is the product of the ordinary law. In essence, therefore, the Rule of Law requires that there should be government according to law and an avoidance of arbitrary action*).²⁴

Com base no princípio da supremacia da regra normativa é que se formulou a teoria *ultra vires* (teorias das nulidades), cujo âmbito cobre não apenas o abuso de poder substantivo e as infrações procedimentais, mas também os deveres dos agentes públicos e quaisquer poderes discricionários que lhe possam ser confiados. Nesse sentido, a aplicação mais direta e indiscutível do princípio *ultra vires* ocorre quando um agente público ou um órgão público age sem ter poderes para tanto, conforme ensinam Peter LEYLAND e Terry WOODS.²⁵

A eficácia do princípio constitucional da legalidade, no âmbito da Administração Eleitoral, se acentua ainda mais, diante da previsão expressa do artigo 30, inciso XVI, do Código Eleitoral, segundo o qual compete, privativamente, aos Tribunais Regionais Eleitorais cumprir e fazer cumprir as decisões e instruções do Tribunal Superior Eleitoral.

Há de reconhecer-se, porém, que, acima do princípio da legalidade, está o princípio da constitucionalidade, de que fala Nicholas EMILIOU, *verbis*: "*The Grundgesetz is the suprema law of the land and not merely a political document for the guidance of the state organs. It binds all state institutions and any violation of it may be subject of litigation before the courts which can make an authoritative pronouncement [...]*

²⁴ HAWK, Neil & PAPWORTH, Neil. *Introduction to administrative law*. London: Cavendish, 1996. p. 2.

²⁵ LEYLAND, Peter & WOODS, Peter. *Administrative law*. 2nd. edition. London: Blackstone, 1997, p. 156.

DOUTRINA

*Normally, is a state governed by the rule of law there would be situations where the constitution operates directly, in so far as the rule of law requires a legislative basis for administrative action. To the extent that legislation is consistent with the constitution, any administrative action which violates the constitution must also violate the legislation on which the latter is based because no constitutional legislation can authorize an unconstitutional action".*²⁶

Com fundamento no princípio da constitucionalidade (ou da supremacia da constituição), embora as ponderações devam ser recebidas com reservas, porquanto superado o dogma da inconstitucionalidade como nulidade da norma decretada inconstitucional, ante a possibilidade de a norma inconstitucional produzir efeitos no período anterior ao reconhecimento da inconstitucionalidade, Ronaldo POLETTI afirma:

O importante está em que a lei inconstitucional não é lei, portanto, ela não obriga, porque ninguém é obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa, senão em virtude de lei. Diante dela não cabe a lição de Sócrates, ao assumir a defesa das normas tradicionais da Pólis, respeitando a lei humana e reclamando o seu cumprimento, mesmo quando ela o faz morrer de modo injusto.

As leis, na Antiguidade, eram sagradas. Platão dizia que obedecer às leis é obedecer aos deuses. Antes de Sócrates, já se escrevera sobre o rochedo de Termópilas: ‘Viajante, vai dizer a Esparta que alguém morreu aqui por obediência às suas leis’. Desobedecer às leis equivalia ao sacrilégio. É clássica a lição de Sócrates, relatada por Platão, no Críton. Críton propõe a fuga do grande filósofo para evitar a execução da sentença de morte, mas Sócrates argumenta com os valores da lei expressa da vontade dos atenienses e na importância de cumpri-la.

A lei a ser respeitada e cumprida, em quaisquer circunstâncias, é a Constituição, não a que a desrespeita.²⁷

Tem decidido o Tribunal Superior Eleitoral que suas resoluções, uma vez que se assemelham aos atos regulamentares editados pelo Poder Executivo (art. 84, inciso IV, da Constituição Federal), se revestem da natureza de atos normativos, detentores da mesma eficácia da norma legal que regulamentam. Sobre o tema, *in verbis*: “133. Força legal

²⁶ EMILIOU, Nicholas. *The principle of proportionality in european law*. A comparative study. Great Britain : Kluwer, 1996, p. 47.

²⁷ POLETTI, Ronaldo. *Controle da constitucionalidade das leis*. 2.^a edição. Rio de Janeiro : Forense, 1995, p. 129.

DOCTRINA

impositiva têm as Resoluções do Tribunal Superior Eleitoral, tanto que a ofensa ao que nelas se dispõe é fundamento para recurso ou mandado de segurança ‘quando surtirem efeitos concretos contra os impetrantes, causando-lhes prejuízo’ (TSE, Ac. n.º 10.859, Rel. Min. SANCHES, DJU 13.out.89; Ac. n.º 10.871, rel. Min. VILAS BOAS, DJU 6.out.89). Com elas, expede o Tribunal as instruções que julgar convenientes à execução do Código Eleitoral, ou julga os litígios e controvérsias de natureza judicial (Cód. El., arts. 23, IX e 22). Os Tribunais e Juízos inferiores lhes devem cumprimento imediato (Cód. El. art. 21). 134. As Resoluções são decisões, administrativas ou judiciais, que têm por função dar eficácia legal e eficácia social às normas constitucionais e legais eleitorais...”.²⁸

Também explicitou esse entendimento o Tribunal Superior Eleitoral, quando da apreciação do Recurso Especial n.º 6477/78-PA, in verbis: “AS RESOLUÇÕES DO TRIBUNAL SUPERIOR ELEITORAL TÊM CARÁTER NORMATIVO, E, CONSEQUENTEMENTE, NÃO PODEM SER REVISTAS OU DESOBEDECIDAS PELOS TRIBUNAIS REGIONAIS ELEITORAIS. RECURSO CONHECIDO E PROVIDO PARA DETERMINAR O REGISTRO DO CANDIDATO AO SENADO...”. (REsp n.º 6477/78-GO, BEI n.º 326/1/495).

É sabido, porém, que o Direito Brasileiro não admite, via de regra, ao contrário do que se registra no Direito Francês, os denominados regulamentos autônomos, mas apenas e tão-somente os regulamentos de execução.

Em comentários ao artigo 84, inciso IV, da Constituição Federal, que se aplicam à perfeição à competência regulamentar do Tribunal Superior Eleitoral, assinala Ives Gandra MARTINS: "Cumpridos todos os procedimentos necessários para a inserção da lei no ordenamento jurídico, compete ao Presidente da República, na qualidade de titular do Poder Executivo, expedir os decretos e regulamentos necessários para a fiel execução da lei. Os decretos e regulamentos configuram atos do poder executivo estabelecidos com o objetivo de dar cumprimento às disposições contidas nas leis. Têm como limite a própria lei, não podendo contrariá-la nem ir além do que ela permite."²⁹

²⁸ JARDIM, Torquato. *Direito Eleitoral Positivo*. Brasília: Brasília Jurídica, 1996. p. 98.

²⁹ MARTINS, Ives Gandra. *Comentários à constituição do Brasil*. 4.^a volume. Tomo II. São Paulo: Saraiva, 1997. p. 280.

DOCTRINA

Na mesma esteira percorre Luís Roberto Barroso, *verbis*:

É igualmente nota essencial do Estado democrático de direito a submissão de todas as atividades dos cidadãos e dos órgãos públicos a normas gerais preexistentes. Tal peculiaridade recebe a designação de princípio da legalidade. Na sua aplicação aos particulares, o princípio traduz-se em que ‘ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei’, na locução clássica abrigada no inciso II do art. 5.º da Carta de 1988. Inversamente, no que toca à Administração Pública, seus órgãos e agentes, o princípio tem significado simétrico: só se pode fazer aquilo que a lei autoriza ou determina. A nova Constituição também abrigou a regra (art. 37, caput).

Pois é de tal circunstância que decorre a distinção fundamental ao ângulo material, entre a lei e o regulamento. Um e outro, é certo, são atos normativos, de caráter geral e impessoal. Mas somente a lei — e não o regulamento — pode inovar na ordem jurídica, modificando situação preexistente. Sempre a lei, e jamais o regulamento, será a via legítima de se criarem obrigações para os particulares. A doutrina de primeira linha é indiscrepante na matéria. Confirme-se:

‘(Regulamentos) não acarretam, não podem acarretar qualquer modificação à ordem jurídica vigente’ (Seabra Fagundes)

‘O Regulamento brasileiro não inova na ordem jurídica’ (C. Mário Veloso), ob. e loc. cit. P. 185.

‘(Os regulamentos) são insuscetíveis de criar obrigações novas, sendo apenas aptos a desenvolver as existentes na lei’ (Celso Ribeiro Bastos)

‘Quando o constituinte pretendeu que o Executivo legislasse criou o instrumento especial — a medida provisória — para que dispusesse sobre certas matérias. (...)’

A lei inova a ordem jurídica infraconstitucional; o regulamento não a altera’ (Michel Temer).

E arremata Pontes de Miranda:

‘Onde se estabelecem alteram-se ou extinguem-se direitos, não há regulamento — há abuso de poder regulamentar, invasão de competência legislativa’.

DOCTRINA

E quando tal abuso de poder regulamentar se verifica, deve-se deixar de aplicar a regra indevidamente instituída. Na lição de Victor Nunes Leal, este é um ‘princípio que não comporta a menor dúvida’.³⁰

No mesmo sentido das conclusões esposadas por Luís Roberto BARROSO, o Supremo Tribunal Federal já teve oportunidade, diversas vezes reiterada, de declarar a inconstitucionalidade de norma regulamentar que extravasasse o comando da norma infraconstitucional regulamentanda, conforme se registrou no julgamento da ADIn n.º 1553-2 – medida liminar – Rel. Min. Marco Aurélio, Informativo n.º 71, DJ de 16.05.1997).

Após a exposição dessa ordem preliminar de idéias, é pleno o convencimento de que a Resolução TSE n.º 20.998/2002, a par da falta de norma que confira poderes normativos ao TSE para a sua edição, inovou na ordem jurídica, sob o color de estar expedindo instruções para a fiel execução do Código Eleitoral (art. 23, inciso IX, do Código Eleitoral Brasileiro), conforme se registrou acima. Válido, nesse contexto, se mostra dizer que o tema da justificativa eleitoral era regulamentado pelo Código Eleitoral, nos seus artigos 7.º, caput, e 231, o primeiro referente às eleições no Território Nacional; e o segundo, às eleições no Exterior, *verbis*:

Art. 7º. - O eleitor que deixar de votar e não se justificar perante o Juiz Eleitoral até 30 (trinta) dias após a realização da eleição incorrerá na multa de três a dez por cento sobre o salário mínimo da região, imposta pelo Juiz Eleitoral e cobrada na forma prevista no Art. 367.

[...]

Art. 231. Todo aquele que, estando obrigado a votar, não o fizer fica sujeito, além das penalidades previstas para o eleitor que não vota no território nacional, à proibição de requerer qualquer documento perante a repartição diplomática a que estiver subordinado, enquanto não se justificar.

Ocorre, porém, que, supervenientemente ao regramento estabelecido pelo Código Eleitoral, no que tange à justificativa eleitoral, foi editada a Lei n.º 6.091, de 15 de agosto de 1974, que passou a regular

³⁰ BARROSO, Luís Roberto. *O Direito constitucional e a efetividade de suas normas*. Limites e possibilidades da constituição brasileira. 3.ª edição. Rio de Janeiro: Renovar, 1996, p. 419-20.

DOCTRINA

integralmente a matéria, seja no que tange aos eleitores presentes no Território Nacional, seja no que diz respeito aos presentes no Exterior, conforme restou assentado no seu artigo 16, *in verbis*:

Art. 16. O eleitor que deixar de votar por se encontrar ausente de seu domicílio eleitoral deverá justificar a falta, no prazo de 60 (sessenta) dias, por meio de requerimento dirigido ao Juiz Eleitoral de sua Zona de inscrição, que mandará anotar o fato na respectiva folha individual de votação.

§1º O requerimento, em duas vias, será levado em sobrecarta aberta à agência posta, que, depois de dar andamento à 1.^a via, aplicará carimbo de recepção na 2.^a, devolvendo-a ao interessado, valendo esta como prova para todos os efeitos legais.

§2º Estando no exterior no dia em que se realizarem eleições, o eleitor terá o prazo de 30 (trinta) dias, a contar de sua volta ao país, para a justificação.

O regramento normativo imposto pela novel Lei n.º 6.091/74 é tão amplo e pretensamente exaustivo que cuida até da multa a ser aplicada ao eleitor que deixar de votar e não se justificar perante o Juiz Eleitoral da Zona Eleitoral à qual se encontra jurisdicionalmente vinculado, conforme se depreende da expressa disposição do artigo 7.º do citado diploma legal (malgrado a falta de técnica legislativa que se verifica pelo fato de que o legislador primeiro prevê a multa e só depois descreve a conduta a ser punida, na forma do posterior artigo 16), *verbis*: " Art. 7.º O eleitor que deixar de votar e não se justificar perante o Juiz Eleitoral até 60 (sessenta) dias após a realização da eleição incorrerá na multa de 3% (três por cento) a 10% (dez por cento) sobre o salário mínimo da região, imposta pelo Juiz Eleitoral e cobrada na forma prevista no artigo 367, da Lei 4.737, de 15 de julho de 1965".

Haja vista o fato de que a Lei Nova (Lei n.º 6.091/74) regulamenta integralmente a matéria constante da Lei Antiga (Código Eleitoral) e considerando, ainda, tratar-se de imperativos normativos de mesma hierarquia jurídica (Lei Ordinárias, ao tempo da edição de ambas as normas), e, por último, que a Lei Nova regulamenta o mesmo conteúdo normativo da Lei Antiga, de modo absolutamente diverso, a boa hermenêutica jurídica nos recomenda a conclusão de que os dispositivos do Código Eleitoral que cuidam dos procedimentos aplicáveis à justificativa eleitoral se encontram tacitamente revogados pela Lei n.º 6.091/74.

DOCTRINA

Conforme ensina Maria Helena DINIZ, a revogação pode ser expressa ou tácita, sendo que esta ocorre: "Quando houver incompatibilidade entre a lei nova e a antiga, pelo fato de que a nova passa a regular parcial ou inteiramente a matéria tratada pela anterior, mesmo que nela não conste a expressão 'revogam-se as disposições em contrário', por ser supérflua. A revogação tácita ou indireta operar-se-á, portanto, quando a nova lei contiver algumas disposições incompatíveis com as da anterior, hipótese em que se terá derrogação, ou quando a nova norma reger inteiramente toda a matéria disciplinada pela lei anterior, tendo-se, então, a ab-rogação. Esse princípio de revogação tácita de lei anterior pela posterior em razão de desconformidade dos preceitos advém do direito romano, que já o previa: 'non est novum, ut priores leges ad posteriores leges trahantur – sed et posteriores leges ad priores pertinent: nisi contrariae: idque multis argumentis probatur' (Digesto, Livro I, tit. III, De legibus, senatusque consultis, et longa consuetudine, frags. 26 e 28)".³¹

Uma vez tacitamente revogados os dispositivos do Código Eleitoral referentes à justificativa eleitoral, não se mostra compreensível a aplicação da competência normativa do egrégio Tribunal Superior Eleitoral constante do artigo 23, inciso IX, do Código Eleitoral Brasileiro, haja vista a circunstância de que a matéria não mais se encontra prevista na norma regulamentada. Desse modo, ou a regulamentação avançará sobre o âmbito de competência restrito ao legislador ordinário, inovando na ordem jurídica, ou faltará competência ao ente regulamentador.

A segunda conclusão se apóia no fato de que falta amparo normativo à competência do Tribunal Superior Eleitoral para a regulamentação da Lei n.º 6.091/1974, do que se supõe a violação ao artigo 5.º, inciso II, da Constituição Federal, mormente quando a regulamentação se interpõe de modo inovador em relação à norma regulamentanda e quando a regulamentação, não se inserindo na competência de norma do Código Eleitoral (art. 23, IX, CE) — uma vez que revogados os dispositivos atinentes à justificativa eleitoral — se insere no âmbito da competência privativa, e, por conseguinte, indelegável, do Poder Executivo (art. 84, inciso IV, Constituição Federal).

Evidenciada se mostra a violação ao artigo 68, §1º, da Constituição Federal, segundo o qual: "§1º Não serão objeto de delegação os atos de

³¹ DINIZ, Maria H. *Lei de introdução ao código civil brasileiro comentada*. 5.ª ed. São Paulo: Saraiva, 1999. p. 68.

DOCTRINA

competência exclusiva do Congresso Nacional, os de competência da Câmara dos Deputados ou do Senado Federal, a matéria reservada à lei complementar, nem a legislação sobre: [...] II – nacionalidade, cidadania, direitos individuais, políticos e eleitorais".

Vale dizer que o citado dispositivo constitucional não se aplica, como sugere o *caput*, apenas às leis delegadas a serem editadas pelo Poder Executivo, mas a todas as hipóteses de delegação legislativa, sejam os casos de delegação *interna corporis* do Poder Legislativo, sejam os casos de delegação externa ao Poder Executivo e ao Poder Judiciário, sobretudo os casos de delegação correspondentes ao poder regulamentar.

Tanto assim que, com base nesse dispositivo constitucional, *verbi gratia*, tem-se negado inclusive a possibilidade de edição de medida provisória para regular matéria penal (apenas quando a regulação venha a prever situações típicas novas ou venha agravar o regime de regulamentação das figuras típicas existentes, seja no que tange às suas previsões abstratas, seja no que tange à forma de execução das penas, o que se convencionou denominar de *novatio legis* ou *novatio legis in pejus*; não, contudo, quando a regulação penal por medida provisória seja benéfica ao réu, como reconheceu o Supremo Tribunal Federal quando do julgamento do Recurso Extraordinário n.º 254818, da Relatoria do Min. Sepúlveda Pertence), uma vez que viola o comando do inciso II citado, referente à indelegabilidade do poder legislativo de normatizar os direitos individuais, dentre os quais se insere o direito à liberdade.

Se mesmo algumas normas detentoras do status original de norma legal (medidas provisórias) não podem ser editadas para a regulamentação dos direitos eleitorais e políticos, sob pena de violação à competência legislativa do Congresso Nacional, o que não dizer das normas infralegais que o façam? Nesse âmbito, necessário se faz demonstrar as reconhecíveis divergências entre a regulamentação trazida pela Resolução n.º 20.998/2002 e a norma que, única em vigor, cuida da matéria regulamentada, conforme a descrição que ora ofertamos:

1) A Resolução TSE n.º 20.998/2002 prevê a apresentação da justificativa eleitoral na data da eleição (arts. 2.º, 3.º, *caput*, 6.º e 10.º), procedimento que destoa da sistemática constante da Lei n.º 6.091/74. O artigo 16 da Lei n.º 6.091/74 dispõe sobre a forma de apresentação de justificativa do eleitor que deixar de votar por se encontrar ausente de seu domicílio eleitoral.

Essa expressão “deixar de votar” mostra-se incompatível com a interpretação de que eleitor poderia apresentar sua justificativa no dia

da eleição, uma vez que somente após o transcurso do prazo possível para o exercício efetivo do direito-dever de votar se poderia constatar que o eleitor "deixou de votar". Inviável presumir-se a impossibilidade de votar quando ainda pendente (no dia da eleição) o prazo para que o eleitor manifeste o seu voto. Ainda que se formule a hipótese do eleitor que, por estar fora de seu domicílio eleitoral, reste impossibilitado de votar (máxime pela proibição legal de voto em trânsito), a legislação infraconstitucional somente lhe assegura o direito de apresentar justificativas após a eleição, com o firme propósito de que, até o último instante, seja aberta a via de acesso ao processo democrático ao eleitor.

Tal conclusão se assenta no fato de que o legislador ordinário teve em mente a excepcionalidade da omissão de votar, especialmente pela ausência do domicílio eleitoral, excepcionalidade essa que afasta a possibilidade de prévia deliberação e decisão do eleitor quanto ao não-votar. Não se discutem as vantagens e comodidades que decorrem para o eleitor, nem as desvantagens e desconfortos que alcançam a Justiça Eleitoral, pelo fato de regular-se a justificativa eleitoral no dia da eleição. O que se pretende assentar, em verdade, é o fato de que o legislador não concebeu a figura da justificativa eleitoral no Dia da Eleição, que somente restou criada, originalmente, pela norma regulamentadora advinda do TSE (e não pela norma regulamentada).

Nesse sentido, o artigo 16 da Lei n.º 6.091/74 é por demais expresso, ao dizer que a justificativa eleitoral deve ser apresentada no prazo de 60 (sessenta dias), *contados da data da eleição*. Ora, o prazo de 60 (sessenta dias) somente pode ser contado da data da eleição e não de outra. Desse modo, adotando a forma geral de contagem dos prazos (Código Civil Brasileiro: Art. 125. Salvo disposição em contrário computam-se os prazos, excluindo o dia do começo, e incluindo o do vencimento.), deve-se excluir o dia da eleição como prazo para a apresentação da justificativa eleitoral prevista no citado artigo 16 da Lei n.º 6.091/74.

2) Prevê o artigo 16, *caput*, da Lei n.º 6.091/74 que o requerimento de justificativa seja apresentado ao Juiz Eleitoral da Zona de Inscrição do eleitor, ao passo que a Resolução TSE n.º 20.998/2002, inovando na matéria, irrogou a entes diversos do Juiz Eleitoral competência para o recebimento das justificativas eleitorais, entes esses desprovidos de poder jurisdicional para a sua apreciação (seções eleitorais e mesas receptoras de justificativas, ou ambas), conforme a previsão do artigo 2.º, *caput*.

A inovação na ordem jurídica operada pela Resolução TSE n.º 20.998/2002 se dá de tal forma que se chegou a dispensar uma formalidade

DOCTRINA

prevista no próprio Código Eleitoral, qual seja, a proibição prevista no artigo 120, §1º, inciso IV, do Código Eleitoral de serem nomeados Presidentes e mesários os que pertencerem ao serviço eleitoral. Nesse sentido, expressa é a disposição do artigo 3.º, §1º, da Resolução TSE n.º 20.998/2002, *verbis*: "Art. 3.º As mesas receptoras de justificativas funcionarão no horário destinado à votação e, obrigatoriamente, no Distrito Federal e nos municípios em que não houver votação em 2.º turno, nas eleições de 2000. §1º As mesas receptoras de justificativa terão composição idêntica à das mesas receptoras de votos e seus membros serão nomeados pelo juiz eleitoral, dispensada a observância do disposto no inciso IV, do §1º, do art. 120 do Código Eleitoral".

Outrossim, o artigo 10 da Resolução TSE n.º 20.998/2002 prevê que os requerimentos de justificativa eleitoral, após o processamento, serão arquivados no cartório da zona eleitoral responsável pela recepção das justificativas, até o próximo pleito, após o que serão *destruídos*.

Zona eleitoral responsável, para os efeitos deste dispositivo, é a zona eleitoral onde o eleitor apresentou o requerimento de justificativa, como destaca o dispositivo, fato que sequer será levado ao conhecimento formal do Juiz Eleitoral da Zona Eleitoral onde o eleitor está inscrito, mesmo porque, conforme determina o dispositivo resolutório, tais requerimentos de justificativa, chegado um novo pleito eleitoral, serão destruídos.

Tal expressão (zona eleitoral responsável), a fim de que não reste dúvida quanto a tratar-se da zona eleitoral receptora da justificativa, é repetida pelo artigo 8º, §3º, da Resolução TSE n.º 20.998/2002, desta feita esclarecendo-se cuidar-se da zona eleitoral responsável pelo recebimento dos requerimentos de justificativa, *in verbis*: "§3º Quando verificada a impossibilidade do uso de urnas eletrônicas, será utilizado o processo manual de recepção da justificativa, com posterior digitação dos dados pela zona eleitoral responsável pelo seu recebimento".

Além de se ter concebido uma justificativa meramente fictícia, desprovida de motivação fática (o que contraria o disposto no artigo 10 do Código Eleitoral, norma que exige que a justificativa seja motivada), afasta-se a apreciação jurisdicional por parte do Juiz Eleitoral, a quem, por força de norma legal, compete privativamente o fornecimento de documento de isenção de sanções legais aos eleitores que não votarem por motivo justificado (art. 10 do Código Eleitoral).

A atribuição de competência em diversidade com a previsão constante do Código Eleitoral, que a irroga ao Juiz Eleitoral, se mostra

DOCTRINA

mais evidente quando da leitura do artigo 8º, §2º, da multicitada Resolução TSE n.º 20.998/2002, *verbis*: "§2º Após a conferência do preenchimento do formulário e da verificação da identidade do eleitor, o número da inscrição eleitoral será processado na urna eletrônica. Em seguida, será anotada a UF, zona e seção/mrj, nos campos próprios do formulário, e restituído ao eleitor o comprovante de justificativa, autenticando com a rubrica de membro componente da mesa".

Com tal previsão, a entrega do comprovante de justificativa eleitoral deixa de ser competência privativa do Juiz Eleitoral, como corretamente previa a legislação infraconstitucional, e passa a ser de qualquer dos membros da mesa receptora de justificativa, sob a regência do juiz eleitoral competente para o recebimento das justificativas. Também nesse ponto percebemos que a Resolução TSE n.º 20.998/2002 inova a ordem jurídica e discrepa do comando da Lei n.º 6.091/74.

Celso Antônio Bandeira de MELLO, apreciando o poder inovador das normas regulamentadoras e apresentando conclusões às quais aderimos integralmente, assim se manifesta, *verbis*:

Há inovação proibida sempre que seja impossível afirmar-se se aquele específico direito, dever, obrigação, limitação ou restrição já estavam estatuídos e identificados na lei regulamentada. Ou, reversamente, há inovação proibida quando se possa afirmar que aquele específico direito, dever, obrigação, limitação ou restrição incidentes sobre alguém não estavam estatuídos e identificados na lei regulamentada. A identificação não necessita ser absoluta, mas deve ser suficiente para que se reconheçam as condições básicas de sua existência em vista de seus pressupostos, estabelecidos na lei e nas finalidades que ele protege.

É, pois, à lei, e não ao regulamento, que compete indicar as condições de aquisição ou restrição de direito. Ao regulamento só pode assistir, à vista das condições preestabelecidas, a especificação delas. E esta especificação tem que se conter no interior do conteúdo significativo das palavras legais enunciadoras do teor do direito ou restrição e do teor das condições a serem preenchidas. Deveras, disciplinar certa matéria não é conferir a outrem o poder de discipliná-la. Fora isto possível, e a segurança de que 'ninguém poderá ser obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei' deixaria de se constituir em

DOUTRINA

proteção constitucional. Em suma: não mais haveria a garantia constitucional aludida, pois os ditames ali insculpidos teriam sua valia condicionada às decisões infraconstitucionais, isto é, às que resultassem do querer do legislador ordinário.³²

3) A divergência entre os procedimentos previstos na Resolução TSE n.º 20.998/2002 com relação à sistemática prevista na Lei n.º 6.091/74 é tão visível que, ao final daquela norma infralegal repete-se o comando do artigo 16 desta norma infraconstitucional, dando-se a entender que todos os dispositivos antecedentes cuidam de coisa diversa da prevista neste dispositivo legal, o único capaz de regulamentar a matéria.

A Constituição Federal determina a obrigatoriedade do voto a todos os brasileiros maiores de 18 anos (art. 14, §1º, inciso I, CF/88), sem, contudo, estabelecer qualquer exceção, a não ser nos casos de analfabetismo (art. 14, §1º, inciso I, alínea “a”, CF/88), de idade avançada (superior a 70 anos, art. 14, §1º, inciso I, alínea “b”, CF/88) ou de tenra idade (inferior a 18 anos e superior a 16 anos, (art. 14, §1º, inciso I, alínea “c”, CF/88).

A legislação infraconstitucional codificada (Código Eleitoral), porém, que data de 1965 (época em que se encontrava em vigor a Constituição Federal de 1946), recepcionada (ou, pelo menos, tida como tal) pela atual Constituição Federal de 1988 prevê outras exceções ao efetivo exercício do dever do voto. Diz o artigo 6.º, inciso II, do Código Eleitoral, *verbis*: "Art. 6.º O alistamento e o voto são obrigatórios para os brasileiros de um ou outro sexo, salvo: [...] II - quanto ao voto; a) os enfermos; b) os que se encontrem fora do seu domicílio; c) os funcionários civis e os militares, em serviço que os impossibilite de votar".

Furtar-nos-emos, pelo menos por enquanto, de examinar a constitucionalidade (ou recepcionalidade constitucional) do dispositivo infraconstitucional codificado que prevê exceções à obrigatoriedade do voto, à luz da Constituição Federal de 1988, assunto que demandaria, por certo, um exame mais complexo e detalhado.

Para o momento, limitar-nos-emos a declarar que, quando o Texto Constitucional fala em obrigatoriedade do voto, não está se referindo

³² MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 5.ª ed. rev. atual. e amp. São Paulo: Malheiros, 1996. p. 195.

apenas à titularidade de um direito político, mas também ao dever político de que o eleitor efetivamente manifeste o seu voto, o que remete à concepção da norma concernente como imperativo categórico, cujo exercício, na linha de GUNTHER, por vezes, pode estar limitado pelas circunstâncias do caso concreto.

Desse modo, a figura da obrigatoriedade não comporta, em linha de princípio, instrumentos ou sistemáticas que impeçam ou desobriguem o eleitor quanto ao efetivo exercício do dever do voto, facilitando-lhe os meios de furtar-se à obrigação político-constitucional, com vistas à ampliação do debate que a ética do discurso requer. Desse modo, o fato de permitir-se ao eleitor que, em determinadas hipóteses, justifique a omissão diante do chamamento oficial de exercício do dever ao voto interfere na obrigatoriedade jurídico-constitucional deste direito político.

Somente se pode permitir tal escusa do voto se a omissão, expressamente prevista em norma legal ou decorrente das circunstâncias do caso concreto, de fato se der por norma legal estrita, pautada nos critérios informadores do princípio constitucional do devido processo legal material, sob o enfoque do conceito de adequação que a hermenêutica concretizadora tem defendido.

É necessário ter-se em mente, segundo esta conclusão, que a previsão de hipóteses e procedimentos de justificativa do dever constitucional ao exercício efetivo do voto constituem exceções ou construções à regra constitucional que a determina, razão por que somente podem ser concebidas em norma legal expressa ou em função do juízo de adequação do imperativo categórico ante as peculiaridades do caso concreto, situado, quando o hermenauta examinará a coerência da norma de direito político e a abrangência exauriente do caso, a fim de julgar pela inadequação da norma deôntica impositiva da obrigatoriedade ao voto. Quando falamos em norma infraconstitucional não se pode olvidar a possibilidade de adequações ou delimitações do direito ao voto que possam a ser advindas de emendas à Constituição, por entendermos que os direitos políticos também tem o seu núcleo essencial protegido pela norma do artigo 60, §4º, inciso IV, da Constituição Federal.

Do fato de a justificativa ser uma delimitação ao princípio constitucional do voto obrigatório decorrem duas conclusões importantes: a) em regra, somente por norma infraconstitucional em sentido estrito podem ser previstas hipóteses e procedimentos de justificativa, ante o princípio da reserva de conformação do legislador ordinário no que tange

DOCTRINA

à delimitação dos direitos fundamentais, como reconhecem alguns ordenamentos constitucionais (como é o caso do Direito Constitucional espanhol, segundo a dicção do artigo 53.1 da Constituição de 1978); b) as normas instituidoras de justificativa eleitoral devem ser interpretadas de modo restrito, sobretudo pela norma que venha a regulamentá-las, ante o postulado hermenêutico da força normativa das normas jusfundamentais e do seu consectário princípio da máxima efetividade (*Gebot optimaler Verwirklichung der Normen der Grundrechten*).

Nesse sentido, a Resolução TSE n.º 20.998/2002 não guarda consonância com tais diretrizes hermenêuticas, a uma porque implica sensível facilitador a que os eleitores se furtem ao dever do voto, mormente por considerar que os requerimentos de justificativa eleitoral, em verdade, não trazem qualquer motivação analítica quanto aos fatos que conduziram ao eleitor a ausentar-se na data da eleição.

Em verdade, o que se convencionou chamar de justificativa se consubstancia na presunção *juris et de jure* (ao menos à luz da jurisprudência do TSE) de que a simples apresentação de requerimento que se epigrafa por JUSTIFICATIVA ELEITORAL preenche o núcleo essencial de razoabilidade para que o eleitor se desincumba do dever constitucional do voto, ainda que nenhuma razão excepcional seja aduzida no requerimento justificatório, constituindo-se um procedimento meramente formal, ao contrário da previsão legal infraconstitucional da Lei n.º 6.091/74, que reclamava a apresentação de requerimento próprio e fundamentado, apresentado ao juiz eleitoral a cujo juízo se acha filiado o eleitor; a duas, porque, em verdade, longe de significar interpretação restritiva da norma legal reitora da matéria, a Resolução TSE n.º 20.998/2002 inova a ordem jurídica, criando procedimentos e sistemática não previstos na norma regulamentada, da qual procura fazer as vezes.

4.DEMOCRACIA, ÉTICA DO DISCURSO E A JUSTIFICATIVA ELEITORAL: INCLUSÃO E EXCLUSÃO DO DEBATE DEMOCRÁTICO

Adotando a necessária distinção entre ética e moral, Adolfo Sánchez VÁSQUEZ define aquela como "a teoria ou ciência do comportamento moral dos homens em sociedade".³³ Ligada ao agir humano e procurando estabelecer pautas para o agir humano, a ética tem sofrido os influxos do pluralismo e da complexidade social pós-

³³ VÁSQUEZ, Adolfo Sánchez. *Ética*. Trad. João Dell'anna. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2002. p. 22.

DOCTRINA

moderna, marcada essencialmente pelo abandono ou, para dizer o mínimo, a revisão do fundamento cultural centrado num elemento único, a razão, conforme pregou o racionalismo próprio do Estado burguês.

Desse modo, a preocupação dos filósofos (preocupação esta que se espraia pelas searas do Direito, da filosofia jurídica ou da sociologia) tem sido a de desenvolver perspectivas éticas que se coadunem com essa transposição, descentralização ou multiplicação de fundamentos do mundo atual. Não há mais falar em uma moral, mas em várias morais, e o conceito ético há de ser o que permita e considere a diversidade, sem impor a identidade. O objetivo deve ser ao mesmo tempo o assentamento de uma ética universal do particular e uma teoria da desfragmentação que seja mundial, sem imposições.

Nesse dilema, como destaca Ernst TUGENDHAT "a tentativa contemporânea mais interessante de uma fundamentação racional absoluta da moral que também alcançou a maior popularidade é, entretanto, a ética do discurso".³⁴ A ética do discurso, assinala Javier HERRERO, desenvolveu-se a partir da década de 70 com os trabalhos de Karl-Otto APEL³⁵ e tem como meta contrapor-se ao universal do imperativo categórico kantiano, incompatível com a complexidade da sociedade pós-moderna, estabelecendo um princípio ético universal de caráter pragmático a partir da reviravolta lingüística. HERRERO fala da ética do discurso como uma "reformulação dialógica do princípio kantiano da universalização".

Não temos a pretensão de desenvolver todos os postulados da teórica ética discursiva, incompatível com a natureza desta pesquisa. Limitar-nos-emos apenas a examinar os principais elementos epistemológicos da teoria da ética do discurso, especialmente os que tangem ao conceito de democracia deliberativa e à situação comunicativa ideal, na esteira da teoria da ação comunicativa de Jurgen HABERMAS, sem dúvida um dos mais destacados expoentes da ética discursiva.

Tal abordagem exploratória nos permitirá desenvolver a idéia de que o instituto da justificativa eleitoral, na forma da regulamentação advinda do Tribunal Superior Eleitoral, mostra-se desconectada daqueles conceitos, afastando-se do ideal democrático universalizante e do que

³⁴ TUGENDHAT, Ernst. *Lições sobre ética*. 4.^a ed. Trad. Róbson Ramos dos Reis *et alii*. Petrópolis: Vozes, 2000. p. 173.

³⁵ HERRERO, F. Javier. Ética do discurso. In: OLIVEIRA, Manfredo A. de [org.]. *Correntes fundamentais da ética contemporânea*. Petrópolis: Vozes, 2000. p. 163.

DOCTRINA

se pretende estabelecer como situação de discurso político ideal. Nesse sentido, adotaremos a sistemática de expor os postulados éticos ao tempo em que o confrontamos com a idéia advinda da justificativa eleitoral.

a) o primeiro aspecto a ser destacado da ética do discurso em HABERMAS diz respeito à oposição ao conceito decorrente do universalismo do imperativo moral categórico desenvolvido por KANT na fundamentação da metafísica dos costumes, com fito a contextualizar o que fora descontextualizado ou transcendentalizado pela razão kantiana, norte e fundamento último da liberdade e da autonomia humana. A chamada reviravolta linguístico-pragmática decorrente da ética do discurso opera a *situação* da fundamentação das normas definidoras de direitos, em especial, a partir de um juízo de adequação que somente o caso concreto pode expor e justificar, e que remete à exposição que fizemos acerca da idéias morais de GUNTHER.

Para HABERMAS "l'applicazione delle norme richiede una chiarificazione argomentativa del suo proprio diritto. In ciò, l'imparzialità del giudizio non può, d'altro canto, essere assicurata da un principio di universalizzazione; in questioni di applicazione sensibile al contesto occorre anzi che la ragione pratica venga valorizzata con un principio di adeguatezza. Vale a dire, qui bisogna mostrare quale delle norme presupposte come valide sia adeguata ad un dato caso alla luce di tutte le caratteristiche rilevanti della situazione elaborate nella maniera più completa possibile".³⁶ Assim se deve entender porque as normas válidas *prima facie*, como o são todas as normas constitucionais (não havendo razão para excluir a que prevê o voto obrigatório), são incompletas e demandam ulterior delimitação, no sentido de se afirmar que em determinadas circunstâncias ou se aplica o imperativo do voto obrigatório ou se afasta a sua aplicação *in casu* por inadequação. "Simplesmente, não existe um direito que não poderia ser limitado, com base em considerações de princípios".³⁷

Deduz HABERMAS que, "tal como Klaus Günther mostrou, a razão prática faz-se valer, à luz e regras concorrentes, em contextos da fundamentação de normas, precisamente, através da verificação da capacidade de generalização de interesses e, em contextos da aplicação de normas, através da compreensão adequada e completa de contextos relevantes".³⁸

³⁶ HABERMAS, Jürgen. *Teoria della morale*. A cura di Vinci-Enzo Tota. Roma: Laterza, 1994. p. 117-118.

³⁷ HABERMAS, Jürgen. *Direito e moral*. Trad. Sandra Lippert. Lisboa: Instituto Piaget, [s.d]. p. 49.

³⁸ HABERMAS, Jürgen. *Direito e moral cit.* p. 118.

DOCTRINA

Esta exposição nos remete à necessária conclusão de que a norma constitucional que cuida da obrigatoriedade do voto político, nas eleições para cargos políticos, não é um princípio válido em si mesmo, mas tem seu sentido de validade e eficácia transposto para o contexto de aplicação. Dessa forma, é possível aceitar o princípio da justificativa eleitoral como uma exigência natural da circunstância de que o princípio da obrigatoriedade do voto, e, a par das exceções previstas constitucionalmente e mesmo infraconstitucionalmente (como as hipóteses previstas na Lei n.º 6.091/74), outras podem decorrer do exame exaustivo da situação concreta, qual seja, aquela em que o eleitor se ache impossibilitado de exercer o voto.

Nesse aspecto, a regulamentação advinda do Tribunal Superior Eleitoral mostra-se inadequada a uma compreensão hermenêutica jusfundamentalmente razoável do princípio do voto obrigatório, porquanto não se estabelece entre a institucionalidade (a hermenêutica do intérprete qualificado) e a individualidade qualquer relação discursiva, pela simples circunstância de que as razões de exceção sequer são conhecidas do hermenêuta, na medida em que não são trazidas pelo eleitor ao conhecimento e à discussão num contexto comunicativo em que o próprio eleitor possa ser convencido, ainda que pelo uso das sanções legais que a ética do discursivo tem como legitimadas, de que a abstenção eleitoral não se mostre a melhor alternativa diante do caso concreto (o óbice talvez não se justifique ou se valide ante as especificidades da situação concreta, não se abrindo qualquer ensanchas a que a justificação seja objeto de discussão).

A exceção que é trazida pela regulamentação da justificativa eleitoral é puramente metafísica e não permite que o eleitor tenha a própria consciência da excepcionalidade da necessidade de abster-se ao voto e justificar, pela própria extraordinariedade da sua ocorrência, a sua conduta, que discursivamente se apresenta não-ética.

A exigência do voto, por conseguinte, posta-se meramente formal ou normativa, desprovida de substância, na medida em que saberá o eleitor que bastará um procedimento também meramente formal para afastá-la e torná-la sem efeito, sem qualquer discussão em torno das razões que o conduziram a abster-se. Sem nenhuma justificação argumentativa no plano aplicativo, invalida-se metafisicamente a norma constitucional do voto obrigatório. Remonta-se à crítica habermasiana ao fundamento transcendental racional em KANT: "L'unità della ragione pratica non si può fondare sull'unità della coscienza trascendentale.

Non esiste, cioè, nessun metadiscorso in cui ci si possa ritirare, per giustificare la scelta tra forme diverse di argomentazione".³⁹

Tal fenômeno se verifica até porque, como dispõe o artigo 10 e parágrafo único da Resolução TSE n.º 20.998/2002, a atividade exercida pelo que seria o outro pólo do discurso é meramente homologatória do ato de informação trazido pelo eleitor abstencionista. Diz o dispositivo que, após o processamento, serão arquivados no cartório da zona eleitoral responsável pela recepção das justificativas, até o próximo pleito, após o que serão destruídos, e que compete ao juízo eleitoral responsável pela recepção dos requerimentos de justificativa assegurar o correto lançamento dessas informações no cadastro eleitoral, determinando todas as providências relativas à conferência obrigatória e digitação dos dados, quando necessário.

Em outros termos, a Resolução retira do juiz eleitoral o caráter de participante legitimado e qualificado do discurso público que deveria circundar a justificação à abstenção — uma vez que o Código Eleitoral e a Lei n.º 6091 determinavam que a justificativa deveria ser submetida à apreciação, isto é, à argumentação discursiva do juiz eleitoral ao qual se vinculava jurisdicionalmente o eleitor —, reduzindo sua capacidade de argumentação à simples anotação e registro da decisão arbitrária (no sentido de unilateral) do eleitor. Segundo HABERMAS, "nelle argomentazioni debbono presupporre pragmaticamente Che, per principio, tutti gli interessati possono partecipare come liberi ed uguali ad una ricerca cooperativa della verità in cui può farsi valere soltanto la costrizione dell'argomentazione migliore".⁴⁰ Juiz e eleitor, partícipes destacados do discurso de justificação abstencionista no processo eleitoral, acham-se em posição de desequilíbrio, não se olham no mesmo nível de olhar, como dizia HABERMAS.

b) outro aspecto que marca a ética do discurso e que torna problemática a regulação atual da justificativa eleitoral diz respeito à unilateralidade e artificialidade das manifestações produzidas, seja pelo eleitor, seja pelo Estado. Segundo HABERMAS, "nessuno può iniziare sul serio un'argomentazione senza presupporre una situazione dialogica che garantisca per principio pubblicità di accesso, partecipazione paritetica, veridicità dei partecipanti, mancanza di costrizione nella presa

³⁹ HABERMAS, Jürgen. *Teoria cit.* p. 121.

⁴⁰ HABERMAS, Jürgen. *Teoria cit.* p. 124.

di posizione, ecc. I partecipanti possono volersi convincere l'un l'altro solo se suppongono pragmaticamente di poter determinare il loro 'sì' e 'no' unicamente mediante la costrizione dell'argomento migliore".⁴¹

O discurso que deveria ser aberto às mais diversas possibilidades, inclusive a de demover o eleitor, no segundo turno de votação ou nas próximas eleições, de adotar idêntico procedimento abstencionista, transforma-se em monólogo, em que o único a manifestar-se e impor sua decisão (perceba-se o caráter decisionista e voluntarista que o procedimento da justificativa eleitoral enseja) às instâncias políticas é o eleitor. Decide o eleitor, voluntarista e peremptoriamente, a não votar, e apenas comunica ao Estado sua decisão nesse sentido, sem direito a réplica ou sanção.

O eleitor não tem a pretensão de auto-convencer-se da justificabilidade da abstenção, vez que dela já tem plena certeza, ainda que as razões da situação *in concreto* permitam conclusão em sentido inverso; a par disso, tem a certeza de que, quaisquer que sejam as suas linhas de argumentação discursivas, serão essas admitidas e acolhidas pelo Estado, necessariamente, afastando-se a possibilidade de que o convencimento venha apenas pela convicção do acerto do melhor argumento. O eleitor tem consciência de que tem sempre o melhor argumento, como na máxima popular de que o cliente sempre tem razão. O voto passa a ser "mercadoria", cuja opção de "aquisição" acha-se facultada à decisão *ad libitum* do eleitor.

Não há dúvida que a insubmissão aos preceitos ético-discursivos, dentre os quais se situa o fato de que a situação comunicativa ideal pressupõe a pré-disposição para o convencimento sem coação mas fundada apenas na força dos argumentos submetidos ao debate, nesse caso finda por esboroar a própria noção de voto obrigatório, tão cara e tão necessária em democracias em construção contínua, como é o caso da democracia brasileira, recém egressa dos quadros da ditadura constitucionalizada pretérita ao Texto Constitucional de 1988.

Utilizando a linguagem de HABERMAS, nessas condições, tem-se a legitimação da exclusão (e não da inclusão) do outro do debate na esfera pública, onde o indivíduo se torna indivíduo e se emancipa, onde o indivíduo libera radicalmente a sua biografia num contexto de identidade coletiva.

⁴¹ HABERMAS, Jürgen. *Teoria cit.* p. 137.

DOCTRINA

Diz HABERMAS que "nei discorsi etico-politici si tratta di chiarire un'identità collettiva Che deve lasciare spazio per la molteplicità dei progetti di vita individuali. Il problema della ragionevole pretesa dei comandi morali motiva il passaggio dalla morale al diritto. E con l'implementazione (*Implementierung*) di obiettivi e programmi si pongono, infine, questioni di trasferimento e di uso neutrale del potere politico".

Segundo o autor, "a autonomia, que no campo da moral é monolítica, por assim dizer, surge no campo do direito apenas sob a dupla forma da autonomia pública e privada. Ora, esses dois momentos precisam ser mediados de tal maneira que uma autonomia não prejudique a outra. As liberdades de ação individuais do sujeito privado e a autonomia pública do cidadão ligado ao Estado possibilitam-se reciprocamente. É a serviço dessa convicção que se põe a idéia de que as pessoas do direito só podem se autônomas à medida que lhes seja permitido, no exercício de seus direitos civis, compreender-se como autores dos direitos aos quais devem prestar obediência, e justamente deles".⁴²

Outro efeito sintomático da oposição entre esse aspecto da ética do discurso e a regulação atual da justificativa eleitoral está, pois, no efeito excludente do debate que esta provoca, ante a ciência de que a obrigatoriedade do voto pelo eleitor é mera formalidade, suplantável por quaisquer que sejam os critérios tópico-discursivos que o eleitor entender possam justificar a abstenção.

Apenas para se ter dimensão do efeito excludente que decorre das "facilidades" que o regramento atual da justificativa eleitoral produz, basta considerarmos o expressivo número de eleitores que se abstêm do processo eleitoral. Nas eleições gerais de 2002, *verbi gratia*, as abstenções chegaram ao patamar de 17,74% (dezessete vírgula setenta e quatro por cento) no primeiro turno das eleições, e 20,47% (vinte vírgula quarenta e sete por cento) no segundo turno, o que equivale a 20.449.987 e 23.589.485 de eleitores, respectivamente, segundo dados do Tribunal Superior Eleitoral.⁴³ Este efeito excludente conta até mesmo com o incentivo patrocinado pela Justiça Eleitoral, pois dispõe o artigo 13 da Resolução TSE n.º 20.998 que "a Justiça Eleitoral, por meio de ampla

⁴² HABERMAS, Jürgen. Três modelos normativos de democracia. In: HABERMAS, Jürgen. *A inclusão do outro*. estudos de teoria política. Trad. de Paulo Astor Soethe. São Paulo: Loyola, 2002. p. 290.

⁴³ Disponíveis em http://www.tse.gov.br/eleicoes/eleicoes2002/relatorio/anexos/anexo_doc.3.doc. Acesso em 16/09/2003.

campanha de esclarecimento, informará aos eleitores sobre como proceder para justificar a ausência nas eleições".

A ética discursiva propõe outra alternativa: em vez de promover campanha de esclarecimento, e incentivo à justificativa, como sugere o texto ainda que por via transversa, dever-se-ia incentivar o processo inclusivo do eleitor no discurso que a esfera pública pelo processo eleitoral ensaja, esclarecendo e conclamando o eleitor a participar do discurso político democrático.

É certo que não se pode atribuir, sem um estudo mais aprofundado na estatística eleitoral, nexos de causalidade necessário entre a justificativa eleitoral e os índices de abstenção. Contudo, indicativa se mostra a hipótese de que a justificativa eleitoral contribui sobremodo para este estado de coisas, indesejável sob o marco de uma democracia em construção como a brasileira. Tal conclusão nos basta para o momento.

A resposta adequada à compreensão da norma do voto obrigatório e sua delimitação em face da incerteza entre o voto e a justificação, que se deveria apresentar no exame do caso concreto, agora apresenta-se *a priori*, metafisicamente, inviabilizando ao menos o discurso que se deveria travar entre o magistrado e o eleitor. Tal circunstância não se coaduna com a ética discursiva, pois "como nel caso dei discorsi etici, anche nelle argomentazione morali bisogna Che rimanga affidato ai partecipanti stessi il compito di trovare una risposta concreta nel caso singolo, risposta, Che nessuno può conoscere in precedenza".⁴⁴

c) manifesta se mostra também a incompatibilidade entre o instituto da justificativa eleitoral regulamentada pelo Tribunal Superior Eleitoral e o princípio da universalidade (princípio "U") de que fala HABERMAS, no bojo de sua teoria da ética do discurso. Diz o autor que "ogni norma valida deve ottemperare alla condizione Che le conseguenze e gli effetti collaterali, Che prevedibilmente derivano dalla sua osservanza universale per la soddisfazione degli interessi di ciascuno, potrebbero essere accettati da tutti gli interessati (e preferiti alle ripercussioni della nota possibilità alternativa di regolamentazione)".⁴⁵

O princípio "U" habermasiano recomenda a propositura de novas alternativas à regulamentação editada no tocante à justificativa eleitoral.

⁴⁴ HABERMAS, Jürgen. *Teoria cit.* p. 128.

⁴⁵ HABERMAS, Jürgen. *Teoria cit.* p. 139.

DOCTRINA

Se universalizada fosse a regulamentação em vigor atualmente, teríamos o colapso do sistema democrático e o seu alto déficit de legitimidade discursiva, porquanto se todos os eleitores decidissem adotá-lo, com as amarras que inexistem no procedimento, não haveria sustentáculo para o exercício da soberania popular.

Alternativamente, a melhor perspectiva que se pode desenvolver a partir da ética do discurso é deixar a questão das abstenções para a melhor solução diante do exame exaustivo do caso concreto, ao juízo argumentativo do magistrado de primeiro grau ou das instâncias jurisdicionais regionais e superior, sem previsão abstrata de hipóteses de exceção, que se mostram de todo inócuas e mesmo inadequadas.

Ao passo que esse critério pode ser universalizado, tornando-se a regra nos exames das justificativas posteriormente à eleição apresentadas pelo eleitor faltoso, o mesmo não se pode da atual regulação da justificativa, conducente ao *absurdum*. Em outros termos, dever-se-ia reconhecer o problema da justificativa da abstinência ao voto como autêntico problema de aplicação (oposição do juízo de justificação ao juízo de justificativa como de aplicação) da norma do voto obrigatório, a ser solucionado pela razão prática. Esse, a propósito, é um ponto em que se estabeleceu a crítica habermasiana à teoria da fundamentação ética última em Kant.

Diz HABERMAS, falando da perspectiva kantiana, que "questa caratterizzazione, tuttavia, disconosce il ruolo logico-argomentativo del principio di universalizzazione, che, certo, può servire soltanto a giustificare attese di comportamento o modi di agire generalizzati, di conseguenza, norme Che sono a fondamento di una prassi generale 'U' trova il suo posto in discorsi di fondazione in cui noi verificiamo la validità di comandi universali (o meglio, le loro negazioni semplici o duplici - divieti e permessi).[...] Kant ignora i problemi di applicazione [...] 'Come si debba agire rettamente in date circostanze' non si può - considerata la cosa analiticamente - decidere con l'unico atto della fondazione - oppure nei limiti di un unico tipo di due momenti dell'argomentazione - bensì richiede la sequenza di due momenti dell'argomentazione, vale a dire, della fondazione e dell'applicazione delle norme".⁴⁶

⁴⁶ HABERMAS, Jürgen. *Teoria cit.* p. 143.

DOCTRINA

d) outro aspecto relevante que se assenta na teoria do discurso é a idéia de que a sanção não constitui pressuposto de validade das normas jurídicas, contrariamente à nota característica das teorias do positivismo jurídico, em especial, do positivismo normativista formal da teoria moral kantiana. Ensina HABERMAS que "le sanzioni (per quanto possano essere internalizzate) non sono costitutive per la validità prescritta; sono piuttosto sintomatiche per una violazione già percepita e, quindi, previa di un contesto di vito normativamente regolato. [...] noi osserviamo le norme vigenti per dovere (Pflicht), non perché queste ci siano state imposte sotto la minaccia di sanzioni, bensì perché ce le siamo date da noi stessi".⁴⁷

Nas lições de Antonio-Enrique PEREZ-LUÑO, ao criticar a idéia de sanção como pressuposto de validade das normas jurídicas e ao desenvolver um conceito de autonomia a partir do idêntico conceito desenvolvido por KANT, HABERMAS procura sustentar uma fundamentação intersubjetiva dos direitos fundamentais, o que ressoa mais especialmente no caso dos direitos políticos, como o que se estuda.

Para o autor espanhol, "como alternativa a las fundamentaciones objetivistas y subjetivistas de los derechos humanos el intersubjetivismo representa un esfuerzo por concebirlos como valores intrínsecamente comunicables, es decir, como categorías que, por expresar necesidades social e históricamente compartidas, permiten suscitar un consenso generalizado sobre su justificación".⁴⁸ O intersubjetivismo permite, por conseguinte, transformar o eleitor em legislador universal, estando ele próprio sujeito às normas que edita.⁴⁹

Dois aspectos estreitamente interligados desse intersubjetivismo comunicativo devem ser destacados. O primeiro diz respeito à noção de consenso (que remete à teoria consensual da verdade em HABERMAS); o segundo concerne à preocupação de HABERMAS em desenvolver a chamada situação comunicativa ideal. Para HABERMAS, "la situación comunicativa ideal (ideale Sprechsituation) es el medio que asegura un auténtico consenso, es decir, una comunicación sin distorsiones externas, que asegura un reparto simétrico de las posibilidades de intervenir en el diálogo y de avanzar argumentos a todos los participantes. Como se ve,

⁴⁷ Ibidem. p.150.

⁴⁸ PEREZ LUÑO, Antonio Enrique. *Derechos humanos, Estado de derecho y constitución*. Sexta edición. Madrid: Tecnos, 1999. p. 162.

⁴⁹ HABERMAS, Jürgen. *Agir comunicativo e razão destrancendentalizada*. Tradução Lúcia Aragão. Rio de Janeiro: Tempo brasileiro, 2002. P. 50.

la situación comunicativa o lingüística ideal no se halla definida por las cualidades personales de los dialogantes, sino por la garantía de las condiciones procedimentales del discurso práctico".⁵⁰

Somente no âmbito da situação comunicativa ideal é possível alcançar um consenso moral capaz de fazer com que os membros da sociedade civil possam sentir-se co-autores das normas jurídicas editadas, daí o porquê da preocupação de HABERMAS com a abertura discursiva que se deve irrogar ao processo legislativo, que, na esfera pública, possa permitir a manifestações das mais diversas correntes ideológicas, a fim de que tais visões de mundo (*Weltanschauungen*) possam confluir para o consenso e fundar um universalismo que decorra da *praxis* ou da razão prática. Essa visão em torno do elemento consenso sem coações e sem imposição prévia de ideologias vem fundamentar a própria teoria crítica habermasiana de color social. A maneira ideal que HABERMAS utiliza para combater os regimes absolutizantes ou ideológicos é o respeito e a integração dos diversos pontos no âmbito da situação comunicativa ideal, com vistas à emancipação do homem dessas cadeias ideológicas.

Para HABERMAS, "dall'angolo visuale della teoria dell'intersoggettività, autonomia significa non il potere di disporre proprio di un soggetto Che abbia se stesso como proprietà, ma l'indipendenza dell'uno - resa possibile da relazioni di riconoscimento reciproco - la quale può sussistere soltanto insieme con l'indipendenza simmetrica dell'altro".⁵¹ Como assinala Cabral PINTO, "a razão impele o homem para uma comunicação livre de distorções ideológicas; tal é o interesse emancipatório, correlato conceptual da auto-reflexão, que nos determina a conceber de maneira 'contrafactual' (Kontrafaktisch) a possibilidade de um consenso racional numa comunidade comunicativa livre de coações".⁵²

Sob essas premissas, a regulamentação do instituto da justificativa eleitoral apresenta-se novamente incompatível com um ideal de consenso, de universalidade e de democracia deliberativa, seja por que impõe a desconsideração de pontos de vista no discurso, ante a prevalência absoluta da vontade do eleitor, em detrimento do ideal da universalidade do sufrágio e da representação política e independentemente das situações

⁵⁰ PEREZ LUÑO, Antonio Enrique. *Derechos humanos, Estado de derecho y constitución*. Sexta edición. Madrid: Tecnos, 1999. p. 164.

⁵¹ HABERMAS, Jürgen. *Teoria cit.* p. 151.

⁵² PINTO, F. Cabral. *Leituras de Habermas*. Modernidade e emancipação. Coimbra: Fora do texto, 1992. p. 67.

DOCTRINA

excepcionais que unicamente poderiam justificar a abstinência política, seja por que propicia meios para a exclusão, distorcendo o quadro de comunicatividade universal que o consenso exige. O resultado será imediatamente a baixa consciência de representatividade nas atuações do Estado, especialmente nas normas que decorrem do processo legislativo, ante o déficit de integração discursiva.

Ainda, contudo, que se possa reconhecer a consciência do eleitor de integrar-se ao discurso e participar da formação do consenso universal, o fato é que a regulamentação do instituto da justificativa eleitoral, na forma atual, para dizer o menos, incentiva o processo de exclusão, considerada, sobretudo, a situação de baixa densidade consciencial democrática que a sociedade brasileira possui. Justiça e solidariedade constituem os dois pressupostos básicos do agir comunicativo. Alijando-se o eleitor do processo eleitoral está-se ferindo ambos esses postulados, contrariando o princípio da universalização radical, que é tudo o que se pretende no processo eleitoral, com a ampliação máxima do número de dialogantes possíveis (comunidade ideal e ilimitada de intérpretes capazes de entender e querer), sendo que a regulamentação serve a sustentar efeitos diversos, isto é, produz uma minimização da concordância.

5.CONCLUSÕES

A partir do exame que empreendemos, é possível vislumbrar os problemas que a regulamentação facilitada da justificativa eleitoral produzida pelo Tribunal Superior Eleitoral apresenta, tanto do ponto de vista da dogmática jurídica, quando sob os enfoques da teoria da ética do discurso. Do ponto de vista da teoria constitucional, a regulamentação padece de legitimidade normativa, porquanto incorrente previsão constitucional que confira poderes normativos ao Tribunal Superior Eleitoral para editar normas regulamentares, imperativo hipotético que se reservou apenas ao Chefe do Poder Executivo e outros órgãos administrativos, ou porque, ainda que se lhe conferisse tal competência, o exercício da prerrogativa regulamentar não contempla a inovação na ordem jurídica consensualizada nas normas infraconstitucionais regulamentandas, cujos limites foram ultrapassados pela regulamentação.

Outrossim, a regulamentação infralegal da justificativa eleitoral não se associa aos postulados da ética do discurso construtiva de uma democracia deliberativa sustentável, por violar a) o axioma da não-coação, na medida em que retira o magistrado eleitoral do debate acerca da justificabilidade da abstinência eleitoral e na medida em que confere

caráter absoluto às premissas estabelecidos pelo eleitor nesse sentido, quaisquer que sejam elas, máxime porque desconhecidas na seara do discurso; b) o axioma da inclusão, consistente na ampliação e inserção de todos os possíveis dialogantes, cujo conceito confunde-se com o de cidadania ativa, na tradição liberal, porquanto a regulamentação propicia a exclusão injustificada e injustificável do eleitor do debate político que o processo eleitoral enseja; c) a máxima de que as normas constitucionais definidoras de direitos fundamentais são válidas *prima facie* e somente se concretizam examinadas todas as peculiaridades do caso concreto, confundindo a regulamentação os planos da justificação (prevendo uma justificativa eleitoral em abstrato, metafisicamente) e da aplicação, plano em que a justificativa eleitoral deveria situar-se, consubstanciando-se a partir do diálogo a iniciar-se entre o eleitor e o magistrado, ao menos; d) a perspectiva de universalização do discurso e da idéia de autonomia que o intersubjetivismo da ética do discurso propicia, dando ensejo à baixa representatividade do processo eleitoral e, por conseguinte, das normas que o processo legislativo a ser apreciado pelos representantes eleitos irá produzir.

6.BIBLIOGRAFIA CONSULTADA OU REFERENCIADA:

- 1.ALEXY, Robert. *El concepto ay la validez del Derecho*. Traducción de Jorge M. Seña. Barcelona: Gedisa, 1997.
- 2.ALEXY, Robert. *Teoria de los derechos fundamentales*. Versión castellana de Ernesto Garzón Valdés. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997.
- 3.ATIENZA, Manuel. *Las piezas del Derecho*. Teoria de los enunciados jurídicos. Barcelona: Ariel, 1996.
- 4.BARBALHO, João. *Constituição Federal Brasileira*. Comentários. Rio de Janeiro : Litho-Typographia, 1902.
- 5.BARROSO, Luís Roberto. *O Direito constitucional e a efetividade de suas normas*. Limites e possibilidades da constituição brasileira. 3.^a edição. Rio de Janeiro : Renovar, 1996.
- 6.BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Saraiva, 1994.
- 7.CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. 3.^a ed. Coimbra: Almedina, 1999.
- 8.CATTONI, Marcelo. *Direito processual constitucional*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2001.

DOCTRINA

- 9.DINIZ, Maria Helena. *Lei de introdução ao código civil brasileiro comentada*. 5.^a ed. São Paulo: Saraiva, 1999.
- 10.EMILIOU, Nicholas. *The principle of proportionality in european law*. A comparative study. Great Britain : Kluwer, 1996.
- 11.GÜNTHER, Klaus. *The sense of appropriateness*. Application discourses in morality and law. Translated by John Farrel. New York : New York University, 1993.
- 12.HABERMAS, Jürgen. *Agir comunicativo e razão destrancendentalizada*. Tradução Lúcia Aragão. Rio de Janeiro: Tempo brasileiro, 2002.
- 13._____. *Direito e moral*. Trad. Sandra Lippert. Lisboa: Instituto Piaget, [s.d].
- 14._____. *Teoria della morale*. A cura di Vinci-Enzo Tota. Roma: Laterza, 1994.
- 15._____. Três modelos normativos de democracia. In: HABERMAS, Jürgen. *A inclusão do outro*. estudos de teoria política. Trad. de Paulo Astor Soethe. São Paulo: Loyola, 2002.
- 16.HART, Herbert Lionel Adolphus. *O Conceito de Direito*. 2.^a ed. Tradução de A. Ribeiro Mendes. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian. 1994.
- 17.HAWK, Neil & PAPWORTH, Neil. *Introduction to administrative law*. London: Cavendish, 1996.
- 18.HERRERO, F. Javier. Ética do discurso. In: OLIVEIRA, Manfredo A. de [org.]. *Correntes fundamentais da ética contemporânea*. Petrópolis: Vozes, 2000.
- 19.JARDIM, Torquato. *Direito Eleitoral Positivo*. Brasília: Brasília Jurídica, 1996.
- 20.KANT, Immanuel. *Fundamental principles of the metaphysic of morals*. Translated by T. K. ABBOTT. New York: Prometheus, 1988.
- 21.KELSEN, Hans. *Teoria geral do Direito e do Estado*. Tradução de Luís Carlos Borges. 3.^a ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.
- 22.LEYLAND, Peter & WOODS, Peter. *Administrative law*. 2nd. edition. London : Blackstone, 1997.

DOUTRINA

- 23.MARTINS, Ives Gandra. *Comentários à constituição do Brasil*. 4.^a volume. Tomo II. São Paulo: Saraiva, 1997.
- 24.MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 5.^a ed. rev. atual. e amp. São Paulo: Malheiros, 1996.
- 25.OLIVETTI, Nino. Processo Legislativo. In: BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. *Dicionário de política*. 5.^a ed. Vol. 2. Tradução de Carmen C. Varrialle, Gaetano Lo Mônaco, João Ferreira, Luís Guerreiro Pinto Caçais e Renzo Dini. Brasília: UnB, 2000.
- 26.PEREIRA, Rodolfo Viana. *Hermenêutica filosófica e constitucional*. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.
- 27.PEREZ LUÑO, Antonio Enrique. *Derechos humanos, Estado de derecho y constitución*. Sexta edición. Madrid: Tecnos, 1999.
- 28.PINTO, F. Cabral. *Leituras de Habermas*. Modernidade e emancipação. Coimbra: Fora do texto, 1992. p. 67.
- 29.POLETTI, Ronaldo. *Controle da constitucionalidade das leis*. 2.^a edição. Rio de Janeiro : Forense, 1995.
- 30.RICOEUR, Paul. *O justo ou a essência da justiça*. Trad. de Vasco Casimiro. Lisboa: Instituto Piaget, 1995.
- 31.SALGADO, Joaquim Carlos. *A Idéia de justiça em Kant*. Seu fundamento na liberdade e na igualdade. Belo Horizonte: UFMG, 1995. P. 208.
- 32.SAMPAIO, Nelson de Sousa. *O Processo legislativo*. 2.^a ed. ver. e atual. Pelo Prof. Uadi Lamêgo Bulos. Belo Horizonte: Del Rey, 1996.
- 33.SILVA, José Afonso da. *Princípios do processo de formação das leis no Direito Constitucional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1964.
- 34.TUGENDHAT, Ernst. *Lições sobre ética*. 4.^a ed. Trad. Róbson Ramos dos Reis et alii. Petrópolis: Vozes, 2000.
- 35.VÁSQUEZ, Adolfo Sánchez. *Ética*. Trad. João Dell'anna. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2002.