

JUSTIÇA ELEITORAL



Rio de Janeiro, v. 9. n. 1. Primeiro Semestre de 2019

EM DEBATE

SOBERANIA *popular*

ENTREVISTA

"Portas abertas ao diálogo"

Carlos Santos de Oliveira

Presidente do TRE-RJ

ENSAIOS

"A tutela de evidência e sua aplicação nas eleições de 2018"

Por Cristiane de Medeiros Brito Chaves Frota

ARTIGOS

"Estado, Direito e interesse legítimo"

Por André R. C. Fontes

"Cidadania revigorada: direito ao sufrágio e inclusão política das pessoas com deficiência"

Por Frederico Franco Alvim, Joelson Dias e Wendelaine de Andrade Oliveira

"Tese sobre a Reforma Política"

Por Joelson Dias, Marilda Silveira e Daniel Falcão

"Por um retrospecto dos conceitos Jusfilosóficos de soberania"

Volgane Oliveira Carvalho

"Da comunicação ao órgão partidário para a eficácia da desfiliação: discutindo uma antinomia à luz de bobbio" Por Ary Jorge Aguiar Nogueira e Fernando Pereira da Silva

JUSTIÇA ELEITORAL

EM DEBATE

EXPEDIENTE

Jornalista responsável: **Maurício da Silva Duarte** (MTb-RJ 16448, folhas 211 do livro 100)

Reportagem: **Maurício da Silva Duarte**

Design da capa: **Juliana Henning Rodrigues e Bruna Fernandes Farias Pereira**

Fotografias do fascículo: **ASCOM TRE-RJ**

Projeto gráfico: **Caroline Aquino da Silva**

Diagramação: **Juliana Henning Rodrigues e Bruna Fernandes Farias Pereira (EJE)**

Revisão: **Maurício da Silva Duarte**

ESCOLA JUDICIÁRIA ELEITORAL

Diretora: **Desembargadora Eleitoral Cristiane de Medeiros Brito Chaves Frota**

Assessora I: **Rita de Cassia de Carvalho e Silva Marques de Abreu**

Oficial de Gabinete: **Coral Herculano Amim**

Assistente III: **Fabiano Augusto Leal Carneiro**

Analista Judiciário: **Juliana Henning Rodrigues**

Analista Judiciário: **Alexandre Meira de Oliveira**

Estagiários de Design: **Bruna Fernandes Farias Pereira e Iago Menezes de Araujo Diehl**

Estagiária de Nível Médio: **Viviane Soares Silva de Souza**

Av. Pres. Wilson, 194-198 - Centro, Rio de Janeiro - RJ, 20030-021

ISSN nº 2317-7144

© Tribunal Regional Eleitoral do Rio de Janeiro

Qualquer parte dessa publicação pode ser reproduzida, desde que citada a fonte.

Disponível também em: <<http://www.tre-rj.jus.br/eje/>>

Tribunal Regional Eleitoral do Rio de Janeiro

PRESIDENTE

Desembargador Carlos Santos de Oliveira

VICE-PRESIDENTE E

CORREGEDOR REGIONAL ELEITORAL

Desembargador Cláudio Brandão de Oliveira

MEMBROS

Desembargador Federal Guilherme Couto de Castro

Desembargador Eleitoral Paulo César Vieira de Carvalho Filho

Desembargador Eleitoral Ricardo Alberto Pereira

Desembargadora Eleitoral Cristiane de Medeiros Brito Chaves Frota

SUBSTITUTOS

Desembargador Nagib Slaibi Filho

Desembargador Luiz Fernando de Andrade Pinto

Desembargador Federal Guilherme Calmon Nogueira da Gama

Desembargador Eleitoral José Alfredo Soares Savedra

Desembargadora Eleitoral Glória Heloiza Lima da Silva

Desembargadora Eleitoral Kátia Valverde Junqueira

PROCURADORIA REGIONAL ELEITORAL

Titular: Sidney Pessoa Madruga da Silva

Substituto: Maurício da Rocha Ribeiro

DIRETORIA-GERAL

Bruno Cezar Andrade de Souza

DIRETORA DA ESCOLA JUDICIÁRIA ELEITORAL

Desembargadora Eleitoral Cristiane de Medeiros Brito Chaves Frota

Conselho Editorial

Carlos Santos de Oliveira

Desembargador Presidente do TRE-RJ

Cláudio Brandão de Oliveira

Desembargador Vice-Presidente e Corregedor
Regional Eleitoral

Guilherme Couto de Castro

Desembargador Federal Membro titular

Paulo César Vieira de Carvalho Filho

Desembargador Eleitoral Membro titular

Ricardo Alberto Pereira

Desembargador Eleitoral Membro titular

Cristiane de Medeiros Brito

Desembargadora Eleitoral Membro titular

Nagib Slaibi Filho

Desembargador Membro substituto

Luiz Fernando de Andrade Pinto

Desembargador Membro substituto

Guilherme Calmon Nogueira da Gama

Desembargador Federal Membro substituto

Jose Alfredo Soares Savedra

Desembargador Eleitoral Membro substituto

Gloria Heloiza Lima da Silva

Desembargadora Eleitoral Membro substituto

Kátia Valverde Junqueira

Desembargador Eleitoral Membro substituto

Profª. Drª Ana Paula Goulart Ribeiro

Universidade Federal do Rio de Janeiro

Profª Drª Danielle Ramos Brasiliense

Universidade Federal Fluminense

Prof. Dr. Francisco Juvêncio Laerte Magalhães

Universidade Federal do Piauí

Prof. Dr. Frederico Franco Alvim

Tribunal Regional Eleitoral de São Paulo

Prof. Dr. Luiz Fernando Casagrande Pereira

Instituto de Direito Romeu Felipe Bacellar - PR

Profª Drª Roberta Maia Gresta

Pontifícia Universidade Católica - MG

Prof. Me. Volgane Oliveira Carvalho

Instituto de Ciências Jurídicas e Sociais
Professor Camillo Filho - PI



ENTREVISTA

- 12** Portas abertas ao diálogo
Carlos Santos de Oliveira
Presidente do TRE-RJ
-

ENSAIOS

- 14** "A tutela de evidência e sua aplicação nas eleições de 2018"
Cristiane de Medeiros Brito Chaves Frota
- 17** Os Imperativos do Equilíbrio e da Serenidade na Função Judiciante
Reis Friede
- 20** "Postura Judiciante: o Silêncio é Sagrado, e é de Lei"
Reis Friede
-

ARTIGOS

- 23** "Estado, Direito e interesse legítimo"
André R. C. Fontes
- 30** "Judicialization and Municipal Electoral competition in Brazil"
Ary Jorge Aguiar Nogueira
- 38** "Breves reflexões sobre mudanças legislativas que valorizaram a soberania vontade da maioria"
Eduardo Damian
- 43** "Cidadania revigorada: direito ao sufrágio e inclusão política das pessoas com deficiência"
Frederico Franco Alvim
Joelson Dias.
Wendelaine de Andrade Oliveira.
- 63** O desrespeito ao conteúdo plebiscitário do voto como ameaça à soberania popular
Gabriel Vieira Terenzi.
-



- 66** "Tese sobre a Reforma Política"
Por Joelson Dias, Marilda Silveira e Daniel Falcão
- 71** "Caminho é Caminhar, com afeto"
Luis Fernando Silva
- 76** "Eleições Suplementares e o Princípio da Soberania Popular"
Marcio Alvim
- 79** "A Constituição é o fundamento dos Recursos Eleitorais, não mais somente o Código Eleitoral"
Nagib Slaibi Filho
- 91** "Por um retrospecto dos conceitos Jusfilosóficos de soberania"
Volgane Oliveira Carvalho
- 98** "Mutações Constitucionais e os processos de reforma"
Walber de Moura Agra
Renato Ribeiro de Almeida
- 114** "Soberania popular, mídia e violência"
Maurício da Silva Duarte
- 122** "A democracia como regime político: breve ensaio em busca de uma definição teórica"
Jaime Barreiros Neto
- 129** "Da comunicação ao órgão partidário para a eficácia da desfiliação: discutindo uma antinomia à luz de bobbio"
Ary Jorge Aguiar Nogueira
Fernando Pereira da Silva



Findos os trabalhos com as eleições, nos chamados anos ímpares, a Justiça Eleitoral continua a ocupar um papel de destaque no cenário nacional. É o fortalecimento da credibilidade desta Justiça especializada junto à sociedade por meio da consolidação de seu trabalho. Através da Revista Justiça Eleitoral em Debate, o leitor será convidado a conhecer ainda mais a Justiça Eleitoral, cuja função vai muito além da atividade de apuração e fiscalização das eleições.

A audiência pública promovida pela Escola Judiciária Eleitoral do Rio de Janeiro, em parceria com o Tribunal Superior Eleitoral, congregando o projeto de Sistematização das Normas Eleitorais de iniciativa da Ministra Rosa Weber, contribuiu de maneira expressiva para o aperfeiçoamento das normas eleitorais vigentes, colhendo contribuições de juristas, da comunidade acadêmica, bem como de interessados na identificação de conflitos normativos, antinomias ou dispositivos da legislação eleitoral que estão tacitamente revogados para, ao final, elaborar relatório a ser enviado ao Congresso Nacional.

Neste contexto, os frutos institucionais da Justiça Eleitoral remetem à compreensão da necessidade de estabilização de uma cultura que valorize e conscientize o cidadão da importância da representação política em um Estado Democrático de Direito.

A soberania nacional é uma das principais características de todas as nações independentes, as quais têm poder total sobre seus limites territoriais, suas riquezas, seus valores. Sendo, portanto, livres da influência ou subordinação a quaisquer outras nações.

Nesta edição, serão apresentados questionamentos à democracia representativa mundial e a posição fragilizada da soberania popular que ameaça o próprio processo democrático. O enfraquecimento da credibilidade dos partidos políticos coloca em cheque a legitimidade de seus representantes.

Portanto, a Revista Justiça Eleitoral em Debate é um convite à reflexão sobre o ordenamento democrático com a apresentação de relevantes artigos que tratam da temática e contribuem para aprofundar o entendimento sobre a efetiva continuidade dos trabalhos da Justiça Eleitoral. Nesse ponto, a Escola Judiciária Eleitoral cumpre sua vertente acadêmica ao proporcionar reflexões e contribuir para a capacitação, o aprendizado e o aprimoramento do diálogo político eleitoral.

Que o leitor possa desfrutar dessa seção, em que marcam presença grandes nomes da Justiça Eleitoral.



Desembargadora Eleitoral Cristiane de Medeiros Brito Chaves Frota

Diretora da Escola Judiciária Eleitoral



O presidente do TRE-RJ, desembargador Carlos Santos de Oliveira, em cerimônia na Câmara Municipal de Vassouras

Portas abertas ao diálogo

Iniciativa do desembargador Carlos Santos de Oliveira, projeto quer explicitar dimensão cidadã da biometria obrigatória em 35 municípios do estado

Liderado pessoalmente pelo presidente do TRE-RJ, desembargador Carlos Santos de Oliveira, o projeto "TRE-RJ de portas abertas" teve início em três municípios do Sul Fluminense, onde o magistrado conduziu uma hora de interação com autoridades e população local. Os encontros em Engenheiro Paulo de Frontin, Mendes e Vassouras serviram para esclarecer dúvidas, valorizar a cidadania e terão continuidade, num périplo que seguirá pelo maior número possível dos 35 municípios do estado que realizam o cadastramento biométrico neste ano.

"Entendo a informação e o diálogo como formas de fortalecer a democracia. Consequentemente, também fortalecem o Tribunal, uma vez que temos compromisso com o atendimento e a liberdade de consciência dos cidadãos", resume o presidente do TRE-RJ. Ele recebeu a Revista Justiça Eleitoral em Debate (RJED) para falar de sua convicção de que a biometria é parte de uma revolução que transforma a história eleitoral do país. Convicção essa que o moveu a criar o projeto que aproxima o TRE-RJ da população, ao mesmo tempo que busca impulsionar o comparecimento às revisões eleitorais deste ano.

RJED - O senhor costuma dizer que a biometria não é apenas uma inovação técnica. Por quê?

Desembargador Carlos Oliveira - O uso da biometria é uma grande conquista da Justiça Eleitoral porque reafirma sua trajetória histórica, ao evitar manipulações no alistamento dos eleitores. A história das eleições republicanas no Brasil está permeada de denúncias de fraudes e a Justiça Eleitoral foi criada, há 87 anos, já com a missão de combater as fraudes e garantir a legitimidade do processo eleitoral. A biometria é um novo pilar desse processo e deve ser compreendida nessa dimensão de cidadania.

RJED - O sistema eletrônico de votação já destacava essa convergência entre tecnologia e higidez do processo eleitoral, certo?

Desembargador Carlos Oliveira - Sim, creio que a primeira grande conquista nesse campo foi mesmo o advento da urna eletrônica, em 1996. Na eleição anterior, o TRE-RJ já havia sido obrigado a anular as eleições para deputado estadual e federal. O Rio de Janeiro foi obrigado a realizar duas vezes as eleições de deputado estadual e federal naquele distante 1994. Pois na eleição seguinte, em 1996, não houve sequer uma contestação à lisura da votação. A Justiça Eleitoral

inaugurava ali a votação totalmente digital, mais rápida e segura. Mas, foi só o primeiro passo, porque, infelizmente, há sempre quem queira fraudar as regras do jogo.

RJED - Por isso o senhor enxerga uma revolução no alistamento eleitoral com biometria...

Desembargador Carlos Oliveira - Exato. O alistamento eleitoral ficou como uma das brechas para a fraude. O alistamento é a primeira etapa do processo eleitoral e onde ainda existia a possibilidade de fraudes e manipulações. Só que a Justiça Eleitoral aprendeu a colocar a tecnologia digital a serviço da cidadania. A biometria é a segunda grande ação nacional nesse sentido, agora para tornar o cadastro nacional de eleitores totalmente confiável.

RJED - Mas houve um grande recadastramento na década de 1980...

Desembargador Carlos Oliveira - Sim, a Justiça Eleitoral já realizou um recadastramento nacional, em 1986, quando inclusive foi adotado o atual modelo de título de eleitor. Mas foi diferente. Houve, sem dúvida, um grande esforço para limpar o cadastro nacional. Mas o tempo passou e o cadastro voltou, lentamente, a ser contaminado. Vinte anos depois, a gente volta a limpar o cadastro. A diferença é que, desta vez, temos certeza de que dessa vez a limpeza é definitiva, porque contamos de novo com a tecnologia digital na coleta das digitais e foto dos eleitores. A biometria teve início no estado do Rio de Janeiro no município de Armação dos Búzios, em 2009, mas, por razões diversas, andamos um pouco lentos no cadastramento. Quero iniciar um novo salto, até porque, o prazo nacional para finalizarmos é 2022.

RJED - Qual a grande diferença do alistamento com ou sem biometria?

Desembargador Carlos Oliveira - Antes, uma pessoa de má fé poderia adulterar documentos e se inscrever mais de uma vez. É lamentável, mas a Justiça Eleitoral já flagrou vários casos. Há um eleitor na Região Nordeste que fez 52 inscrições. Isso mesmo, ele conseguia votar 52 vezes! Aqui mesmo no Rio de Janeiro, no município de Queimados, tivemos a denúncia grave de quadrilhas que conseguiram fraudar o alistamento. Por maior que seja nosso esforço para impedir a fraude, é muito difícil isso sem a ajuda da tecnologia, porque o país é continental e tem um eleitorado de grandes proporções.

RJED - Por isso, o senhor trata a biometria como uma revolução?

Desembargador Carlos Oliveira - Sim, eu afirmo que a biometria é uma revolução. Por mais que o criminoso seja esperto, corrupto, o que for, as digitais dele são únicas. Ninguém vai conseguir ter duas inscrições no cadastro nacional de eleitores. Se, por acaso, tentar se inscrever duas vezes, o banco de dados do Tribunal Superior

Eleitoral vai rejeitar a segunda inscrição. Isso acontece porque a tecnologia permite e porque o banco de dados é centralizado pelo TSE. Não adianta fazer o título no Rio de Janeiro e em Minas, por exemplo, porque vai ser descoberto. Então o que é a biometria? Eu disse que era uma revolução: ela significa o uso das nossas digitais, que são únicas, para garantir que o alistamento eleitoral seja confiável.

RJED - Não por acaso, o Documento Nacional de Identidade (DNI) terá como base o cadastro biométrico da Justiça Eleitoral....

Desembargador Carlos Oliveira - Exatamente. A previsão é de que o DNI já esteja ativo em novembro deste ano. Há também outros órgãos públicos envolvidos, mas a biometria da Justiça Eleitoral ocupa lugar central. A documentação é fundamental para o exercício da cidadania e a elaboração do DNI possibilitará uma grande simplificação que todos, em especial os mais humildes, possam tocar a própria vida sem burocracia.

RJED - O eleitor é então o maior beneficiado?

Desembargador Carlos Oliveira - Esse é um serviço que os TREs prestam ao cidadão, certo? Mas sabe quem também é muito beneficiado com a biometria? O político correto, que disputa a eleição dentro das regras. Acredito que a imensa maioria dos políticos seja honesta e que eles devem exaltar a biometria. Afinal, ele é o grande beneficiado, pois tem a certeza de que compete num processo limpo e que os vencedores vão exercer um mandato legítimo, pois a vontade popular foi respeitada.

RJED - A Justiça Eleitoral então está cada vez mais próxima de alcançar a missão de garantir eleições legítimas?

Desembargador Carlos Oliveira - Temos avançado, sem dúvida. Porém, quero dizer que o personagem mais importante para o sucesso das eleições é o cidadão. Sem a participação do cidadão, não adianta todo esforço da Justiça Eleitoral nem toda a tecnologia usada. As eleições vão ser mais limpas se houver a participação popular, seja ao denunciar a propaganda irregular, ao rejeitar a corrupção eleitoral, mas também cobrando coerência e compromisso dos políticos eleitos. Agora, também é preciso entender que essa participação do cidadão deve estar em todos os processos que buscam garantir eleições limpas, como é o caso do cadastramento biométrico obrigatório.

RJED - O senhor pode dar uma última mensagem aos nossos leitores?

Desembargador Carlos Oliveira - Precisamos muito divulgar e realizar a biometria no estado. E ninguém pode ajudar mais nisso que os cidadãos que prezam o voto livre e consciente. Contamos com o apoio de todos para divulgar a importância da revisão biométrica e para realizarmos, no ano que vem, uma eleição exemplar no Rio de Janeiro



A tutela de evidência e sua aplicação nas eleições de 2018

DESEMBARGADORA ELEITORAL

CRISTIANE DE MEDEIROS BRITO CHAVES FROTA



A aplicação da Tutela Provisória de Evidência instituída pelo art 311 do novo CPC, nos processos de registros de candidatura, gerou importante e consistente divergência nas Eleições Gerais de 2018.

A grande questão seria a compatibilidade na aplicação desta modalidade de tutela nos processos eleitorais, à luz da regra insculpida na Lei 9.504/97, reguladora das eleições, que dispõe expressamente em seu artigo 16-A sobre a possibilidade de o candidato praticar todos os atos de campanha, inclusive se utilizando do tempo de rádio e televisão e nome na urna, enquanto persistir *sub judice* seu registro de candidatura.

A tutela de evidência, diversamente das demais tutelas cautelares, não tem por escopo a urgência na medida liminar, *periculum in mora*, mas sim o elevado grau do êxito no resultado do processo, ou seja, um direito que de tão notório exige uma rápida proteção jurisdicional. Seria a quase certeza do direito alegado.

Acerca da evidência do direito, o eminente processualista Min. Luiz Fux leciona que envolve situações em que se opera mais do que o *fumus boni iuris*, aliada à injustificada demora ao longo de todo o processo ordinário até a satisfação do interesse do demandante, com grave desprestígio para o Poder Judiciário, porquanto injusta a espera determinada.¹

Nas eleições de outubro passado, os Tribunais Eleitorais se posicionaram de forma distinta ao tratar a matéria quando da apreciação dos registros de candidaturas. Alguns Tribunais Regionais, como por exemplo, do Rio de Janeiro, entenderam pela possibilidade de se antecipar os efeitos do indeferimento de registro pela instância originária, aplicando de imediato seus efeitos, afastando, assim, a regra geral expressa no art. 16-A, da Lei das Eleições.

Sem qualquer dissenso quanto à possibilidade de sua concessão, a divergência lastreou-se tão somente nas hipóteses de sua concessão. Os defensores da tutela de evidência, antecipatória dos efeitos do indeferimento de registro de candidatura, dividiram-se em duas correntes quanto ao critério adotado para análise de sua concessão. Uma corrente seguiu a linha de um critério subjetivo para aferição de uma suposta inelegibilidade, estabelecendo um juízo de valor, com uma densa análise das circunstâncias concretas de cada caso. Já uma segunda corrente, em atenção ao artigo 16-A, seguiu uma linha mais garantista, concedendo a tutela de evidência apenas aos casos em que se verificasse, de plano, que o registro do candidato estava maculado por ilegalidade flagrante, constatada por meio de critério objetivo, calcado em direito evidente, contra o qual não pare duvida razoável, conforme intenção da própria norma legal do art. 311, do Código de Processo Civil, como no caso de falta de uma das condições de elegibilidade elencadas no art. 14 da Constituição Federal.

A última posição, à qual aderi, me pareceu mais acertada pois a concessão de tutela dessa natureza deve limitar-se a casos excepcionais. Isso porque, como dito, a regra insculpida no art. 16-A da Lei das Eleições prestigia o direito à elegibilidade, direito fundamental do cidadão, que, em regra, somente poderá ser afastado do processo eleitoral quando sobrevier o trânsito em julgado da decisão que indeferiu o seu registro de candidatura.

O Tribunal Superior Eleitoral, em exame da matéria, manifestou-se trazendo à colação uma terceira análise, que não se limitou às perspectivas de critérios objetivos ou subjetivos, mas pautada no respeito à autoridade do duplo grau de jurisdição.

Em seu minucioso voto o Ministro Tarcísio Vieira de Carvalho, ao rechaçar a aplicabilidade da tutela de evidência, destacou a inequívoca opção do legislador pelo duplo grau de jurisdição, no que tange às decisões que resultem em cassação de registro ou perda de mandato eletivo, quando afastou a incidência da regra geral ao inserir o parágrafo 2º. ao art. 257, do Código Eleitoral.

Assim, entendeu razoável conceder tratamento próximo (duplo grau de jurisdição) aos indeferimentos de registros de candidatura. No caso das eleições gerais, a orientação foi no sentido de permitir os atos de campanha até o exame da matéria pelo TSE, como instância revisora, independente do recurso cabível (especial ou ordinário).

Em outras palavras, para as eleições gerais de 2018, o Tribunal Superior Eleitoral caminhou no sentido da necessidade de se aguardar o exame do registro pelo TSE, o que, via de regra, incompatibilizaria a antecipação dos efeitos da tutela de evidência.

Por outro lado, para os registros de competência originária da Corte Superior, dado que se está a prestigiar não propriamente a via processual, mas o duplo grau de jurisdição (assim compreendida como aquela prestada dentro da estrutura da Justiça Eleitoral), os registros não se acobertam pelo manto do art. 16-A da Lei nº 9.504/97, como assentado no julgamento do Requerimento de registro de candidatura ao cargo de Presidente da República nas Eleições 2018 apresentado por Luiz Inácio Lula da Silva pela Coligação "O Povo Feliz de Novo" (PT/PC do B/PROS).²

¹FUX, Luiz. Tutela de segurança e tutela da evidência. São Paulo: Saraiva, 1996, p. 305-306.

²Registro de Candidatura nº 060090350, Acórdão, Relator(a) Min. Luís Roberto Barroso, Publicação: PSESS - Publicado em Sessão, Data 01/09/2018)

Expostos os respeitosos entendimentos acima, entendo que a tutela de evidência nas ações de registros de candidaturas poderá ser concedida nos casos em que se constatar que o registro do candidato é maculado por ilegalidade flagrante, que seja constatada de plano e por meio de critério objetivo. Ademais, não se deve vislumbrar perspectiva de alteração no quadro fático que originou a inelegibilidade, tampouco probabilidade concreta de entendimento diverso por instância superior, sopesados os bens constitucionais envolvidos.

Os Imperativos do Equilíbrio e da Serenidade na Função Judiciante

REIS FRIEDE

Estamos vivendo tempos extraordinariamente difíceis em nosso país. Politicamente, superamos o trauma de duas das eleições presidenciais mais polarizadas de nossa história: a de 2014 (com resultados, no mínimo, contestáveis), - e com a excepcionalidade do *impeachment* da então Presidente da República no curto período de pouco mais de um ano do exercício de seu segundo (e conturbado) mandato presidencial -, e a de 2018, que conseguiu trazer a nação de volta aos trilhos democráticos.

Porém, permeando essa sorte de solavancos na esfera política, uma preocupante recessão econômica emergiu, - e continua a produzir efeitos, apesar de o país já ter voltado ao rumo do crescimento -, como combustível para uma crise político-institucional que acabou por conduzir o Poder Judiciário a um inédito e extraordinário *protagonismo* (sem precedentes na história republicana), entremeado de persistentes (e inquietantes) conflitos com o Poder Legislativo, desconsiderando não somente que, se a *magistratura é essencial* à democracia, o *parlamento* igualmente o é, sob pena, como bem adverte JOAQUIM FALCÃO (*Congresso e Supremo podem fazer Gol Contra*; O Globo, 16/12/2016, p. 3), de trocarmos uma necessária (e concreta) *Constituição Normativa* por uma abstrata (e inefetiva) *Constituição Semântica*.

Também, resta fundamental destacar que o ineditismo dessa nova forma de atuação do Judiciário, no contexto de um surpreendente (e perseverante) quadro de incontáveis denúncias de corrupção, tem conduzido a um igualmente excepcional grau de exigência quanto à atuação por parte de seus membros, que transcende (em muito) toda a experiência acumulada em cerca de 30 ou 40 anos de existência de uma Justiça relativamente independente em nosso País.

Nesse cenário, *equilíbrio e serenidade* se constituem no binômio fundamental a ser necessariamente observado por todos os juízes, em todos os juízos e tribunais brasileiros.

“O Poder Judiciário se constitui, acima de tudo, em árbitro em processos de conflito e jamais em ator responsável por dar causa ao próprio conflito; situação que se apresenta quando passa a interferir, às margens dos estreitos limites de sua competência constitucional, na própria dinâmica funcional dos Poderes Legislativo e Executivo.” (Ministro GILMAR MENDES; O Estado de São Paulo, 16/12/2016)

Somente obteremos êxito na superação desse grandioso desafio se os membros da magistratura nacional compreenderem o elevadíssimo grau de responsabilidade de suas novas (e renovadas) funções e, acima de tudo, o impacto (efetivo e potencial) de suas respectivas ações no mister do desempenho de suas atribuições constitucionais.

É oportuno mencionar que a prestação jurisdicional não se esgota apenas na rigorosa observância da Constituição e das leis que com ela convergem, posto que a atuação do julgador deve ser necessariamente legitimada, ao mesmo tempo em que deve possuir um incontestado conteúdo ético.

Nunca é demais lembrar que o substrato *deontológico* da magistratura encontra-se presente no processo de legitimação do próprio juiz e, por efeito, de seu poder jurisdicional, não obstante ser sempre verdadeiro o fato de que a legitimidade do magistrado transcende a simples valoração subjetiva, implícita na *ética* e na *moral social*, para se fundar, não só no procedimento de recrutamento e seleção, mas, sobretudo, no resultado de sua *atuação criativa*, - porém umbilicalmente fundamentada em preceitos técnico-jurídicos (art. 93, IX, da CF) -, que objetiva, em última análise, transformar o *direito objetivo abstrato* em *norma sentencial concreta e efetiva*.

Ademais, resta imperativo que todos os membros da judicatura compreendam que o cerne da questão da *justiça*, na qualidade de elemento *axiológico do direito*, não se encontra propriamente na valoração genérica e *egocentricamente* livre de cada julgador, mas, ao reverso, no rigor da aplicação racional da lei de forma *serena, equilibrada e, fundamentalmente, isenta, imparcial e impessoal*.

“O juiz não é livre para decidir, posto que decide sempre com fundamento na Constituição e nas leis que convergem com o texto constitucional. Os juízes, em verdade, são apenas livres de pressões externas para

julgar, considerando as garantias da magistratura asseguradas na Carta Política.” (Ministro DIAS TOFFOLI em entrevista ao jornalista ROBERTO D’ÁVILA, Globo News, 12/12/2016)

É sempre válido registrar que a legitimidade democrática do magistrado não resulta de uma exclusiva delegação *a priori* (como na hipótese dos cargos eletivos), mas, ao contrário, de um mecanismo que se opera sempre (e conclusivamente) *a posteriori*, através da produção da lei *inter partes*, vinculada inexoravelmente ao absoluto respeito em relação à matriz jurídica básica, de natureza legislativa, que lhe é posta pelo direito constitucional e infraconstitucional vigente. Tal preceito resta tão importante que o Novo Código de Processo Civil (Lei nº 13.105/2015), preocupado com os constantes julgamentos procedidos por *sentenças genéricas* e com base em conceitos *peculiares relativos ao legal e ao justo*, estabeleceu expressamente, em seu art. 489, *restrições inéditas* à pretensa liberdade de decidir dos juízes, remodelando, inclusive, a arquitetura construtiva dos julgados (e de suas explícitas motivações) e expurgando definitivamente a possibilidade de decisões judiciais contaminadas por *concepções pessoais absolutas e soberanas*.

“Art. 489. São elementos essenciais da sentença:

(...)

II - os fundamentos, em que o juiz analisará as questões de fato e de direito;

(...)

§1º Não se considera fundamentada qualquer decisão judicial (...) que:

I - se limitar à indicação, à reprodução ou à paráfrase de ato normativo, sem explicar sua relação com a causa ou a questão decidida;

II - empregar conceitos jurídicos indeterminados, sem explicar o motivo concreto de sua incidência no caso;

III - invocar motivos que se prestariam a justificar qualquer outra decisão;

IV - não enfrentar todos os argumentos deduzidos no processo capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada pelo julgador;

V - se limitar a invocar precedente ou enunciado de súmula, sem identificar seus fundamentos determinantes (...)

VI - deixar de seguir enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente invocado pela parte, sem demonstrar a existência de distinção no caso em julgamento ou a superação do entendimento.

§2º No caso de colisão entre normas, o juiz deve justificar o objeto e os critérios gerais da ponderação efetuada, enunciando as razões que autorizam a interferência na norma afastada e as premissas fáticas que fundamentam a conclusão.

(...)”

Não é por outro motivo que a fundamentação (necessariamente) *técnica* das decisões judiciais sempre foi e, de forma mais *marcante e explícita*, continua a ser (inafastavelmente) obrigatória, constituindo-se, inclusive, em uma insuperável garantia constitucional, na exata medida em que o próprio parâmetro vinculativo do poder do juiz exterioriza-se, precisa e pontualmente, na formulação das pertinentes razões de decidir, por ser exatamente nesse momento que o julgador torna transparente (e público) que respeitou o *devido processo legal*.

“(...) o mínimo que se espera é que o Judiciário aja de acordo com a lei (...) convencer os magistrados de que sua opinião pessoal não é lei ainda é missão inconclusiva e árdua.” (SILVIA CORREIA; O Resistente Judiciário, O Globo, 13/10/2016, p. 15)

Jamais devemos nos esquecer de que não é propriamente o juiz quem *julga*, e sim o Estado-juiz que aquele representa, defluindo desse fato a conclusão lógica de que não há espaço para o exercício de um condenável *protagonismo individual* eivado de vaidades (ou mesmo de outros pecados da alma), - e, muito menos, de um *solipsismo judicial congênito* -, sendo certo, ainda, que as consequências (e os efeitos político-jurídicos) de uma decisão judicial devem ser sempre ponderadas, integrando-se, necessariamente, ao seu processo de elaboração conclusiva.

“As consequências de uma decisão judicial devem ser sempre consideradas e, portanto, fazer parte da construção de sua elaboração.” (DENIS LERRER ROSENFELD; Esculhambação Institucional, O Globo, 12/12/2016, p. 12)



Vale advertir, em tom sublime e conclusivo, que a missão primordial do Judiciário é a obtenção da paz *social*. Cumpre, portanto, ao Poder Judiciário, de forma cogente e insuperável, a resolução (administração) dos conflitos, com a consequente *pacificação* da sociedade, e não, de forma diametralmente oposta, como desejam (em seu atuar) alguns juízes, a exacerbação dos *ânimos*, em nome de uma utópica (e desautorizada) imposição de seus (subjettivos) postulados de justiça, muitas das vezes supostamente obtidos (e indevidamente incorporados ao patrimônio intelectual do magistrado) por intermédio de um suposto (porém, inexistente) *direito alternativo*.

“Em uma democracia os juizes hão de ser submissos às leis, sob risco de se transformar o Estado de Direito em um Estado de Juizes.” (EROS ROBERTO GRAU; Juizes que Fazem as suas Próprias Leis, O Globo, 11/12/2016, p. 15)

Outrossim, é sempre válido rememorar que o povo não é (em verdade) soberano, uma vez que *soberanos* são, em essência, os *valores* em que se fundam uma *democracia* e, por consequência lógica, uma sociedade autenticamente democrática. Esses valores se encontram, sempre e necessariamente, consagrados na Constituição (na qualidade de fruto do Poder Constituinte originário que formalizou os verdadeiros ideais de um povo, concebendo uma autêntica Nação), cabendo, em última análise, ao Poder Judiciário a extraordinária tarefa de defendê-los, inclusive ao eventual arrepio da oscilante vontade popular (momentaneamente *majoritária*).

Por fim, vale registrar que o Poder Judiciário representa, por meio de seus juizes, a última esperança de um povo sem esperança e, nesse sentido, todos os olhos da sociedade encontram-se naturalmente voltados em torno da expectativa de uma *correta, serena e equilibrada* atuação de todos os membros da magistratura, sem qualquer exceção ou exclusão.

Postura Judiciante: o Silêncio é Sagrado, e é de Lei

REIS FRIEDE

Estamos vivendo novos tempos de extraordinário protagonismo da Justiça e, em especial, do Poder Judiciário.

A crise política que o país recentemente atravessou permitiu criar um autêntico ineditismo histórico que projetou a Justiça brasileira, e o Poder Judiciário Federal em particular, a um novo patamar funcional, outorgando-lhes uma responsabilidade extremamente importante: prover a imprescindível estabilidade institucional ao País, em uma situação muito assemelhada a de um autêntico poder moderador, tal como exercido (outrora) pelo Exército Brasileiro.

Todavia, exatamente como ocorrera em diversos momentos da história nacional, tal peculiar encargo necessita estar (obrigatoriamente) associado a um atuar sereno e equilibrado, desprovido de paixões e vaidades, assim como daqueles antigos pecados que comprometeram, sobremaneira, a necessária lucidez inerente à atuação isenta e imparcial (e rigorosamente dentro da lei e da ordem constitucional) dos protagonistas do passado.

"Quando comecei a advogar, em 1957, o Poder Judiciário e o Ministério Público exerciam com competência e discrição suas funções, não buscando as luzes da ribalta e da admiração popular, com o que sempre foram extremamente respeitados." (IVES GANDRA DA SILVA MARTINS; A Advocacia e o Ministério Público, O Globo, 03/06/2017, p. 17)

O atual estágio da democracia brasileira não permite, - e muito menos recomenda -, que a Justiça brasileira, como bem adverte o Presidente do Supremo Tribunal Federal, Ministro DIAS TOFFOLI, venha a cometer "os mesmos erros dos militares em 1964", através de um "exagerado ativismo" e de uma perigosa tendência de "criminalizar a política" (ou a classe política) como um todo, até porque a mesma representa, em última análise, o fundamento e o alicerce da própria democracia.

O que se pode (e se deve) fazer, ao reverso, é criminalizar, correta e individualmente, a conduta dos agentes públicos que se apropriam de suas respectivas posições para praticar delitos graves, independentemente de serem integrantes dos Poderes Legislativo, Executivo ou Judiciário, ou mesmo do Ministério Público. Por conseguinte, conforme registrado por DIAS TOFFOLI, deve a Justiça se limitar a "resolver a crise de maneira pontual", evitando, de todas as formas, conduzi-la a um condenável "totalitarismo do Judiciário e do Sistema Judicial", fenômeno que, na ótica do Ministro, dá-se através da eventual e criticável prática de se proferir "sentenças aditivas" (Judiciário Pode Cometer o Mesmo Erro de Militares em 1964, O Globo, 16 set. 2016).

De igual forma, merece ser destacado que a autoridade moral do Judiciário (e do Sistema Judicial como um todo) repousa, como bem anota JOSÉ MURILO DE CARVALHO (Por Que Não se Calam?, O Globo, 20 set. 2016, p. 17), na absoluta ausência "de espetáculos midiáticos por parte de delegados, promotores de justiça e juízes", sendo por demais conclusivo que, não obstante "o Poder Judiciário tenha se afirmado e ganhado força e credibilidade inéditas em nossa história, tal predicamento, também chamado de judicialização da política, só se sustentará se os operadores da Justiça mantiverem a necessária postura profissional, resistindo à tentação dos holofotes e de inaceitáveis incursões na política", ou seja, "se eles se contiverem, em última análise, nas manifestações rigorosamente dentro dos autos", como dever inerente a todos aqueles que nela militam, consoante preconizam, inclusive, o art. 36, III, da Lei Complementar nº 35/79 (Lei Orgânica da Magistratura Nacional), o art. 43, II, da Lei nº 8.625/93 (Lei Orgânica do Ministério Público) e, de certa forma, a partir de uma exegese ampliativa, o art. 2º, § 6º, da Lei nº 12.830/13 (relativa à investigação criminal conduzida pelo delegado de polícia), dispositivos legais que impõem aos referidos operadores do Direito a indispensável e absoluta atuação técnico-jurídica, normas que, a toda evidência, abrangem o dever de se abster de qualquer espécie de "holofotofilia", mantendo, assim, o sagrado silêncio (exteriorizando, desta feita, o princípio da publicidade na sua correta e restrita forma de manifestação nos autos) em benefício último do próprio prestígio da Justiça.

Ademais, essa é a postura institucional dos países mais desenvolvidos do mundo, notadamente em relação aos membros da magistratura, como é o caso da Suprema Corte estadunidense.

"Temos muita sorte de os nossos membros da Suprema Corte (norte-americana e os juízes estadunidenses de modo geral) não falarem com a imprensa (...). É salutar que juízes só se manifestem por meio de suas decisões ou de seus livros." (LINDA GREENHOUSE; New York Times, Rev. Época, nº 1.081, 25/03/2019, p. 65)



Artigos

Soberania Popular

"Estado, Direito e interesse legítimo"

Por André R. C. Fontes

"Judicialization and Municipal Electoral competition in Brazil"

Por Ary Jorge Aguiar Nogueira

"Breves reflexões sobre mudanças legislativas que valorizaram a soberania vontade da maioria"

Por Eduardo damian

"Cidadania revigorada: direito ao sufrágio e inclusão política das pessoas com eficiência"

Por Frederico Franco Alvim, Joelson Dias e Wendelaine de Andrade Oliveira.

"Tese sobre a Reforma Política"

Por Joelson xxx, Marilda... e Daniel...

O desrespeito ao conteúdo plebiscitário do voto como ameaça à soberania popular

Por Gabriel Vieira Terenzi.

"Caminho é Caminhar, com afeto"

Por Luis Fernando Silva

"Eleições Suplementares e o Princípio da Soberania Popular"

Por Marcio Alvim

"A Constituição é o fundamento dos Recursos Eleitorais, não mais somente o Código Eleitoral"

Por Nagib Slaibi Filho

"Por um retrospecto dos conceitos Jusfilosóficos de soberania"

Por Volgane Oliveira Carvalho

"Mutações Constitucionais e os processos de reforma"

Por Welber de Moura Agra e Renato Ribeiro de Almeida

"Soberania popular, mídia e violência"

Por Maurício da Silva Duarte

"A democracia como regime político: breve ensaio em busca de uma definição teórica"

Por Jaime Barreiros Neto

"Da comunicação ao órgão partidário para a eficácia da desfiliação: discutindo uma antinomia à luz de bobbio"

Por Ary Jorge Aguiar Nogueira

Por Fernando Pereira da Silva

Estado, Direito e interesse legítimo

ANDRÉ R. C. FONTES

Sobre a autor:

André R.C. Fontes. *Doutor em Direito pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ) e Desembargador do Tribunal Regional Federal da 2ª Região (Rio de Janeiro e Espírito Santo).*

RESUMO

O artigo trata da formação do pensamento jurídico em torno dos direitos fundamentais, dos direitos humanos, dos direitos subjetivos e da tutela jurídica da personalidade.

Palavras-chave: Direitos humanos, direito fundamentais e direitos subjetivos.

ABSTRACT

The article concerns the formation of legal thinking about fundamental rights, human rights, subjective rights and the legal protection of personality.

Keywords: Human rights, fundamental rights and subjective rights.

§ 1º PODER CONTRA O ESTADO

Um fato é característico no pensamento moderno: os problemas gerais tendem a ser resolvidos de diferentes formas. Porque a realidade mostra uma multiplicidade de valores nobres e profundos aos quais se reconhece haver a necessidade de atribuir alguma proteção, e exige a relativização e a diferenciação das variadas maneiras de alcançá-la. Doutro lado, a condução dessa tutela por uma só via ou caminho não se mostraria a princípio hábil e determinante para a mais abrangente e extensa proteção. A qualificação dos interesses que podem ser tutelados em um dado sistema jurídico pluralista, o respeito aos interesses variados e que são de fato protegidos, significará *in extremis* acolher e proteger, na sua maior plenitude e extensão, os mais variados interesses, dos comuns aos contraditórios.¹ Conduzir-se em um *regime monista de tutela* significará mutilar os seres e engendrar ortodoxias que não agregam nenhum valor positivo. Encontrar respeito e reconhecimento em uma unidade monolítica é submetê-la a um imaginário sistema de perfeição absoluta, algo que o direito subjetivo está muito longe de alcançar. Os eventuais caminhos para a obtenção de ampla tutela dos interesses postos proteção seriam *ab ovo* atrofiados e em consequência limitados e restritos simplesmente porque estariam sempre assentados sobre a ilusão e a ingenuidade da solução única².

O pluralismo como atitude e como opção revela uma outra consequência: a da problemática do equilíbrio entre as tensões múltiplas, e por vezes contraditórios, em conciliar a pluralidade e o particularismo, em administrar os antagonismos e evitar divisões irreduzíveis.³ Nenhum sistema pode estar assentado em uma potência unitária, mas, sim, resultante de um equilíbrio incessante e renovado entre uma pluralidade de forças que são a um só tempo rivais e cúmplices. É o pluralismo a base efetiva de qualquer sistema jurídico⁴.

Sob a perspectiva civilística ainda consideram alguns autores o interesse legítimo como uma situação regulada pelo Direito Público, ou então, como uma forma de proteção ao particular apenas se estiver em posição de confronto com a Autoridade Pública. Em ambos os casos sustentam esses autores que o interesse legítimo seria uma situação jurídica inaplicável ao Direito Civil, por ser matéria afeta do Direito Público, especificamente ao Direito Administrativo, ou então relativa à tutela jurisdicional do administrado em regimes de contencioso administrativo⁵. A suposta função do interesse legítimo é, para esses doutores, abrangida pela figura do direito subjetivo, sem mesmo a explícita referência a uma eventual aplicação técnica da *extensio*. Nessa perspectiva niilista, na qual ao particular diz respeito tão-somente a ocorrência desfavorável do não exercício de *poderes públicos* contrários ao seu interesse, por serem normalmente conferidos à Administração Pública como direito subjetivo público, enumeram-se *direitos dos administrados, igualmente subjetivos e públicos*, mas arrolados em situações legais-casuísticas, segundo os parâmetros de aceitação e reconhecimento que obedecem, em certa medida, a um verdadeiro regime de *numerusclausus*⁶.

Numa visão de conjunto, os direitos subjetivos públicos que a Administração Pública titulariza, que sejam coincidentes com interesses dos particulares, que não sejam a estes atribuídos igualmente, deixando-os desprovidos da titularidade de direito subjetivo próprio ou equivalente, e que seja acompanhado por um prejuízo suportado por estes (os particulares) restam como mero direitos afirmados muito mais pela idéia de um suposto dever da Administração Pública do que de uma idéia própria e direta da existência de um direito subjetivo público e que deva incidir, como ocorre com os direitos subjetivos em geral, nos casos nos quais se incluem os do Estado-administração. Se isso ocorrer, se estará, verdadeiramente, se afirmando e utilizando mais um caso de tutela por meio do regime do interesse legítimo⁷.

As formas de tutela do particular contra o Estado são *diretas e específicas* (amplamente tuteladas pelos direitos subjetivos públicos) e as *indiretas e genéricas* (tuteladas causuisticamente pelo interesse legítimo). Essa dualidade

¹ A Democracia, embora não se confunda com o Pluralismo, é valor que constitui tendência no Direito Civil, sem o qual nenhuma outra perspectiva se faz possível. cf. *La tendenciademocraticanellascienza pratica deldirittocivileinScrittivariidiDirittoPrivato*. v.1. 5. ed. Turim: UTET, 1917. p. 450. Cf. ainda Giuseppe diGasporell *potere sul dirittopubblico*. Pádua: Cedam, 1992. passim. Rogério Guilherme Ehrhardt Soares, *Direito público e sociedade técnica*, Coimbra: Atlântida, p. 119. Mario Bertolini e Ruggero Meneghelli *Lezionididirittopubblicogenerale*, 2. ed. Turim: Giappichelli, 1996. p. 383. Sabino Cassese *Le basi del dirittoamministrativo*, 2. ed. Milão: Garzanti, 1995. p. 116. Costantino Mortati *Istituzionididirittopubblico*, tomo 1, 10. ed. Cedam: Pádua, 1991. p. 175. Francesco Cuocolo *Principididirittocostituzionale*. 6. ed. Milão: Giuffrè, 1990. p. 12.

² Marcelo Caetano, *Direito Constitucional*, v. 1, Rio de Janeiro: Forense, 1977. p. 374.

³ O princípio pluralista é de fundo contratual, classificado dentre os princípios da República. (Art. 1º, V, da Constituição da República). Sobre pluralismo e soluções justas cf. Paulo Otero *Lições de Introdução ao Estudo doDireito*, v. 1., t. 1, Lisboa: Pedro Ferreira-artes gráficas, 1998. p. 173.

⁴ Sobre o Pluralismo como base do sistema jurídico moderno cf. Matteucci, Nicola – *LoStato moderno*, Bolonha: Il Mulino, 1997. p. 321. Em sentido civil constitucional cf. Pietro Perlingieri *Profili...* p.

⁵ É emblemática a opinião do Prof. José Carlos Barbosa Moreira, op. cit.

⁶ Cf. Vincenzo Roppo *IstituzionididirittoPrivato* 4. ed. Bolonha: Monduzzi, 1998, p. 60.

⁷ Hely Lopes Meirelles, *Direito de construir*, op. cit.

de proteção é um desdobramento da noção de Estado de Direito, seja na sua visão positiva, seja na perspectiva dos direitos fundamentais⁸.

A literatura tem enquadrado de modo categórico como significando *direitos* quando se trata de interesses: atribuir *direito* de anulação de licença ao vizinho nos casos de somente ter *interesses*⁹. De se atribuírem direitos ao beneficiário de pensão de alteração de situação jurídica do autor, sob a perspectiva do *interesse* em anular o ato que atribuiu o valor da prestação pecuniária¹⁰.

§ 2º PODER CONTRA OUTRO PARTICULAR

Os fenômenos fundamentais da variação, desenvolvimento e mudança, no funcionamento da sociedade humana, por longo tempo compeliram os estudiosos a constituírem numerosas tipologias de sistemas doutrinários¹¹.

A instituição comparativa do poder contra o Estado deve ser mantida no exercício contra o particular: ambos exercem um poder de comum origem estatal. O direito subjetivo é concedido para assegurar o atingimento de uma determinada utilidade: o seu exercício efetivo é o pressuposto de que esse reconhecimento não pode ser diverso que os limites de proteção.¹² Doutro lado, a falta de exercício de um direito pelo titular, que de regra não constitui a violação de um dever, poderia gerar, na sua inutilidade, uma forma de esmorecimento, com o curso da prescrição da pretensão¹³.

Entende-se por tutela jurídica toda forma hipotética de proteção de um interesse qualificado mediante uma solução de um problema de satisfação de um direito subjetivo que se origine de um interesse violado.¹⁴ Uma proteção poderá ser por meio do direito subjetivo se for direto e imediatamente protegido o interesse ou de modo indireto e mediamente protegido, como se faz pelo interesse legítimo. Também se fará de forma isolada por meio de outra figura agrupada no complexo das situações jurídicas subjetivas ativas relacionada com um deles¹⁵.

Uma das características mais acentuadas do Direito foi a de atribuir poder concreto ao interesse, tal como o direito subjetivo.¹⁶ É verdade que já bem antes da sua formação, o sistema das *actius romanae* alcançava resultados semelhantes.¹⁷ Há muito que nos debatemos na armadilha das palavras e pode-se até dizer que, à maneira de uma compreensível reação, uma das tendências mais acentuadas do Século XX foi seu esforço para se desenredar delas, de refazer e repensar a história sem elas, pois o sistema romano nada mais é que a consideração de um direito subjetivo *in status activus*¹⁸.

A caracterização como direito subjetivo para as manifestações de interesse legítimo se dá nos mais evidentes fenômenos, haja vista a imprópria substituição do termo direito reflexo para os casos nos quais isso ocorre.¹⁹ De maneira que, os interesses violados do subcontratado, e que dependam da atuação como se co-contratante fosse, não são casos de direito subjetivo, mas de interesse legítimo. Do mesmo modo os atos dos segurados destinados à preservação de sua esfera jurídica devido ao comportamento prejudicial do terceiro é caso de interesse legítimo²⁰.

PARTE XII

§ 1º OS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Um levante militar, autoritário e ilegítimo, tomou de assalto a direção do país na década de sessenta e com a sua chegada um longo período institucional de exceção surgiu, encobrindo e envolvendo a nação em trevas que somente foram dispersadas após sofridos anos. Foi interrompido pelas incessantes vozes de protesto e constante

⁸ Cf. Yves le Roy, Maria Bernadette Schoenemberger *Introduction Générale au Droit Suisse*, Friburgo: Bruylant, L.G.D.J. Schulthess, p. 13.

⁹ Diogo de Figueiredo, Hely Lopes Meirelles *Direito de Construir*, 3. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 1979. p. 79.

¹⁰ Cf. Johan Braun *Einführung in der Rechtswissenschaft*, Tübingen: J.C. Mohr (Paul Siebeck), 1997.

¹¹ Sobre a tipologia de sistemas cf. Canaris, op. cit. Cf. ainda Pietro Barcellona *Diritto Privato e Società Moderna*, Nápoles: Jovene, 1996. p. 29.

¹² Espínola, *Sistema*, op. cit.

¹³ Giuseppe Guarino, *Poteregiuridico e dirittosoggettivo*, Nápoles: Jovene, 1990.

¹⁴ San Tiago Dantas, op. cit.

¹⁵ Lina B. Geri, *Contributo*, op. cit.

¹⁶ Serpa Lopes, op. cit.

¹⁷ J.C. Moreira Alves, *Direito Romano*, v. 1, 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1992. p. 255.

¹⁸ Pawlowiski, Hans-Martin, *Allgemeiner Teil des BGB*, 5. ed. Heidelberg: C.H. Müller Verlag, p. 144.

¹⁹ Lina B. Geri *Contributo*, op. cit.

²⁰ *idem*.

insurgência contra aquela que foi a mais agressiva, perversa e abominável quebra da ordem constitucional do país. Em um esforço de resgate da cidadania ressurge, como o mais sensível aspecto no Estado que se criou, o complexo dos direitos fundamentais²¹.

O país adquire, no momento, a consciência reformista, e sem arroubos demagógicos, muito fáceis em tais ocasiões, quando as reformas são utilizadas como bandeira ideológica ou instrumento de ação partidária. Aos estudiosos do Direito Constitucional resta a tarefa de construção, aqui e sempre, dos conceitos fundamentais do Estado de Direito²².

Por toda à parte, ora predominando um, ora predominando outro desses fatores, não peculiares a um só país, porém generalizados quase universalmente, determinam a crise, a bem dizer, no mundo inteiro²³.

Se a forma das normas atributivas de direitos fundamentais é universalizante, a rigor todos são titulares de direitos subjetivos, porque qualquer um, indistintamente, poderá invocá-la para sua proteção, uma vez que ela de fato e de direito a todos tutela.²⁴ A existência de formas diretas de proteção a todas as pessoas, sem uma situação restritiva ou própria de tutela, exclui a função do conceito de interesse legítimo para os interesses que a ela visa resguardar²⁵.

O Direito brasileiro faz uma distinção: a ação popular é forma de tutelar o interesse simples,²⁶ que se torna o único protegido como se qualificado fosse, em todo o sistema de defesa dos interesses relevantes.²⁷ Entretanto, é de interesse legítimo que se quer prescrutar. A literatura estrangeira nos oferece exemplos, como o direito de petição.²⁸ A indenização decorrente dos prejuízos causados pelo Estado na prática de atos lícitos, que se enquadram no art. 37, § 6º, da Constituição da República, seriam casos de responsabilidade patrimonial do Estado fundado no interesse legítimo²⁹.

Sob a novel perspectiva dos direitos fundamentais, indagaríamos se se considerasse o interesse legítimo a necessidade de satisfação de um interesse de seu titular, e se ele se refere a um interesse extraído de uma situação de fato, suscetível de ser identificado e captado em cada caso, com independência (ao menos relativa) de vontade do legislador, isso seria compatível com a idéia de que os direitos fundamentais são de efeitos ilimitados?³⁰

§2º OS DIREITOS HUMANOS

A palavra *noção* se refere a um conhecimento ou idéia que se tem de alguma coisa. Para se tratar de um conhecimento elementar ao lado do termo *noção*, é conveniente ter o significado da palavra *conceito*, que é a idéia do pensamento de um ser ou objeto, seja real ou não. A lógica nos ensina a respeito, que não só se deve pensar na totalidade de uma coisa, senão em suas notas essenciais. Relativamente aos³¹ direitos humanos, é difícil encontrar uma pessoa do mundo que não tenha uma noção do que são e o que eles representam.³²

²¹Sobre a concretização do direitos fundamentais cf. Lenio Luiz Streckin *Hermenêutica e concretização dos direitos fundamentais sociais no Brasil* Lin Constitucionalização e Direito, organizado por André Andrade, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003. p. 3.

²²Sobre a expressão “conceitos fundamentais do Estado de Direito” cf. Jorge Reis Novais, *Contributo para uma teoria do Estado de Direito*, Coimbra: Universidade de Coimbra, 1987.

²³Sobre a determinação no âmbito da proteção dos direitos fundamentais cf. Gilmar Mendes *Hermenêutica Constitucional e Direito Fundamentais*, Brasília: Brasília Jurídica, 2002. p. 212.

²⁴Sobre o alcance dos direitos fundamentais cf. Jorge Bacelar Gouveia, *Os direitos fundamentais atípicos*. Lisboa: Aequitas, 1995. Cf. ainda Nicolò Lipari *Dirittifondamentali e categorie civilistiche in Rivista di diritto civile*, n. 4, luglio-agosto 1996, MXLII. Pádua: Cedam, 1996. p. 413.

²⁵As manifestações de proteção em suas formas cf. José Carlos Vieira de Andrade *Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*, Coimbra: Almedina, 1987.

²⁶Sobre o interesse em perspectiva constitucional, especialmente quanto ao controle abstrato cf. Vitalino Canas *Os processos de fiscalização da constitucionalidade e da legalidade pelo Tribunal Constitucional*, Coimbra: Coimbra Editora, 1986.

²⁷Sobre o tema cf. José dos Santos Carvalho Filho *op. cit.* e Rodolfo de camargo Mancuso, *op. cit.*

²⁸Cassinelli-Muñoz, Horacio *El interes legitimo como situacion juridica garantida em la constitucion uruguaya op. cit.*

²⁹João Caupers e João Raposo *Contencioso administrativo* Lisboa: Aequitas, 1994, p. 167.

³⁰Cassinelli-Muñoz *op. cit.*

³¹Jacques Mourgeon *Les Droits de L'Home*, 8. ed., Paris: Puf, 1978. p. 42.

³²Em coerência com os demais capítulos nos quais ressaltamos a contribuição romana ao direito atual, lembramos que a palavra *humanitas* é de origem romana, uma vez que não existe termo correspondente em grego. Nesse sentido: Fritz Schulz *Prinzipien des römischen Rechts*, Munique e Lipsia: Verlag von Duncker & Humblot, 1934. p. 128. Cf. ainda Chistian Bay *La estructura de la libertad*, trad. do inglês para o castelhano por Marcia Dolores López Martínez, Madri, Tecnos, 1961.

A noção de direitos humanos toma, na linguagem ordinária, diversas significações, algumas das quais nada têm em comum umas com as outras, nem com o que se entende hoje em dia pelo significado da locução.³³ Pode denotar, por exemplo, *direitos em base éticas*³⁴, ou *direitos fundamentais de cunho supranacional*³⁵, ou ainda significado próprio dos direitos fundamentais como ocorre com a Constituição da República da Guatemala (“Título II Derechos Humanos”). O termo igualmente pode designar a *ratiofundamentalis* que preside todo Estado de Direito, seja qual for o domínio da atividade humana.³⁶

Uma das concepções mais conhecidas do termo direitos humanos é aquela que retira deles qualquer identidade com os direitos fundamentais.³⁷ Essa versão lhes atribui um caráter essencialmente ético, que determina e fundamenta os direitos fundamentais, mas que com eles não se haveria de confundir ou amalgamar.³⁸

A guisa de comentários à margem do princípio, sempre entendemos injustificável a restrição e a qualificação, seja por meio formal (leis, constituição ou tratado), seja de hierarquização dos direitos humanos, dos valores sob sua égide. Por exemplo, ao se reconhecer mais direitos aos súditos de países desenvolvidos se contrastados com os países subdesenvolvidos.³⁹ Essa orientação vem ganhando espaço a cada dia, geralmente assentada em um pretenso caráter mais civilizatório de um povo em detrimento de outro e revestida de uma plena difusão nos meios de comunicação, sob a premissa de que a verdade e razão são opiniões certas do titular hegemônico – geralmente econômico – do controle desses mesmos meios.⁴⁰

Acontece que o Século XIX – e quem milita na defesa dos direitos humanos sabe bem disso – até o primeiro quartel do Século XX, foram anos de comprovação do caráter quase retórico ou meramente simbólico de liberdade que as constituições consagravam e que no Século XXI a sua extensão não tem possibilitado uma paridade de tratamento entre os diversos povos e nações.⁴¹

Os direitos humanos não são puramente ideais ou de uma pura realidade social.⁴² Devem ser compreendidos e, portanto, a extensão do seu espectro serve de determinação ética a que se sujeite o legislador e mesmo o constituinte para forjarem com as essências que serão revestidas de normatividade.⁴³ A ética personalista sujeita todo o arcabouço jurídico, de maneira que será de direito positivo toda manifestação de direitos humanos acolhidos e determinados pela ética sob a forma de direitos fundamentais.⁴⁴

Em um contexto universalizante como o dos direitos humanos haverá espaço para a manifestação do interesse legítimo? Sim, se entendermos nós que está associado a um regramento que o tutele e, portanto, não de forma principal. É o caso do deslocamento de competência para processos de crimes contra direitos humanos: a provocação

³³“Os direitos humanos estão acima dos direitos do Estado”- irônica e terrivelmente estas palavras foram escritas pelo jovem Adolf Hitler preso desde abril do ano de 1924 ano no qual escreveu tal frase quando completava o terceiro capítulo de *Mein Kampf- in História Social dos Direitos Humanos*, por José Damião de Lima Trindade, São Paulo: Fundação Peirópolis, 2002. p. 13.

³⁴Nino, Carlos Santiago *Ética y derechos humanos*, 2. ed. Buenos Aires: Astrea, 1989.

³⁵Coparato, Fábio Konder. *A afirmação Histórica dos Direitos Humanos*, São Paulo: Saraiva, 2001, Almir de Oliveira *Curso de Direitos Humanos*, Rio de Janeiro: Forense, 2000.

³⁶Camargo, Antonio Luis Chaves, *Culpabilidade e reprovação penal*, São Paulo: Sugestões Literárias, 1994. Para um exame dos direitos humanos e as relações jurídicas privadas cf. Gustavo Tepedino *Temas de Direito Civil*, Rio de Janeiro: Renovar, 1999. p. 55.

³⁷Para um exame do assunto cf. Manoel Gonçalves Ferreira Filho, *Direitos Fundamentais*, São Paulo: Saraiva, 2000.

³⁸Pelo que direitos humanos fundamentais seria termo que vincularia dimensões comunicáveis, de duas ordens: a ética (os direitos humanos) e a jurídica (direitos fundamentais). Visto desse ângulo, os direitos fundamentais seriam a *forma jurídica* dos direitos humanos.

³⁹Alexandre de Moraes, *Direitos humanos fundamentais*, 5. ed. São Paulo: Atlas, 2003.

⁴⁰Cai bem o exemplo de Noam Chomski no livro 11 de setembro sobre a destruição acidental pelos Estados Unidos da América da única fábrica de antibiótico da África sub-sahariana localizada no Sudão, por um único míssil disparado de um navio distante e que potencialmente se revelou um dos mais importantes e ignorados atentados contra a Humanidade. Cf. Noam Chomsky, *11 de setembro*, trad. Luiz Antonio Aguiar, Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2002.

⁴¹Para uma perspectiva processual internacional dos direitos humanos cf. Niceto Alcalá-Zamora y Castillo *La protección procesal internacional de los derechos humanos* Madri: Civitas, 1975. Uma perspectiva nacional pode ser encontrada nos trabalhos de Celso Fernandes Campilongo e José Rinaldo de Lima Lopes in *Direitos Humanos, direitos sociais e justiça*, organizado por José Eduardo Faria, São Paulo: Malheiros, 1998. Uma história social dos direitos humanos poder ser encontrada na obra de José Damião de Lima Trindade, já citada. Uma visão penal na América Latina cf. *Sistemas Penales y Derechos humanos em América Latina*, sob coordenação de Eugenio R. Zaffaroni, Buenos Aires: Depalma, 1986. Cf. ainda Alberto Nogueira *Jurisdição das liberdades públicas*, Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 208. Uma perspectiva sociológico-jurídica pode ser identificada in *Teoria Jurídica de los derechos humanos*, Madri: Instituto de Estudios Políticos, 1972. Um exame filosófico da efetividade dos direitos humanos cf. Guy Haarscher *A Filosofia dos Direitos do Homem*, trad. de Armando Pereira da Silva, Lisboa: Instituto Piaget, 1993.

⁴²Antonio Enrique Pérez Luño, *Derechos Humanos e Estado de Derecho y Constitución*, 8. ed. Madri: Tecnos, 1984.

⁴³idem.

⁴⁴Para Eduardo Garcia Maynes, o direito está fundado em base éticas, em manifesta adesão ao *Personalismo Ético*. Cf. *Ética*, de Garcia Maynes, 24. ed., México: Porrúa, 1982. p. 19. No mesmo sentido Eduardo Garcia Maynes *Introducción al Estudio de Derecho*, México: Porrúa, 1963. p. 271.

de um interessado ao Procurador Geral da República não seria classificável como interesse legítimo? O acesso geral e individualizado por um requerente qualquer, relativo aos documentos históricos dos “desaparecidos” (ou melhor: vítimas da Ditadura militar), que continuam sob restrição absoluta, também não seria outro caso?

§ 3º OS DIREITOS SUBJETIVOS PÚBLICOS

Concebidos por Georg Jellinek, no seu *Sistema de direitos subjetivos públicos* (*System der subjektiven öffentlichen Rechte*),⁴⁵ os direitos subjetivos públicos são, desde a origem, a obra reveladora, a causa da reestruturação da noção de direito subjetivo, que passa a conhecer a idéia da *proteção do interesse* (e não mais a de interesse protegido),⁴⁶ e é entendido como o meio pelo qual o ordenamento jurídico tutela um interesse individual pelo reconhecimento ao titular de um poder de vontade vinculado às relações nas quais prevaleça o Direito Público.⁴⁷ Ou seja: é a forma de proteção dos interesses, pelos ordenamentos jurídicos, nas hipóteses de confronto com o Estado.⁴⁸ Distinguem-se dos direitos subjetivos privados pela natureza e pelos destinatários: os direitos subjetivos privados têm natureza privada e destinam-se a outro particular; os direitos subjetivos públicos têm natureza pública e se destinam contra o Estado.⁴⁹ A natureza pública ou privada evoca todo o correspondente regime público ou privado com a sua principiologia e normatividade particular, como, por exemplo, a prevalência do princípio da legalidade no Direito Público, e a prevalência do princípio da autonomia privada para o Direito Privado.⁵⁰

Um distintivo característico que na literatura se constata e se extrai é que a Teoria dos direitos subjetivos públicos é que é a base dos *direitos de liberdade*, na exata configuração de Jellinek, amplamente traduzidos nos variados dispositivos em questão e que na prática resultam, e não raramente se confundem hoje, com os modernos direitos fundamentais. Constituem eles os pressupostos lógicos e hipotéticos de todos os direitos deferidos aos cidadãos e a base para os modernos estudos dos direitos fundamentais.⁵¹

Os direitos subjetivos públicos constituem os antecedentes mais sólidos e o pressuposto mais original na formação dos interesses legítimos.⁵² Foi na ausência dos direitos subjetivos públicos, e só por isso, que se outorgou a outrem a figura correlata do interesse legítimo. Ou seja: é porque não lhe fora possível outorgar ao particular direito subjetivo público outrora, pois de “jurisdição administrativa” se tratava, e não “jurisdição ordinária”, que foi reconhecida a inexistência de interesses legítimos.⁵³ Interesse porque protegido não diretamente pela norma jurídica, mas indiretamente junto com o interesse geral e *legítimo* porque a sua violação coincide com uma violação de lei.⁵⁴ Essa assertiva tornou os direitos subjetivos públicos o pressuposto não só jurídico como o *lógico* e o *ontológico* da configuração do interesses legítimos.⁵⁵ Lógico porque é *conditio sine qua non* de sua validade sentencial. É ontológico porque a essência do instituto depende do conceito negativo ou não-possível de direito subjetivo.

§ 4º A TUTELA JURÍDICA DA PERSONALIDADE

Para se entender exatamente a noção de personalidade humana no ordenamento jurídico não é necessário perder de vista que, no conjunto, ela é de única espécie. É uma formação ativa que, mesmo com existência própria, se

⁴⁵ *System des subjektiven öffentlichen Rechte*, Aalen: Scientia Verlag, 1964.

⁴⁶ E não mais a do interesse protegido consoante a doutrina de Ihering. *op. cit.*

⁴⁷ Para uma análise introdutória da distinção entre direitos subjetivos públicos e privados, cf. Valentino de Nardo. *Sui Fondamenti del Diritto*. Pádua: Cedam, 1996. p. 385. No mesmo sentido Casetta, *Diritti Pubblici Soggettivi*, in *Enciclopedia Giuridica*, XII, p. 791. Majorana, *La nozione del diritto pubblico oggettivo*, Roma: Atheneum, 1904. Pierandrei, *I diritti subiettivi pubblici nell'evoluzione della dottrina germanica*, Turim: Utet, 1940. Nicola Coviello *Manuale di Diritto Civile Italiano Parte Generale*, 2. ed. Milão: Società Editrice Libreria, 1915. p. 24. Cf. na literatura nacional Ruy Cirne Lima *Princípios de Direito Administrativo*, Porto Alegre: Sulina: 1964. p. 55. José Cretella Júnior *Manual de Direito Administrativo*, 7. ed., Rio de Janeiro: Forense, 2000. p. 188.

⁴⁸ Santi Romano *La Teoria dei diritti pubblici subiettivi in Trattato di Diritto Amministrativo dell'Orlando* v. 1. p. 123.

⁴⁹ Para um exame inicial do confronto entre interesses públicos e privados, cf. Pietro Perlingieri. *Profilo istituzionale del Diritto Civile*. Nápoles: ESI, 1979. p. 55. No mesmo sentido *Istituzioni di Diritto Civile*, Nápoles: ESI, 2001. p. 23.

⁵⁰ Sobre interesses dos particulares e direitos subjetivos públicos, cf. *Interessi Privati e Diritti Soggettivi Pubblici*, de Francesco Lucarelli e Maria Antonia Ciocia. Pádua: Edeam, 1997, passim.

⁵¹ Nesse sentido: Arcadiacono, L. Carullo, A. Rizza, G. *Istituzioni di Diritto Pubblico*, Bolonha: Monduzzi, 1933. p. 222. Vignocchi, Gustavo, Ghetti, Giulio, *Corso di Diritto Pubblico*, 5. ed. Milão: Giuffrè, 1994. p. 611. Martinez, Temistocle, *Diritto Costituzionale*, 10. ed. Milão: Giuffrè, 2000. p. 585. Irelli, Vincenzo Cerulli, *Corso di Diritto Amministrativo*, Turim: Giappichelli, 1997. p. 18.

⁵² Andrea Torrente e Piero Schlesinger, *Manuale di Diritto Privato*, 12. ed. Milão: Giuffrè, 1985. p. 27. Vincenzo Roppo *Istituzioni di Diritto Privato*, 4. ed. Bolonha: Monduzzi, 1998. p. 60.

⁵³ Scoca, Franco Gaetano Contributo sulla figura dell'interesse legittimo Milão: Giuffrè, 1990.

⁵⁴ Simoncelli, Vincenzo. *Istituzioni di Diritto Privato Italiano*, 3. ed., Roma: Athenaeum, 1921. p. 44.

⁵⁵ Para uma visão ontológica geral cf., Léna Soler *Introduction à l'épistémologie*, Paris: Ellipses, 2000. p. 182.

realiza ela mesma, de fora de toda intervenção voluntária e vista sob um ponto comum. É uma *unidade autônoma das variadas espécies que a constitui*.⁵⁶

Uma tendência *teórica* que se manifesta com foros de sistematização é a que se apóia na idéia de direito para tutelar a personalidade. Uma segunda tendência, mais formal do que própria, é a de concentrar toda a proteção da personalidade na figura dos *direitos da personalidade*.⁵⁷ Convém mencionar que não é unânime tal consideração, porque não se poderia compreender que a mais importante forma de proteção - se hierarquizados os interesses protegidos de forma rígida e estruturada - pudesse ficar submetida aos grilhões da forma do *direito*. Se o espectro da *tutela* é muito mais amplo, ao ponto de proteger o titular de si mesmo, (pelo que não haveria de falar de direito *contra si próprio*) deve o termo *tutela* ser preferido àquele outro, *direito*, conquanto não seja essa a orientação dominante na literatura e tampouco na lei.⁵⁸ Caressem, portanto, os interesses aqui postos, de uma noção mais ampla: a própria noção de *tutela* da personalidade (e não apenas direito).⁵⁹

É dos estreitos limites do Direito Civil que se faz a proteção dos interesses psicofísicos de um particular em relação a outro, uma vez que é próprio dos *direitos fundamentais* a mesma esfera de proteção de interesses contra o Estado. São de natureza *pública* e dirigidos ao *Estado* esses chamados direitos fundamentais. Diferentemente são os “direitos da personalidade,” que são de natureza *privada* e se dirigem a outro *particular*. Podem eles ter a mesma esfera de proteção, ou seja, mesmo interesse por ser simultaneamente protegido pelos direitos fundamentais (se *oponível contra o Estado*) e pelos direitos da personalidade (se *dirigidos ao particular*), mas proteção privada contra outro particular não será tarefa dos direitos fundamentais e a proteção pública contra o Estado não será tarefa dos “direitos da personalidade.”⁶⁰

Como então devemos compreender a tutela da personalidade? Como um todo único ou um complexo a que uma perspectiva comum não se faz possível? Segundo o ponto do qual se analise, será ela única ou múltipla, na forma como se impõe a sua própria proteção. Estas questões não impedem que se analise a tutela da personalidade e se indague da existência do interesse legítimo nesse sistema de proteção. Não seria exemplo, o interesse do co-autor, em manter a integridade do nome completo do outro autor de obra na qual os direitos patrimoniais sejam titularizados por pessoa diversa, embora preservados os direitos morais? A utilização indevida de imagem da vida privada de alguém falecido não poderia ser impedida pelo filho incomodado pelos efeitos danosos em sua descendência?

⁵⁶ Para uma visão ampla na perspectiva civil-constitucional no país cf. Gustavo Tepedino *Temas de Direito Civil*. A dignidade da pessoa humana e a sua tutela, cf. Antônio Junqueira de Azevedo. *Estudos e Pareceres de Direito Privado*. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 3. Também Adriano de Cupis / *dirittidellapersonalità*, Milão: Giuffrè, 1950. Rabindranath Capelo de Souza *O Direito geral da personalidade*, Coimbra: Coimbra Editora, 1999. Cf. ainda Luiz Edson Fachin *Teoria Crítica do Direito Civil*, 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 107. LLuisPuigFerriole *alii*, *Manual de Derecho Civil*, v.1, Madri: Marcial Pons, 1997, p. 332. Pietro Perlingieri *La personalitàumananell'ordinamentogiuridico*, Camerino: Jovene, 1972.

⁵⁷ Cf. Maria Celina Bodin de Moraes, *Danos à pessoa humana*, Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

⁵⁸ Cf. Yves Le Roy, Marie-Bernadette Schonenberger *Introduction Générale au Droit Suisse*, Friburgo: Bruylant, L.G.D.G. Schulthess, p. 13.

⁵⁹ Nesse sentido Gustavo Tepedino *A tutela da personalidade no Ordenamento Civil-Constitucional brasileiro* in *Temas de Direito Civil*, Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 23-54. Igualmente Pietro Perlingieri, que em obra clássica se vale da noção de *tutela* e não de direito da personalidade in *La personalitàumananell'ordinamentogiuridico*, Camerino: Jovene, 1972. *Passim*. No mesmo sentido Karl Larenz *Derecho Civil, Parte Geral*, tad. de Miguel Izquierdo e Mecias-Picavevea, Madri: Editorial Revista de Derecho Privado, 1989. Antonio Junqueira de Azevedo, *op. cit.*

⁶⁰ Jorge Miranda *Manual de Direito Constitucional*, v. 1, Coimbra: Coimbra ed., 2000

Judicialization and Municipal Electoral competition in Brazil

ARY JORGE AGUIAR NOGUEIRA

Sobre a autor:

Ary Jorge Aguiar Nogueira. Mestre em Direito pela Universidade Federal do Estado do Rio de Janeiro – UNIRIO.
Analista Judiciário do Tribunal Regional Eleitoral do Estado do Rio de Janeiro.

RESUMO

O principal objetivo deste trabalho é verificar se o pressuposto de Marchetti (2013) de que a competição eleitoral recente é marcada pela judicialização também se aplica ao âmbito das eleições suplementares. A hipótese é que a judicialização da competição eleitoral municipal tornou-se uma estratégia adicional utilizada pelos atores políticos em razão de sua efetividade. Os resultados indicam que, aproximadamente 58% das Eleições Complementares ocorridas no período, foram motivadas exclusivamente por processos movidos por grupos políticos da oposição. Nestes casos, a oposição elege os novos prefeitos em 62% das eleições.

Palavras-chave: Judicialização; Competição Eleitoral; Eleições suplementares.

ABSTRACT

The main objective of this paper is to verify whether Marchetti's (2013) assumption that recent electoral competition is marked by judicialization also applies to the scope of supplementary elections. The hypothesis is that the judicialization of municipal electoral competition has become an additional strategy used by political actors because of its effectiveness. The results indicate that approximately 58% of the Supplementary Elections that occurred in the period were motivated solely by lawsuits filed by opposition political groups. In these cases, the opposition can elect the new mayors in 62% of situations.

Keywords: Judicialization; Electoral Competition; Supplementary Elections.

1.1 INTRODUCTION

This judicialization of the municipal electoral competition that culminates in the deposition and consequent call of new elections is the subject of this paper. The 433 municipal supplementary elections that took place in Brazil from November 2004 to October 2018, related to the regular elections of 2004, 2008, 2012 and 2016, were analyzed. The sample is intended to map more than 80% of all the supplementary elections already held in Brazil.

The main objective of this paper is to verify whether Marchetti's (2013) assumption that recent electoral competition is marked by judicialization also applies to the scope of supplementary elections. In other words, the paper attempts to measure the impact of what was conventionally called the "judicialization of politics" (TATE, 1995) in the phenomenon of Brazilian municipal supplementary elections. The main hypothesis of the work is that the judicialization of municipal electoral competition has become an additional campaign strategy used by political actors because of its effectiveness.

The role of the judiciary has been called by some, the "judicialization of politics" (VALLINDER, 1995) and by others, "judicial activism" (KMIEC, 2004). Although the concept of the "judicialization of politics" is subject to criticism, (HAMLIN, KAWAR, SALA, 2015), even authors who discard their validity as an interpretative category in the literature, we understand that the term fulfills a relevant descriptive role regarding the activism exercised by the Judiciary in the democracies in the last two decades (KOERNER; INATOMI; BARATTO, 2011).

The paper is divided into five sections. In the first section, the work methodology is presented. The following section presents the studies on the judicialization of electoral competition in Brazil. The fourth section defines supplementary election and presents the empirical results of the research. Finally, the conclusion points the final considerations about the theme.

1.2 METHODOLOGY

The dataset used was constructed from four different sources and is available online (XXXXX, 2019). The first is the Superior Electoral Court (TSE) data repository, which contains information about the results of the elections in Brazil, especially those elected in regular and supplementary elections, their respective votes and the total number of voters able to vote in those elections. The second data source, also managed by the TSE, is the system for the dissemination of candidacies and accountability (DivulgaCandContas), from which data can be obtained on the party coalitions that competed in the regular and supplementary elections.

Finally, data on the population estimated for the municipalities studied were obtained from the Brazilian Institute of Geography and Statistics (IBGE). The information on the reasons that determined the new elections in each municipality, as well as the respective legal grounds, were obtained in the systems of the Regional Electoral Courts of the States (TRE's).

The composition of his party coalition was used as a criterion to position a candidate as being opposed to the previous government. If the former mayor's party was part of the coalition of the next mayor, he was treated as an ally candidate. Otherwise, it was considered as opposing. This same criterion was adopted in the alignment of the authorship of the deposition actions. If they were tried by a party or coalition of which the defendant was not part, they remained classified as opposing.

Kinzo's criterion (2004, 2007) was used to establish the ideological position of the parties (left, center and right). When the party was only the result of a name change or the split of another party, the ideological alignment of the original party was considered. When the party was effectively a new political actor, its most common alliances and possible positions on substantive issues were considered (KINZO, 2007, p, 153).

Regarding the date of the decision to cancel the plaque or the rejection of the candidature registration, the date of the first decision pronounced by a collegiate body (TRE or TSE) was chosen, either by confirming the first-degree judgment that had already determined the rejection of the registration or the plaque, or by reforming the decision that had allowed the subsequently deposed candidate to compete.

Thus, the date considered will always be that of the decision rendered by a collegiate body that gave rise to a new election. It is justified to adopt this criterion because the collegiate decision became the starting point for the determination of ineligibility based on the Clean Registry Act. In practice, it means to say that the decision that effectively "has validity" is that which is pronounced by a collegiate body.

The research then mapped 433 supplementary elections pertaining to the municipal elections of 2004, 2008, 2012

and 2016, all of which had occurred in 411 cities. The discrepancy between the numbers is due to the occurrence of more than one supplementary election in the same municipality.

1.3 JUDICIALIZATION OF ELECTORAL COMPETITION IN BRAZIL

This section intends to discuss the judicialization of electoral competition in Brazil, from the main national authors. Like Marchetti (2013) and Zalamena (2013), we adopt the assumption that the recent political-partisan competition is marked by the judicialization. And we do it for basically two reasons: the structure of electoral governance in Brazil, which is extremely judicialized, and the positions of the High Courts on eminently electoral issues.

The Electoral Justice of Brazil is a product of the Revolution of 1930 and was inspired by the flags raised at the time: criticism of the competitive oligarchy that had settled along the first republic and the evident discredit of the electoral process, marked by *coronelismo*¹ (Marchetti, 2013, p. 41).

The concept of electoral governance gained academic prominence from Huntington's work (1994), which points to the emergence of concern about the credibility of electoral results in democracies born in the third democratic wave. The concern of these new regimes would be to ensure that poll results are fair, transparent and accepted by political competitors.

For Mozafar and Schedler (2002), electoral governance would be a comprehensive number of activities that create and maintain the vast institutional framework in which voting and electoral competition take place. It operates on three different levels: rule-making, rule-application, and adjudication. These three functions would not be attributions of one organ only. According to the authors, the first function would be at the legislative level, the second at the administrative level and the third at the judicial level.

In the Brazilian case, the electoral body is made up of the TSE, the TRE's of the States, the electoral judges and the electoral boards. As the juridical legal theory emphasizes (Gomes, 2017; Ribeiro, 1990), electoral justice exercises administrative, jurisdictional, normative and consultative functions. In other words, it is not only responsible for organizing elections (the application of rules) and for judging electoral disputes (adjudication of rules), but also for formulating resolutions of a clearly normative nature (rule-making), as well as providing information on concrete issues to legally legitimize interested parties.

Thus, the way the Brazilian electoral body is structured by itself favors the judicialization of any electoral issues. After all, the executive body of the country's electoral body is made up of judges who accumulate administrative functions.

As already anticipated, the second reason we adopted the assumption of the judicialization of political-partisan competition would be the decisions of the TSE and the STF that impacted the rules of competitive play compiled by Marchetti's (2013) work: the decision on the verticalization of party coalitions; the decision that reduced the number of city councilors in Brazil; the unconstitutionality of the barrier clause and the division of the party fund; and the decision on party loyalty. Zauli (2011) adds to the list the TSE's decision on the validity of Complementary Law 135/10 (Clean Register Act) for the 2010 elections.

According to Paranhos *et al* (2014), the studies on electoral judicialization in Brazil are quite small and do not have a comprehensive research agenda. The mentioned authors affirm that in the period between 1996 and 2013 only ten articles published in Brazil referred directly to elections, that is, those that dealt with the judicialization of the electoral system and some other subareas.

The next section will present the concept of supplementary elections and the results of the research.

1.4 SUPPLEMENTARY ELECTIONS

The concept of supplementary elections is drawn from Article 224 of the Electoral Code, which provides for the holding of new elections in basically two hypotheses: the first, when there is a nullity of votes that reaches more than half of the vote for the majority positions of President of the Republic, Governor or Mayor.

¹Coronelismo is a Brazilianism used to define the complex power structure that begins at the municipal level, exercised with private hypertrophy - the figure of the coronel - on the public power - the State, and having as secondary characters the electoral fraud and disorganization of public services - and encompassed the entire political system of the country during the Brazilian Old Republic.

The second case of additional election occurs when the decision of the Electoral Court is to decide whether to reject the registration, the annulment of the diploma, or the loss of the mandate of the candidate elected in majority, regardless of the number of votes annulled. Initially not foreseen in the original wording of Article 224 of the Electoral Code, this hypothesis was included by Law 13,165/2015, which added the third and fourth paragraphs to that article.

Thus, supplementary elections occur whenever the previous election is nullified, either by the annulment of more than half the votes, or by the removal of the elected plaque (by denial of registration, annulment of the diploma or loss of office) in the regular election.

Supplementary elections are still a subject of little explored research in the national literature. Bibliographical research with the thesis and dissertations bank of Coordination for the Improvement of Higher Education Personnel (CAPES) detected the existence of only five dissertations (ZALAMENA, 2013, COELHO, 2014, GARCIA, 2016, CRESPO, 2017, MOURA, 2018) and an article (CRESPO; PEIXOTO, 2018).

This literature, however, presents limitations that need to be highlighted. Some works were restricted to a State of the Federation and to a specific year (ZALAMENA, 2013, COELHO, 2014), while others, although they analyzed elections that occurred throughout the country, also restricted the period studied (GARCIA, 2014; PIXOTO, 2018).

As mentioned earlier, 433 municipal elections were held in Brazil between November 2004 and October 2018, of which only six were not motivated by lawsuits². The table below shows the frequency of the supplementary elections held as a basis in the years of the invalidated elections.

Table 1.1. Frequency of the supplementary elections per year of the Regular Election invalidated.

Year (regular election)	Frequency	Percentage
2004	65	15.0
2008	149	34.4
2012	113	26.1
2016	106	24.5
Total	433	100.0

Source: Own elaboration (2018).

Table 3.2 below shows the frequency of reasons for the occurrence of new elections. In it, it is possible to observe 11 different legal grounds for the annulment of the regular elections and the consequent deposition of the elected mayors.

Table 1.2. Reasons for supplementary elections

Reasons	Frequency	Percentage
Vote buying	136	31.4
Clean Register Act	106	24.5
Sealed ducts	53	12.2
Inelegibilities	47	10.9
Power Abuse	32	7.4
Slush Funds	17	3.9

²In the cities of Jumirim and Vargem, referring to the regular elections of 2012 and in Alpestre (RS) in the 2016 elections, the municipal elections were annulled by a decision of the Municipal Legislative (Article 4, VII, Decree 201/67). In the city of Virgínia/MG (2008), there were vacancies in the positions. In Dourados/MS (2008) and Pocrane/MG (2016) the elected (and the vice) died.

Professional Mayor	15	3.5
Formal irregularity	14	3.2
Nepotism	7	1.6
Impeachment	3	0.7
Vacancy	3	0.7
Total	433	100.0

Source: Own elaboration (2018).

As can be seen, the illicit capture of suffrage, popularly known as “vote buying,” is the main reason for the occurrence of new elections (31.4%), closely followed by the ineligibility of the Clean Register Act (24.5%). However, when all the modalities of ineligibility (before and after the Clean Register Act) are added, they occupy the first position, with a little more than 34% of the cases.

The purchase of votes is a phenomenon widely reported in the political history of Brazil (PORTO, 1989; NICOLAU, 2002) and constitutes one of the facets of typical *coronelismo* in the interior of the country (LEAL, 1975). On the other hand, the change in the regime of ineligibilities promoted by Complementary Law 135/10 (Clean Register Act) is the result of a wide range of civil society entities, among which include the Movement for Combating Election Corruption and the Association of Brazilian Magistrates (BARBOSA, 2010, p.20). The new legal system was responsible for the removal of thousands of politicians from the electoral contest. This action of the social movements and other members of the civil society in the formulation of laws that increase the power of the cuts is foreseen by the Tate’s model (TATE, 1995) and appears like one of the facilitating conditions of the judicialization.

Although the national academic production, in a largely majority way, has always been dedicated to the study of the courts when it intends to deal with the judicialization of the electoral competition (MARCHETTI, 2008, 2013; ZAULI, 2011; STEIBEL, 2007; BITENCOURT, 2009; MARCHETTI, CORTEZ, 2009; POZZOBON, 2009; COSTA, 2013; NUNES JUNIOR, 2014; LIMA; BEÇAK, 2016; OLIVEIRA, 2018), we observe that the phenomenon of judicialization is not limited to the higher courts.

When the origin of the deposition decisions is observed, there is a clear predominance of the singular judge or first instance judges in the deposition processes. The first instance is therefore responsible for approximately 73% of all decisions leading to further elections.

In fact, the role of the first instance of the judiciary in the electoral sphere cannot be neglected. The Justice in Numbers report (CNJ, 2018) points out that the external recess index of the Electoral Court in Brazil in 2017 was 4.4%. That is, only 4% of the sentences handed down by electoral judges were appealed to the High Courts, which leads to the inference that a minimum percentage of first instance judicial decisions in the Electoral Court are subject to change.

When one observes the historical series, it is verified that even in election years the index does not exceed 20%. This is a good indication of the power of electoral judges and how their interference from the electoral game can effectively define the direction of competition.

However, except in cases of explicit judicial activism, the judicialization is a phenomenon that needs actors that lead to the judiciary to deal with. That is, the parties must bring the discussion that they wish to see judicialized to the knowledge of the judiciary. When it comes to the judicialization of electoral competition, the parties may be the Public Prosecutor’s office, candidates and coalitions, representatives of political parties, citizens and even judicial bodies, since the Electoral Court has the *sui generis* characteristic of performing administrative functions in parallel to the judges (GOMES, 2017, p.2409).

Approximately 58% of the supplementary elections were motivated solely by opposition political parties. That is, in 250 elections, the opposition was solely responsible for investigating, collecting evidence and provoking the judiciary to carry out the deposition of the originally elected mayor. It should be remembered that all actions that culminate in depositions analyzed in this work are not criminal in nature and absent the plaintiffs’ action, the political situation of the municipalities would not change. In approximately 22% of cases, the opposition acted incisively together with the Public Prosecutor. The Public Prosecutor acted alone in only 18% of the cases.

The scenarios in which opposition parties acted as authors or coauthors of the actions cover 80% of the supplementary elections, which suggests that the parties are the main ones responsible for the judicialization of the elections that ended invalidated, either by the cassation, or by the rejection of the registration of the plaque winner. In a little more than 2% of the supplementary elections, the judiciary ordered the dismissal of the *ex officio* registration, in the exercise of its administrative attribution.

The case of the municipality of Água Preta/PE, in which the candidate Armando Almeida Souto of the PDT had its registration contested by allies for irregularities in the party convention, deserves record. The candidate was re-elected in the subsequent supplementary election. This was the only case in which the cassation took place on the initiative of a party allied with the elected candidate.

A natural unfolding of our working hypothesis about the high judicialization of municipal electoral competition, seen through the supplementary elections, would be the realization that prosecution is a usual strategy of political contenders. However, the question remains about the validity of this strategy.

The frequency of supplementary elections provoked by opposition groups confirms the first assertion and, in fact, judicialization seems to be an additional strategy in municipal electoral competition. After all, if a strategy does not work, it tends to be abandoned, or at least underutilized.

This makes relevant the intersection between the authorship of the actions and the political alignment of the mayors elected in the supplementary elections in relation to the deposed mayors. That is, the objective is to know if, after the accomplishment of the supplementary election, the political coalition in power was renewed.

When we observe the results of all the supplementary elections surveyed, we can see an apparent balance, with opposition political parties electing 216 mayors and the political coalition of the previous mayor choosing 217. In other words, opposition political parties manage to take power in approximately 50% of the cases. The figures are somewhat lower than those recorded by Garcia (2014, p. 155), who pointed out that the group winning the ordinary election would continue in the municipal government in 53.3% of the cases. However, the database of that work computed only 113 supplementary elections, referring to 112 municipalities, regarding the regular elections of 2012.

When opposition groups act alone in deposition actions, approximately 63% of the supplementary elections that they dispute are due. Apparently, judicializing electoral competition brings benefits to opposition political parties and allows for increased chances of victory in a sort of court-ordered “third round.”

1.5 CONCLUSION

The theme of the municipal supplementary elections is still little explored in the Brazilian academy. The few existing works, such as Zalamena (2013), Coelho (2014), Garcia (2016) and Crespo (2017) deal with the theme in a limited way in space or time.

The data collected indicate that the use of actions aimed at the deposition of mayors has become an additional strategy in electoral competition. After all, approximately 58% of the actions were moved solely by opposition parties. When the cases in which the opposition acted jointly with the Public Prosecutor's office are added to the figures, the figure reaches a staggering 80% of the cases.

When opposition groups act alone in deposition actions, approximately 63% of the supplementary elections that they dispute are due. As Coelho (2014, p. 141) points out, “political actors note that they can obtain electoral gains through legal devices, and do not hesitate to use them”.

This discussion is not only of a theoretical nature, because the consequences of the judicialization are not always visible immediately. In the electoral context, the well-known slowness of the judicial apparatus, which is often recognized as necessary for the reliability of decisions, can produce the opposite effect and discredit justice.

It is hoped, therefore, that new work on the subject will emerge and that it can be included in the public debate, since elections constitute the guarantor of the legitimacy of democratic governments and no better alternative has been found in the Modern Constitutional State.

REFERÊNCIAS

- BARBOSA, Dom Dimas Lara. A magistratura e a Lei da Ficha Limpa. In: REIS, Marlon Jacinto et al. *Ficha Limpa*. São Paulo: Edipro, 2010.
- BITENCOURT, J. G. G. Entre as urnas e as togas: justiça eleitoral e competição política no Pará (1982-1986). *Paraná Eleitoral*, v. 2 n. 2 p. 261-282, 2013.
- COELHO, Margarete de Castro. A democracia na encruzilhada: reflexões acerca da legitimidade democrática da justiça eleitoral para a cassação de mandatos eletivos no Brasil. 2014. 151 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade do Vale do Rio dos Sinos – UNISINOS, São Leopoldo, 2014. Disponível em: <http://www.repositorio.jesuita.org.br/handle/UNISINOS/3802>. Acesso em: 21 dez. 2017.
- CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA (CNJ). *Justiça em Números 2014*. Brasília: CNJ, 2015.
- CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA (CNJ). *Justiça em Números 2017*. Brasília: CNJ, 2018.
- COSTA, T. C. Justiça Eleitoral e sua competência normativa. *Paraná Eleitoral* v. 2 p. 99-114, 2013.
- CRESPO, Ralph Andre. “Eleições Suplementares no Brasil: Os Casos Decorrentes das Anulações dos Pleitos de 2012”. Dissertação de Mestrado em SOCIOLOGIA POLÍTICA. UNIVERSIDADE ESTADUAL DO NORTE FLUMINENSE DARCY RIBEIRO, 2017.
- CRESPO, Ralph; PEIXOTO, Vitor. Eleições Suplementares nos Municípios Brasileiros: Os Casos nas Eleições De 2012. *COnline-REVISTA ELETRÔNICA DE CIÊNCIAS SOCIAIS*, n. 27, 2018.
- GARCIA, Bruno Souza. Eleições Suplementares para Prefeito (2013-2015): do perfil socioeconômico dos municípios ao comportamento eleitoral e partidário. 2016. 192 f. Dissertação (Mestrado em Ciência Política) – Universidade Federal de Pelotas, 2016. Disponível em <https://wp.ufpel.edu.br/ppgcienciapolitica/files/2016/07/Bruno-Souza-Garcia-2016.pdf>. Acesso em: 21 dez. 2017.
- GOMES, José Jairo. *Direito Eleitoral*. 13. ed. São Paulo: Atlas, 2017. (Edição Digital)
- HAMLIN, Rebecca; KAWAR, Leila; SALA, Gemma. The Judicialization of Politics: An Essentially Contested Concept. Paper presented at the Five College Faculty Seminar in Legal Studies, Amherst, MA, October 15, 2015. Disponível em: https://s3.amazonaws.com/academia.edu.documents/55408012/Hamlin_Kawar_Sala_Judicialization_Five_College_Faculty_Seminar_in_Legal_Studies_Oct_2015.pdf?AWSAccessKeyId=AKIAIWOWYYGZ2Y53UL3A&Expires=1550421333&Signature=5E5BCnPt65L9yeSf4YKEo5tWow%3D&response-content-disposition=inline%3B%20filename%3DThe_Judicialization_of_Politics_An_Essen.pdf. Acesso em: 17 fev. 2019.
- HUNTINGTON, Samuel P. *A terceira onda: a democratização no final do século XX*. Ática, 1994.
- INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA (IBGE). *Estimativa da população*. Rio de Janeiro: IBGE, 2017.
- JUNIOR, Amandino Teixeira Nunes. Ativismo judicial no Brasil: o caso da fidelidade partidária. *Revista de Informação Legislativa*, v. 51, n. 201, p. 97-128, 2014.
- KMIEC, Keenan D. The origin and current meanings of judicial activism. *Calif. L. Rev.*, v. 92, p. 1441, 2004.
- KINZO, Maria D’Alva G. Partidos, eleições e democracia no Brasil pós-1985. *Revista Brasileira de ciências sociais*, v. 19, n. 54, p. 23-40, 2004.
- _____. Partidos, deputados estaduais e a dimensão ideológica. In: KINZO, Maria D’Alva G. (Org.); BRAGA, Maria do Socorro S. (Org.). *Eleitores e representação partidária no Brasil*. São Paulo: Associação Editorial Humanitas, 2007. p. 139-158.
- KOERNER, Andrei; INATOMI, Celly Cook; BARATTO, Márcia. Sobre o judiciário e a judicialização. *Nuevos Paradigmas de las Ciencias Sociales Latinoamericanas*, v. 4, n. 2, p. 17-52, 2011.
- LEAL, Victor Nunes. *Coronelismo, enxada e voto*. São Paulo: Editora Alfa-ômega, 1975.
- LIMA, Jairo Néia; BEÇAK, Rubens. Judicialização da “Mega Política”: Um Estudo de Caso a Partir do Alcance Normativo da Consulta Eleitoral do Tribunal Superior Eleitoral. *Revista Brasileira de Teoria Constitucional*, v. 2, n. 2, p. 1130-1146, 2016.

MARCHETTI, Vitor. O Controle Constitucional da Atividade Legislativa do Executivo: Brasil e Argentina comparados. *Revista Teoria & Sociedade*, Belo Horizonte, v. 12, n. 2, p. 56-79. 2004.

_____. Governança Eleitoral: o modelo brasileiro de Justiça Eleitoral. *DADOS-Revista de Ciências Sociais*, v. 51, n. 4, 2008.

_____. Justiça e competição eleitoral. Santo André: Universidade Federal do ABC, 2013.

_____.; CORTEZ, Rafael. A judicialização da competição política: o TSE e as coligações eleitorais. *Opinião Pública*, Campinas, SP, v. 15, n. 2, p. 422-450, out. 2015. ISSN 1807-0191. Disponível em: <https://periodicos.sbu.unicamp.br/ojs/index.php/op/article/view/8641337/8847>. Acesso em: 08 fev. 2018.

MOURA, Raphael Soares de. ELEIÇÕES 2.0: O USO DAS REDES SOCIAIS DIGITAIS DURANTE AS ELEIÇÕES SUPLEMENTARES AO GOVERNO DO ESTADO DO AMAZONAS'. Dissertação de Mestrado em PSICOLOGIA. Universidade Federal do Amazonas, Manaus, 2018.

MOZAFFAR, Shaheen; SCHEDLER, Andreas. The comparative study of electoral governance—introduction. *International Political Science Review*, v. 23, n. 1, p. 5-27, 2002.

NICOLAU, Jairo. Eleições no Brasil. Do Império aos dias atuais. Rio de Janeiro: Zahar, 2012.

NORRIS, Pippa. *Why Electoral Integrity Matters*. Cambridge: Cambridge University Press, 2014.

OLIVEIRA, Vanessa Elias de. Judiciário e privatizações no Brasil: existe uma judicialização da política?. *Dados-Revista de Ciências Sociais*, v. 48, n. 3, 2005.

OLIVEIRA, Geovane Pedro et al. O protagonismo do Tribunal Superior Eleitoral e o seu impacto na relação de accountability entre Legislativo e Judiciário. 2018. Dissertação (Mestrado em Ciência Política) – Universidade Federal São Carlos, 2018. Disponível

Breves reflexões sobre mudanças legislativas que valorizaram a soberana vontade da maioria

EDUARDO DAMIAN

Sobre a autor:

Eduardo Damian Duarte. Mestre em Direito Processual pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro - UERJ (2019)

RESUMO

Aborda em breves linhas a histórica importância da Justiça Eleitoral para o fortalecimento do Estado Democrático de Direito. Apresenta basilares princípios do direito eleitoral, como a isonomia e legitimidade. Destaca duas recentes alterações legislativas com relevantes efeitos práticos no processo eleitoral, sendo uma pertinente a eleição pelo sistema majoritário e outra relativa ao sistema proporcional de votação. A inclusão dos parágrafos 3º e 4º do artigo 224 do Código Eleitoral trouxe como consequência de eventual cassação de mandato majoritário a realização de nova eleição suplementar, afastando a possibilidade de assunção do segundo colocado, nas hipóteses de vacância até seis meses do fim do mandato. Apresenta o artigo 108 do Código Eleitoral, o qual estabelece uma votação nominal mínima de dez por cento do quociente eleitoral para a eleição de cargos proporcionais, novel alteração que minora distorção do sistema proporcional. Conclui demonstrando que ambas recentes modificações legislativas prestigiaram a preservação da soberania popular, princípio máximo do Estado Democrático de Direito.

Palavras-chave: Direito eleitoral. Princípios de direito eleitoral. Isonomia. Legitimidade. Artigos 224 e 108 do Código Eleitoral.

ABSTRACT

This dissertation addresses the access to justice, showing that accessing justice is not restricted to merely offering the individual options of doors into a judicial system, with the main purpose of solving conflicts through an imperative decision rendered by an unbiased subject of the State. It demonstrates that the meaning of access to justice is wider, focusing on the search for justice by means of a structured system that provides individuals with other options for solving disputes by encouraging consensual and alternative solutions to the traditional proceeding, which balance relationships and collaborate, in a more efficient way, to social peacemaking through common understanding. It argues that the dialogue between procedural law and election law should be intensified, by using the new instruments that modernized the proceedings in order to continuously improve the electoral process law, without prejudice to its own characteristics. This paper also claims that, among the institutes found in the civil procedure, conciliation is the means of resolving disputes that is systemically consistent with the electoral process. The conclusion is that the search for an agreement can be present in the electoral process practice, gathering characters that are antagonistic, but who can share common interests in favor of an efficient and fair electoral justice system.

Keywords: Access to Justice. Conciliation. Election Law and Electoral Process

Em uma República, em que a população possui o direito de eleger seus governantes, será sempre necessária uma regulamentação sobre a forma de escolha, as regras previamente estabelecidas para que os potenciais candidatos possam confrontar suas propostas e ideias, a fim de demonstrar quem é o mais apto para o exercício do cargo eletivo. Natural que, em se tratando de uma disputa para o acesso a cargos relevantes da estrutura de poder, surja uma série de conflitos que deverão ser resolvidos pelo Estado-Juiz.

Neste cenário, a tarefa de planejar, organizar e realizar as eleições, velando pela resolução dos conflitos surgidos ao longo do processo, deve ser atribuída a algum órgão dotado de legitimidade e autoridade a colocar fim ao litígio, respeitando os anseios da sociedade que se manifestou e, em tese, deseja que seus escolhidos realmente sejam imbuídos do poder de decisão política. Por tal razão, as regras de qualquer processo eleitoral precisam ser transparentes e cumpridas por instituições de inegável imparcialidade, pois estas detêm o dever de resguardar um dos mais preciosos direitos fundamentais do cidadão: o direito ao voto. E nesse cenário, a Justiça Eleitoral Brasileira surgiu para ocupar com inegável relevância e competência tal função em nosso Estado Democrático de Direito.

A Revolução de 1930, com espírito alegadamente modernizador, permitiu a criação da Justiça Eleitoral, prevista no primeiro Código Eleitoral, o Decreto nº 21.076, de 24 de fevereiro de 1932¹. A partir de então, exceção do período de 1937 a 1945, a Justiça Especializada deteve a competência de planejar, organizar, realizar e fiscalizar as eleições, apurando votos, diplomando os vencedores e solucionando, ainda, as lides surgidas ao longo do processo eleitoral.

A escolha pelo Poder Judiciário para a consecução desta tarefa não poderia ter sido mais feliz. A República Velha, também alcunhada “Café com Leite” – ante a previsibilidade dos resultados eleitorais previamente combinados entre os poderosos estados de São Paulo e Minas Gerais –, jamais conseguiu mobilizar a massa da população brasileira para participação no processo eleitoral, seja pela notória história de fraudes nos pleitos, seja por uma legislação que restringia em demasia o eleitorado, tolhendo a maioria de analfabetos deste processo, é certo que se fazia necessária uma reorganização radical das regras eleitorais.

Excluído o período do Estado Novo (1937 a 1945), a Justiça Eleitoral manteve-se, desde 1932, responsável pelo processo eleitoral, assumindo tarefas atípicas para o Poder Judiciário. Não apenas exerce a jurisdição na resolução de conflitos advindos da temática eleitoral, mas também (i) cadastra eleitores e filiados a partidos políticos; (ii) registra estes mesmos partidos; (iii) traça normas, exercendo poder regulamentar; (iv) registra candidatos, julgando eventuais impugnações suscitadas; (v) convoca mesários e outros servidores; (vi) adquire, guarda e transporta as urnas; (vii) produz as cédulas ou, mais recentemente, os programas de computador para as urnas eletrônicas; (viii) conta os votos, proclama vencedores e diploma os eleitos; (ix) disciplina e fiscaliza a propaganda eleitoral, dotada de verdadeiro Poder de Polícia; (x) julga as ações de cassação de mandato, nas hipóteses de vitória obtida através de atos ilegais.

Assim, a Justiça Eleitoral zela pela aplicação da norma ao caso concreto, observando sempre os princípios da isonomia e legitimidade, corolários da soberania popular.

O princípio da igualdade ou da isonomia pode ser analisado em duas perspectivas, a primeira sob o viés de equiparação processual e a segunda relativa ao equilíbrio de forças em uma disputa eleitoral.

No plano processual, o princípio da igualdade se materializa na obrigatoriedade do juiz conceder tratamento igualitário às partes, incidindo no processo eleitoral o disposto no inciso I do art. 139 do Código de Processo Civil, que assegura às partes igualdade de tratamento. Nas normas processuais eleitorais não se vislumbra dispositivo com redação semelhante, no entanto, sua aplicação é plenamente concebível diante da aplicação subsidiária e supletiva do processo civil aos feitos eleitorais, segundo dicção do art. 15 do Código de Processo Civil. Da mesma forma, o caput do art. 5º da Constituição Federal exige o tratamento igualitário da lei, afastando qualquer espécie de privilégio.

A isonomia processual eleitoral nivela as partes em maior amplitude e em diversos aspectos além das normas do processo civil ou penal. Exemplo clássico da aplicação isonômica ao processo eleitoral é a não incidência das prerrogativas processuais do Ministério Público ou Fazenda Pública. Os prazos para as instituições públicas são exatamente idênticos aos prazos conferidos a partidos políticos e candidatos e, havendo litisconsórcio o prazo é comum, independentemente das partes que integram o polo da demanda.

A maior relevância, sob o ponto de vista eleitoral, do princípio da igualdade, previsto no caput do art. 5º da Constituição Federal, encontra-se na entrega equilibrada de meios, oportunidades e instrumentos aos candidatos na disputa de um cargo eletivo, nos limites da lei.

¹A observação deve ser vista com alguma ponderação. O novo regime que se instalava não contava, é certo, com apoio pulverizado nas centenas de Câmaras Municipais. Daí porque faz sentido, inclusive sob um ponto de vista estratégico, atrair para um polo central e possivelmente mais controlável a condução dos procedimentos eleitorais. Há que se recordar que à época o acesso à magistratura não respeitava o princípio da obrigatoriedade do concurso público, havendo larga influência política na nomeação dos membros da Justiça Eleitoral.

A igualdade, de alguma forma, está presente em diversos dispositivos da lei eleitoral, como o artigo que prevê que a propaganda eleitoral somente poderá ocorrer a partir do dia 16 de agosto do ano da eleição, ou seja, todos os candidatos estão obrigados a respeitar o termo inicial para pedir votos ao eleitor. As vedações também são extensíveis a todo e qualquer candidato, como exemplo, ninguém pode fazer propaganda eleitoral ou pedir votos no dia da eleição. A exceção no dia do pleito é a manifestação individual e silenciosa do eleitor, que encontra amparo no princípio fundamental da liberdade de expressão. O objetivo é evitar que o eleitor seja importunado, permitindo ao mesmo, se desejar, expressar sua preferência política de forma respeitosa e silenciosa.

A preocupação com a isonomia na disputa do pleito converge com a própria legitimidade do resultado das urnas, já que se um candidato se utilizou de instrumentos contrários a legislação em franco prejuízo ao seu concorrente, a eleição está viciada e deve ser anulada. O princípio da igualdade ou isonomia exerce importante caráter balizador para o julgador aferir a ocorrência de determinadas condutas no processo eleitoral. O abuso de poder econômico ou político constituem núcleos de condutas ilegais que podem ensejar a nulidade da eleição com a cassação e declaração de inelegibilidade futura do candidato e de todos que contribuíram para a prática ilícita. Constatada a quebra de oportunidades aos candidatos e havendo gravidade na conduta praticada, poderá ocorrer a cassação do mandato eletivo e declaração de inelegibilidade daqueles que praticaram o ato ilícito.

Portanto, conclui-se que a igualdade figura entre os mais importantes princípios que se aplicam ao direito eleitoral.

A exigência de ética e moral na política vem, cada vez mais, sendo objeto dos anseios da sociedade brasileira, exausta com sucessivos escândalos de corrupção e improbidade envolvendo agentes públicos. A resposta da sociedade pode se efetivar por meio do exercício do voto direto nas eleições periódicas, escolhendo representantes imbuídos do espírito público e com vida pregressa ilibada. Outra forma relevante de participação do cidadão, com o uso de instrumento próprio da democracia, se dá através de propostas legislativas de iniciativa popular.

A moralidade no processo eleitoral deve nortear o comportamento dos candidatos e partidos políticos durante o período da disputa eleitoral, respeitando as regras do jogo previamente estipuladas, agindo de forma leal e ética com seus adversários e colaborando com a atuação da Justiça Eleitoral. Sob a ótica do período de campanha, o princípio da moralidade reside próximo ao princípio da legitimidade e lisura das eleições, ou seja, eventual desvio moral do candidato poderá ensejar quebra da isonomia na disputa, interferir no resultado do pleito e, por conta disso, poderão ser impostas sanções e consequências futuras aos candidatos e partidos políticos.

No curso do processo eleitoral, duas principais preocupações devem estar no centro das atenções: a preservação da igualdade na disputa e o respeito a legitimidade do resultado advindo das urnas. O princípio da legitimidade é outro princípio destacado no processo eleitoral jurisdicional que guarda estreita relação com a lisura das eleições. Uma eleição somente será legítima se refletir a vontade livre e consciente da maioria, observado todo o procedimento e regras previamente estabelecidas pela legislação em vigor, sem a interferência de fatores externos distintos da livre manifestação de ideias.

O respeito pelo resultado das urnas deve vir da coletividade, que reconhece o vencedor, mesmo discordando de suas propostas, possui a convicção de que o eleito foi escolhido na forma estabelecida pela lei, justa e corretamente.

O princípio da legitimidade encontra fundamento no art. 1º, parágrafo único da CF de 1988, que assevera que “todo poder emana do povo, que o exerce por meio de seus representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição”. Nessa esteira, toda e qualquer forma de se cometer ilegalidades numa eleição, atingirá diretamente a soberania popular e o princípio da lisura das eleições.

O art. 14 da CF de 1988, precisamente em seu §9º, também ampara referido princípio ao estabelecer que a

Lei Complementar estabelecerá outros casos de inelegibilidade e os prazos de sua cessação, a fim de proteger a probidade administrativa, a moralidade para o exercício do mandato, considerada a vida pregressa do candidato, a moralidade e a legitimidade das eleições contra influência de poder econômico ou abuso do exercício de função, cargo ou emprego na administração direta ou indireta.

E o art. 24 da Lei Complementar nº 64/1990 diz que “o Tribunal formará a sua convicção pela livre apreciação dos fatos públicos e notórios, dos indícios e das presunções e prova produzida, atentando para as circunstâncias ou fatos, ainda que não alegados pelas partes, mas que preservem o interesse público da lisura eleitoral”.

A infringência às regras do processo eleitoral pode atingir diferentes núcleos em diversos níveis de intensidade. Portanto, se o ato ilícito se restringiu a violação de norma atinente à propaganda eleitoral, as sanções aplicáveis mais comuns serão a proibição da conduta e aplicação de multa eleitoral. Por outro lado, se os atos ilícitos praticados alcançarem a lisura das eleições, comprometendo a isonomia entre os candidatos, as sanções podem variar de cessação da

conduta, aplicação de multa até a cassação do mandato com declaração de inelegibilidade futura e, consequentemente, nulidade do resultado da eleição parcial ou total.

A interferência na lisura das eleições ou na legitimidade do resultado das urnas é aferida, no caso concreto, por meio de diversas circunstâncias, entre as quais podem ser destacadas: i) gravidade da conduta praticada; ii) circunscrição da eleição; iii) âmbito de incidência da conduta ilícita; iv) eleitorado e cargo em disputa; v) interferência na igualdade da disputa; vi) existência de prova robusta.

O princípio da legitimidade, juntamente com os princípios da moralidade e igualdade, figura como um dos vetores de proteção da tutela jurisdicional eleitoral.

Fixadas as premissas acima relacionadas, vale rememorar novidade legislativa que realça a importância da soberania popular.

O artigo 224 do Código Eleitoral ganhou nova redação na reforma eleitoral do ano de 2015, apresentando ao cenário político singela alteração legislativa com profunda repercussão jurídica e política², quanto ao tema de nulidade de eleições majoritárias.

Indubitavelmente, a cassação de um mandato eletivo é medida extrema que demanda prova robusta, inconcussa de fatos que demonstrem gravidade para interferir na lisura da eleição. A gravidade da sanção de cassação gera consequências imediatas e danosas ao sistema político-administrativo até então à frente daquele cargo eletivo majoritário. De toda sorte, a prática de alternância no poder, antes da mudança legislativa, possuía um perigoso ingrediente capaz de agravar a continuidade dos serviços públicos, qual seja, a possibilidade de assunção ao cargo do segundo colocado na disputa.

A derrota nas urnas, muitas vezes, não confortava o candidato derrotado que enxergava (às vezes até por vil estratégia de desgaste político) no processo judicial pós-eleição, a chance de obter o sonhado mandato eletivo. A motivação nem sempre republicana e a possibilidade, mesmo que remota, de assumir o mandato, encorajavam os derrotados a buscar aquilo que o eleitor não lhe entregou.

A inclusão dos parágrafos 3 e 4º do artigo 224 do Código Eleitoral fulminou as falsas expectativas de candidatos derrotados pelas urnas e, em boa hora, devolveu ao cidadão o direito de escolher, através de eleições suplementares, o detentor de mandato eletivo majoritário que poderá participar do sistema democrático de forma legítima, distante das práticas nefastas de abuso de poder e demais condutas ilícitas.

Portanto, a partir das eleições de 2016, eventual decisão judicial eleitoral, que conduza à cassação de mandato eletivo obtido pelo sistema majoritário, deverá vir acrescida de previsão de calendário para realização de eleições suplementares, momento que o eleitor poderá renovar sua manifestação de vontade. A exceção à regra que privilegia a soberania popular e a vontade do povo se dá quando a vacância vier nos últimos seis meses de mandato, período que torna inviável a realização de eleição direta suplementar, por razões de logística e economia, uma vez que a renovação do mandato far-se-á presente através do calendário ordinário de eleições.

O STF, nos autos da ADIN 5525, declarou a inconstitucionalidade da expressão “até o trânsito em julgado”, visto que a exigência de decisão final de mérito deve aguardar o esgotamento das instâncias ordinárias, ao passo que a espera pelo trânsito em julgado importaria em verdadeira afronta aos princípios da celeridade e efetividade.

²Art. 224. Se a nulidade atingir a mais de metade dos votos do país nas eleições presidenciais, do Estado nas eleições federais e estaduais ou do município nas eleições municipais, julgar-se-ão prejudicadas as demais votações e o Tribunal marcará dia para nova eleição dentro do prazo de 20 (vinte) a 40 (quarenta) dias.

§ 1º Se o Tribunal Regional na área de sua competência, deixar de cumprir o disposto neste artigo, o Procurador Regional levará o fato ao conhecimento do Procurador Geral, que providenciará junto ao Tribunal Superior para que seja marcada imediatamente nova eleição.

§ 2º Ocorrendo qualquer dos casos previstos neste capítulo o Ministério Público promoverá, imediatamente a punição dos culpados.

§ 3º A decisão da Justiça Eleitoral que importe o indeferimento do registro, a cassação do diploma ou a perda do mandato de candidato eleito em pleito majoritário acarreta, após o trânsito em julgado, a realização de novas eleições, independentemente do número de votos anulados. (Incluído pela Lei nº 13.165, de 2015) (Vide ADIN Nº 5.525)

§ 4º A eleição a que se refere o § 3º correrá a expensas da Justiça Eleitoral e será: (Incluído pela Lei nº 13.165, de 2015) (Vide ADIN Nº 5.525)

I - indireta, se a vacância do cargo ocorrer a menos de seis meses do final do mandato; (Incluído pela Lei nº 13.165, de 2015) (Vide ADIN Nº 5.525)

II - direta, nos demais casos.

A aludida mudança legislativa valoriza a renovação do pleito viciado com a participação do principal ator no processo: o eleitor. Com absoluta convicção, a mudança da lei permitirá a redução da judicialização pós-eleição, atraindo maior segurança jurídica e político-administrativa.

Na mesma linha, a fim de privilegiar a vontade soberana das urnas, a novel redação do artigo 108 do Código Eleitoral³ surgiu para minorar as distorções do sistema proporcional que, em determinadas situações, permitia a proclamação de candidatos eleitos com baixa votação nominal, graças a votações estratosféricas de um ou outro candidato. Por conta da aplicação horizontal das regras do sistema proporcional, era comum nos depararmos com a posse de Vereadores e Deputados extremamente mal votados, enquanto candidatos muito bem votados amargavam a derrota.

O legislador, prestigiando novamente a vontade da maioria, decidiu incluir um mínimo razoável de desempenho pessoal de cada candidato para sagrar-se eleito. A nova redação passou a exigir do candidato a cargo proporcional a votação nominal mínima de 10% do quociente eleitoral, montante bem razoável para se aferir realmente a legitimidade na obtenção da titularidade de um mandato. Apenas a título exemplificativo, podemos destacar o caso do Município do Rio de Janeiro, onde no pleito de 2016 a votação mínima nominal para alcançar a titularidade do mandato de Vereador foi de 5.743 votos. Constata-se que o critério previsto na legislação, a contar do pleito de 2016, se mostra plenamente razoável, justo e adequado ao princípio da soberania popular.

Portanto, os dois exemplos acima destacados aperfeiçoaram a busca pela preservação da maioria do eleitorado, o primeiro prestigiou a renovação do pleito em caso de cassação de cargo majoritário, enquanto o segundo minimizou distorção da eleição realizada através do sistema proporcional, com a exigência de votação nominal mínima.

Os artigos do Código Eleitoral destacados, extraídos da legislação aplicável a partir de 2016, corroboraram a relevância da vontade soberana do eleitor, presenteando o processo eleitoral com dispositivos que aprimoraram a aplicação de tão basilar princípio aos sistemas majoritário e proporcional. De fato, foram mudanças legislativas simples, porém com inegável repercussão prática, garantindo à sociedade um resultado justo e ainda mais próximo da vontade da maioria.

³Art. 108. Estarão eleitos, entre os candidatos registrados por um partido ou coligação que tenham obtido votos em número igual ou superior a 10% (dez por cento) do quociente eleitoral, tantos quantos o respectivo quociente partidário indicar, na ordem da votação nominal que cada um tenha recebido. *(Redação dada pela Lei nº 13.165, de 2015)*

Parágrafo único. Os lugares não preenchidos em razão da exigência de votação nominal mínima a que se refere o **caput** serão distribuídos de acordo com as regras do art. 109. *(Incluído pela Lei nº 13.165, de 2015)*

Cidadania revigorada: direito ao sufrágio e inclusão política das pessoas com deficiência

**FREDERICO ALVIM, JOELSON DIAS E
WENDELAINÉ DE ANDRADE OLIVEIRA**

Sobre os autores:

Frederico Franco Alvim. Doutor em Ciências Jurídicas e Sociais (Universidad del Museo Social Argentino). Doutorando em Ciência Política (Universidade de Lisboa). Mestre em Direito (Universidade Metodista de Piracicaba). Especialista em Direito e Processo Eleitoral (Universidade Federal de Goiás). Especialista em Direito Eleitoral (Universidad Nacional Autónoma de México). Ex-Assessor-Chefe da Assessoria Especial da Presidência do Tribunal Superior Eleitoral. Analista Judiciário do Tribunal Regional Eleitoral de São Paulo.

Joelson Dias. Advogado e sócio do escritório Barbosa e Dias (Brasília-DF). Ex-Ministro Substituto do Tribunal Superior Eleitoral. Membro fundador da Academia Brasileira de Direito Eleitoral e Político (ABRADEP). Mestre pela Universidade de Harvard (EUA). Presidente das Comissões Nacionais dos Direitos das Pessoas com Deficiência do Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil (OAB) e do Instituto dos Advogados Brasileiros (IAB).

Wendelaine de Andrade Oliveira. Analista Judiciário do Tribunal Regional Eleitoral de Minas Gerais. Mestranda em Proteção dos Direitos Fundamentais pela Universidade de Itaúna/MG. Especialista em Direito Público pela Universidade Cândido Mendes. Integrante do Grupo de Trabalho do Tribunal Superior Eleitoral para Sistematização das Normas Eleitorais, no Eixo Transversal, com o tema Pessoas com Deficiência e acessibilidade eleitoral.

RESUMO

O presente artigo tem como objetivo abordar a participação política da pessoa com deficiência como fundamento da democracia, à luz da Lei Brasileira de Inclusão e da Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência. Como resultado de um processo histórico de exclusão social, as pessoas com deficiência ainda não têm seus direitos assegurados em condições de igualdade com os demais indivíduos. Para o exame do reflexo da LBI sobre o arranjo das eleições brasileiras, são traçadas considerações sobre as modificações operadas sobre o exercício dos direitos políticos ativos e passivos, além de aspectos atinentes à remoção de barreiras fáticas ao exercício do voto, à inclusão do cidadão com deficiência no campo da comunicação política e à promoção da igualdade de oportunidades para as candidaturas de indivíduos com aquela condição, o que impõe instrumentos jurídicos e políticos para um acesso equitativo aos espaços de participação, bem como um esforço da sociedade para estimular o debate, a fim de que se concretize gradualmente a construção do poder estatal de forma mais inclusiva e, portanto, mais justa.

Palavras-chaves: Pessoa com deficiência – Participação Política – Igualdade – Acessibilidade

ABSTRACT

This article aims to address the political participation of people with disabilities as the foundation of democracy, in light of the Brazilian Inclusion Law and the International Convention on the Rights of Persons with Disabilities. As a result of a historical process of social exclusion, people with disabilities do not yet have their rights guaranteed on equal terms with other individuals. In order to examine LBI's reflection on the Brazilian electoral arrangement, considerations are made about the changes to the exercise of active and passive political rights, in addition to aspects related to the removal of factual barriers to the exercise of voting rights, to the inclusion of the citizen with in the field of political communication and the promotion of equal opportunities for the candidacies of individuals with that condition, which imposes legal and political instruments for equitable access to participation spaces, as well as a society effort to stimulate debate, in order to gradually materialize the construction of state power in a more inclusive and, therefore, more just way.

Keywords: Persons with disabilities - Political Participation - Equality - Accessibility

1. INTRODUÇÃO

A participação política fundamenta a democracia, na medida em que lhe confere legitimidade. Não existe regime democrático onde a coletividade – ou uma parte significativa dela – esteja alijada das esferas onde se forjam as orientações de caráter público, porque a democracia se caracteriza como o regime em que as decisões fundamentais defluem de todos os cidadãos. O aspecto democrático do sistema político é, em intensa dosagem, consequência do talante participativo de uma cidadania que, conformada, estruturada e engajada, constrói uma cultura que alenta a responsabilidade dos líderes políticos em direção ao atendimento das demandas sociais (Urroz, 2011, p. 87)¹.

A rigor, um sistema realmente democrático deve favorecer a máxima implicação dos cidadãos na definição das leis e no delineamento das políticas: em seu ambiente, o processo participativo deve assegurar que nenhum homem ou grupo esteja acima de outros homens ou grupos; as camadas sociais são dependentes entre si e, desse modo, devem igualmente ser abrigadas pelo sistema legal (Pateman, 1992, p. 41)².

Pese o fato de que se expressa por múltiplas formas - e em diversos níveis³, a participação tem como faceta medular o exercício do sufrágio⁴, o que a coloca no centro da problemática afeta à disciplina eleitoral. O envolvimento ativo dos indivíduos nas instâncias de poder é, sem dúvida, um dos valores a que se destina o ramo jurídico em questão. Se as eleições instrumentalizam o enlace entre a vontade dos eleitores e as ações governamentais (Fayt, 2009, p. 225), colocando o demos no papel de governar (Sartori, 1965, p. 88), o espírito democrático inclina a política legislativa à persecução de um sistema de consultas populares amplamente receptivo, simpático a um abarcamento coletivo indiscriminado e avesso a cláusulas normativas e a condições fáticas injustificadamente tendentes ao despreço ou à marginalização. Como pontua Roseno (2017, p. 566), o grau de abertura da participação política pesa no coeficiente democrático dos sistemas, de modo que “[...] quanto menos restritivas forem as condicionantes para o exercício dos direitos políticos, mais participativo e plural será o modelo adotado [...]”.

Nesse sentido, buscando adequar o arcabouço jurídico nacional aos parâmetros definidos pela Convenção da Organização das Nações Unidas (ONU) Sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência (CDPCD), a Lei nº 13.146/2015, que instituiu a Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência (LBI), surge não apenas como oportuno instrumento de

¹“A participação política surge intimamente ligada à ideia de legitimidade dos sistemas políticos, no sentido em que se reconhece que a democracia exige um sistema de valores que, no plano ideal, possibilite a participação política dos indivíduos na tomada de decisões coletivas e permita a competição pacífica pelo poder. Noutro plano, a associação da participação à legitimidade das democracias destaca também o papel de cada indivíduo na concretização do ideal democrático, chamando atenção para o facto de as diversas formas de participação, para além de cumprirem a função de legitimação dos sistemas políticos e da acção dos governantes, também contribuírem para a realização do indivíduo na comunidade política em que se insere” (Martins, 2010, p. 103-104).

²A democracia tem amparo na isonomia e, assim, refuta desigualdades nas medidas da participação, porquanto ensejam desequilíbrios na influência política dos diferentes sujeitos e classes (Della Porta, 2003, p. 89). O alijamento político de grupos não centrais – como é o caso das pessoas com deficiência – produz distorções no esquema público de distribuição de justiça, tanto porque embaraça a impressão de seus esforços sociais como porque dificulta a sua mobilização em outros níveis. As barreiras, sejam fáticas ou normativas, ainda quando não impeditivas aumentam sobremaneira o que Della Porta (2003, p. 90) chama de *custos marginais* da atividade política.

³Giacomo Sani (in Bobbio; Mateucci; Pasquino, 2009, p. 888) esclarece que a participação política envolve uma variada série de atividades para além do exercício do voto, como a militância partidária, a presença em manifestações, a pressão exercida sobre governantes, a difusão de informações políticas e a discussão sobre temas públicos de relevo. Juan Urroz (2011, pp. 91-92) identifica em tais atividades três diferentes *níveis de envolvimento*, referentes a atividades de cidadãos que classifica como combativos, *em transição ou espectadores*. Em seu modelo taxionômico, toma-se por *combativo* o indivíduo que se dispõe a votar, ocupar cargos públicos de natureza política, concorrer a postos na hierarquia partidária, desenvolver atividades diretas em benefício de um partido político, tomar parte em comitês ou grupos de estudo de programas, apoiar diretamente candidatos em campanha, etc. Por outro lado, considera-se *espectador* um sujeito passivo do ponto de vista político, o qual não faz mais do que votar e ser um mero receptor de mensagens políticas. Finalmente, entende-se *em transição* o cidadão situado a meio entre as posições periféricas, ocupando-se de atividades de envolvimento relativo, como participar de reuniões ou atividades políticas esporádicas e genéricas, realizar, em caráter eventual, contribuições econômicas, estabelecer algum contato com dirigentes políticos e realizar atividades relacionadas com a difusão de ideias de um determinado partido político. À margem daqueles que participam em algum nível, Urroz aborda o marco da apatia, no qual situa os membros da sociedade que permanecem alheios aos aspectos políticos do mundo, participando apenas aparentemente dos problemas coletivos. Kaase e Marsh (apud Pasquino, 2014, p. 96), por seu turno, classificam os cidadãos como: a) *inativos* (no máximo, acompanham noticiários políticos e se dispõem a assinar petições, quando solicitados); b) *conformistas* (engajam-se apenas em formas convencionais de participação, como o voto); c) *reformistas* (ao lado das formas de participação convencionais, participam de protestos, manifestações e boicotes); d) *ativistas* (levam a cabo ações políticas extravagantes ou mesmo ilegais); e) *contestatários* (diferem-se dos ativistas por não tomarem parte de atividades convencionais, em sinal de desconhecimento da autoridade do sistema).

⁴Em termos substantivos, o exercício do voto é de ser colocado em perspectiva, se se pretende analisar a participação política em um contexto mais amplo. Nessa direção, muitos autores afirmam que a participação eleitoral é apenas uma entre as diversas modalidades de participação política, podendo nem ser a mais importante, a despeito de ser a mais difundida e universal (Pasquino, 2010, p. 83). Sendo claro que a democracia repousa no demos ativo (Sartori, 1965, p. 105), formas de participação mais vivas e constantes, entre as quais a cobrança direta dos representan-

efetivação dos mais variados direitos e garantias, mas ainda como um marco normativo arrojado, que conduz também o ordenamento eleitoral a um reencontro com os seus valores, em uma trilha dinâmica, democrática e progressiva.

Como resultado de um processo histórico de exclusão social, as pessoas com deficiência ainda não têm seus direitos assegurados em condições de igualdade com os demais indivíduos. Daí a importância da Convenção da ONU e de sua internalização pelo Brasil como o primeiro tratado internacional de direitos humanos no País com equivalência expressa de norma constitucional.

Não por acaso, em sua parte preambular, alínea “e” e artigo 1º, a Convenção reconhece que a deficiência é um conceito em evolução que resulta da interação **entre** os impedimentos de longo prazo de natureza física, mental, intelectual ou sensorial e as barreiras devidas às atitudes e ao ambiente, que impedem a plena e efetiva participação das pessoas com deficiência na sociedade em igualdade de condições e oportunidades com os demais indivíduos.

Capítulo especial da Convenção da ONU foi dedicado aos direitos e garantias de participação na vida pública e política das pessoas com deficiência (art. 29), muitos deles reproduzidos em sua redação pela Lei nº 13.146/2015 (art. 76), com o propósito de assegurar também a sua inclusão política, amortizando, assim, dívida do sistema para com a dignidade humana⁹ e revigorando o substrato democrático do estatuto eleitoral.

O presente artigo tem por objetivo examinar os reflexos da incidência da LBI sobre o arranjo das eleições brasileiras. Confere-se às regras trazidas um enfrentamento crítico estruturado em bases compartimentadas: analisam-se, separadamente, as modificações operadas sobre o exercício dos direitos políticos ativos e passivos, assim como aspectos atinentes à remoção de barreiras fáticas ao exercício do voto, à inclusão do cidadão com deficiência no campo da comunicação política e à promoção da igualdade de oportunidades para as candidaturas de indivíduos com aquela condição.

2. BREVE HISTÓRICO E EVOLUÇÃO LEGISLATIVA – DA EXCLUSÃO À CIDADANIA

Na cena contemporânea, o tratamento jurídico conferido às pessoas com deficiência pode ser dividido em três momentos distintos: o de integração, o de inclusão e, por fim, o de cunho emancipatório, ao que o Brasil deu início com a Constituição da República de 1988.

Observa-se que o processo evolutivo da legislação brasileira na temática atinge seu apogeu com a Lei Brasileira de Inclusão, a qual visa a dar cumprimento à Convenção Internacional sobre os direitos das pessoas com deficiência e seu protocolo facultativo⁹, integrados ao arcabouço constitucional, por força do art. 5º, §3º, CRFB¹⁰.

Firmando o olhar no passado, a fim de compreender o momento atual e sua perspectiva futura, veja-se que no antigo testamento as alusões à deficiência física ou mental em geral estão associadas à impureza, ao pecado e tidas como obra

tes eleitos, tendem a servir de maneira melhor ao esquema dos regimes de autodeterminação popular, na medida em que sua qualidade sofre com a apatia, com o alheamento e com o desinteresse. Sem embargo, não se pode perder de vista a importância do sufrágio. Cuida-se, como frisa Alcubilla (in: Alcubilla; García-Campero, 2009, p. 173), de “[...] *la expresión más clásica y acabada de las libertades de carácter político, pues el ciudadano disfruta además de los derechos de libertad-autonomía (status libertatis), del derecho de participación en la formación de la voluntad del Estado (status activae civitatis)*”. Assim, na contramão de algumas correntes, a prerrogativa em referência também pode ser vista como “[...] *la manifestación más sobresaliente de este genérico derecho de participación política*” (*ibidem*).

⁸Em estudo recente, Marcelo Roseno (2017, p. 564) reúne visões doutrinárias que exploram as correlações existentes entre democracia, direitos políticos e dignidade da pessoa humana. Nesse esforço, colaciona lição de Narciso Baez, para quem os direitos políticos incorporam a dignidade humana em sua dimensão básica, a de resguardar as pessoas contra quaisquer privações de direitos. Para Baez, “alijar a pessoa das franquias do exercício da participação política importaria em redução de sua condição de sujeito de direitos, [...] passando a ser tratada como mero instrumento ou coisa”. Roseno (2017, p. 565) evoca, na mesma direção, a visão de Hannah Arendt, resumida na ideia de que “[...] os direitos humanos pressupõem a cidadania como meio para a sua proteção, não somente como um fato e um meio, mas como princípio, na medida em que a sua privação afeta substantivamente a própria condição humana”. Segundo Arendt (*ibidem*): “[...] o ser humano privado de suas qualidades acidentais – o seu estatuto político – vê-se privado de sua substância, vale dizer: tornado pura substância, perde sua qualidade substancial, que é a de ser tratado pelos outros como um semelhante”.

⁹Mediante o Decreto Legislativo nº 186, de 9 de julho de 2008, promulgado pelo Poder Executivo federal por meio do Decreto nº 6.949, de 25 de agosto de 2009, o Congresso Nacional aprovou o texto da Convenção da ONU sobre os direitos das pessoas com deficiência, bem assim seu Protocolo Facultativo, assinados em Nova York, em 30 de março de 2007, que reconhece a competência do Comitê sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência para receber e analisar comunicações submetidas por pessoas ou grupos de pessoas narrando violações ao referido tratado internacional. Além do compromisso junto à ONU firmado pela União valer para todos os entes da Federação e para os três Poderes, o texto da Convenção constitui parâmetro de controle de constitucionalidade, sendo que a não observância de seus preceitos enseja mora internacional do Estado brasileiro. Ao Executivo cabe a implementação de medidas necessárias ao cumprimento das obrigações previstas; ao Legislativo, compatibilizar a legislação com os novos compromissos e, ao Judiciário, aplicar e assegurar a obediência ao tratado, conforme o seu status de emenda constitucional.

do maligno, como se lê no livro de Levítico, capítulo 21, versículos 16-21.

A influência cristã e seus princípios de caridade e amor ao próximo contribuíram, em particular a partir do século IV, para a criação de hospitais e casas de caridade voltados para o atendimento das pessoas pobres e marginalizadas, dentre as quais indivíduos com algum tipo de deficiência, ou seja, um período de exclusão caritativa dessas minorias. Com isso, firmava-se uma cultura de segregação impulsionada por um princípio de exclusão “pelo bem” da população envolvida.

O Renascimento, por sua vez, marca uma fase mais esclarecida da humanidade e das sociedades em geral, com o advento de direitos reconhecidos como universais, a partir de uma filosofia humanista, além de contribuições trazidas com o avanço da ciência (SILVA, 1987).

No Brasil Imperial foram instituídas diversas Casas de Misericórdia, as quais se ocupavam de atender àqueles que necessitavam de assistência médica, mas não tinham condições financeiras para arcar com os respectivos custos. Trata-se, ainda, de um momento de exclusão caritativa, no qual a prática assistencial está diretamente ligada à institucionalização, à segregação e ao confinamento. Otto Marques da Silva (1987) relembra a tristemente famosa Roda dos Expostos, na qual muitos recém-nascidos com alguma deficiência foram colocados, tendo eles sido criados em orfanatos ou em conventos, à margem da sociedade.

Deve-se ainda a esse período a criação de instituições como o Imperial Instituto de Meninos Cegos (1854), hoje Instituto Benjamin Constant, por influência de José Álvares de Azevedo, que tinha deficiência visual e foi pioneiro na disseminação do Braille no país; o Instituto dos Surdos-Mudos (1856), hoje Instituto Nacional de **Educação** de Surdos (INES) e o Asilo dos Inválidos da Pátria, desativado em 1976, os quais marcam, no Brasil, um momento de integração instrumental. Se não era possível a integração à sociedade, criavam-se espaços, instituições fechadas, que também detinham o papel de preparar para uma integração social futura, a qual dependia muito mais da superação pessoal das barreiras físicas e também atitudinais, pouco ou nada exigindo da sociedade e, por esse motivo, muitas vezes não se implementava (SASSAKI, 2010).

Em 1945, na história mundial, um grande retrocesso. Embora os judeus fossem o foco principal da política nazista, pelo menos duzentas mil pessoas com deficiência, em sua maioria alemãs, foram assassinadas no chamado “Programa Eutanásia” ou “T-4”. As pessoas com deficiência que eram “condenadas” eram transferidas para seis instituições na Alemanha e na Áustria, onde eram mortas em câmaras de gás especialmente construídas para aquele fim. Bebês com alguma deficiência também eram assassinados com injeções de doses letais de drogas ou por abandono, morrendo de fome ou por falta de cuidados (ENCICLOPÉDIA DO HOLOCAUSTO, [20--]).

O período do pós-guerra caracteriza um marco importante no desenvolvimento da reabilitação, com a promoção de políticas voltadas especialmente para militares que se tornaram deficientes, mas reconhecidamente capazes de incorporarem-se à indústria e de contribuir para a formação da riqueza nacional.

Isso chamou a atenção não só dos países envolvidos, mas de todo o mundo, culminando na aprovação em Assembleia Geral da ONU, em 1946, de uma Resolução que incluía a reabilitação de pessoas com deficiência. Mais tarde, em 1971, foi aprovada a Declaração dos Direitos da Pessoa Com Retardo Mental e a seguir, em 1975, a chamada Declaração dos Direitos das Pessoas Deficientes (Res. n. 30/3447).

O ano de 1981 foi proclamado o Ano Internacional das Pessoas “Portadoras”¹¹ de Deficiência - *Internacional Year of Disabled Persons*, dando fim à chamada Década da Reabilitação (1970-1980), fase em que ainda vigorava um certo paternalismo em relação à pessoa com deficiência, desconsiderando-se suas potencialidades e capacidade de decidir sobre questões que afetavam sua vida.

¹⁰No âmbito do desenvolvimento normativo, antes mesmo de assentarem-se os institutos trazidos pela LBI, já se trabalha com o PLS n. 757/2015, cujo objetivo seria a correção de supostas inconsistências legislativas em tema de capacidade civil da pessoa com deficiência.

¹¹Valer-se-á das aspas quando a norma enunciar o termo “portador de deficiência” ou outro termo que não se coadune com o conceito internacional.

¹²Alcubilla (in: Alcubilla; García-Campero, 2009, p. 173) prega a necessidade de reconhecimento do caráter de independência entre as instâncias, a despeito de sua íntima conexão. De fato, razão assiste ao professor espanhol. O quadro normativo eleitoral comporta a possibilidade de que o sufrágio ativo conviva desacompanhado de sua dimensão complementar: é o que ocorre quando um cidadão enfrente hipóteses de inelegibilidade, instituto jurídico que suprime a possibilidade de candidatura sem restringir a capacidade para o exercício do voto.

¹³Art. 67. Os serviços de radiodifusão de sons e imagens devem permitir o uso dos seguintes recursos, entre outros: I - subtítuloção por meio de legenda oculta; II - janela com intérprete da Libras; III - audiodescrição.

¹⁴Tal como expõe o art. 2º da LBI, a deficiência consiste em impedimento do indivíduo, de longo prazo, de natureza física, mental, intelectual

Vislumbra-se aí uma mudança de perspectiva sobre a capacidade de autodeterminação da pessoa com deficiência. Na década de 80, no Brasil, muitas organizações de defesa de direitos surgiram e fortaleceram-se, conquistando espaços em todos os segmentos, o que inclui o campo da política. Questionavam-se, sobretudo, as práticas assistencialistas e de integração por meio de instituições. Contemporânea aos movimentos de desinstitucionalização, surge a ideia de inclusão, com primazia no âmbito escolar, espalhando-se para diversos meios, como o da política.

Observa-se que os primeiros Códigos Eleitorais (o de 1932, de 1935, de 1945 e de 1950) pouco tratavam da questão da deficiência, trazendo menções normativas sobre o voto de eleitores com deficiência visual – a expressão utilizada era “cegos alfabetizados”. O Código Eleitoral de 1945 (Decreto-Lei 7.586/1945) previu como facultativo o voto dos “inválidos”, em seu art. 4º, alínea “a”, expressão que se repete no Código vigente (Lei 4.737/65), em seu art. 6º, inciso I, alínea “a”. Até a Constituição de 1988 permaneceu essa facultatividade e, mesmo após a redemocratização, somente em 2004, o Tribunal Superior Eleitoral, por meio da Resolução n. 21.920, fazendo uma interpretação do art. 14, inciso II, CRFB, reconheceu a obrigatoriedade do alistamento eleitoral e do voto da pessoa com a deficiência, prevendo a possibilidade de isenção da multa por ausência às urnas nos casos em que a natureza da deficiência impossibilite ou torne oneroso o exercício das obrigações eleitorais.

A Resolução do TSE n. 23.381/2012, que instituiu o programa de acessibilidade na Justiça Eleitoral, com objetivo de gradual implementação de medidas para remoção de barreiras físicas, arquitetônicas, de comunicação e de atitude marca a fase de inclusão da pessoa com deficiência em relação ao exercício do sufrágio.

Em que pesem os avanços da referida regulamentação, a qual tem como parâmetros a Convenção da ONU, a Lei n. 10.098/2000 (Lei Geral de Acessibilidade) e a LBI, a participação da pessoa com deficiência na política implica um passo além da necessária inclusão. Fala-se, portanto, na emancipação do cidadão com deficiência. Questiona-se a linguagem utilizada para referir-se a ele, especialmente nos instrumentos normativos. Utiliza-se de forma crescente termos como *empowerment* ou empoderamento, os quais têm raízes nos movimentos emancipatórios relacionados ao exercício da cidadania, para embasar esse **segmento** formado por milhões de pessoas que também detêm direito de voto e de voz.

Segundo dados do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística, no censo realizado em 2010, residiam no Brasil 45.606.048 milhões de pessoas com pelo menos um dos impedimentos investigados (visual, auditivo, motor e mental/intelectual), número que provavelmente será maior no próximo censo, a ser realizado em 2020. Dessas, 2.611.536 milhões eram pessoas com deficiência intelectual e mental (Censo Demográfico, IBGE, 2010)

A Justiça Eleitoral apresentou para as Eleições de 2018 o seguinte traçado: o quantitativo de eleitores com algum tipo de deficiência registrada no cadastro eleitoral é de quase um milhão de eleitores, mais precisamente 940.630 mil eleitores aptos a votar. Destes, 332.443 mil declararam algum impedimento de locomoção; 120.195 mil, **impedimento** visual e 63.861, **impedimento** físico. Além disso, 57.923 mil eleitores estão enquadrados aos termos da Res. TSE n. 21.920/2004, ou seja, ficam dispensados da multa por ausência às urnas em razão da dificuldade para o exercício do voto, sendo 460.531 mil o número de eleitores com outros tipos de **impedimento**, o que inclui deficiências múltiplas, bem como a intelectual e a mental, sem muita precisão de dados neste particular (BRASIL, 2018).

Oportuno ressaltar a inexistência de registros oficiais pela Justiça Eleitoral sobre o quantitativo de candidatos com deficiência que concorreram às Eleições, ou quantos foram eleitos, dados estatísticos que deveriam ser disponibilizados, tal qual já ocorre com os dados sobre gênero das candidaturas. Ao que se tem notícia, apenas dois candidatos teriam alçado cargos no Congresso Nacional no pleito de 2018, número inexpressivo se considerado o total de candidatos eleitos entre senadores e deputados federais.

Tais informações não podem ser desconsideradas. Com o advento da LBI, implementa-se no processo eleitoral brasileiro uma participação mais efetiva da pessoa com deficiência, o que inclui a possibilidade de candidatura a cargo eletivo **inclusive** das pessoas com deficiência intelectual, **segmento** que não é classificado separadamente no cadastro eleitoral e que, talvez por isso, sequer aparece nos dados estatísticos coletados pelo Tribunal Superior Eleitoral.

As palavras de ordem utilizadas na Convenção da ONU, “*nothing about us without us*”, ou seja, “nada sobre nós sem a nossa participação”, ganham profundo significado quando se trata da participação da pessoa da deficiência no processo democrático em todas as suas dimensões, porque implica na total ruptura de uma ideia de exclusão e assistencialismo para a de **protagonismo** na história política do país.

ou sensorial, o qual, em interação com uma ou mais barreiras, pode obstruir sua participação plena e efetiva na sociedade em igualdade de condições com as demais pessoas. A restrição ora comentada era, em geral, destinada a pessoas privadas da plenitude de suas aptidões mentais ou intelectuais, atingindo apenas excepcionalmente impedimentos de natureza física (notadamente, quando impeditivos da manifestação da própria vontade).

3. IMPACTOS DIRETOS DA LEI BRASILEIRA DE INCLUSÃO DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA NO ORDENAMENTO ELEITORAL PÁTRIO

O direito de sufrágio comporta, em essência, duas espécies de manifestações. Em primeiro lugar, o direito de sufrágio ativo, que consiste no direito conferido ao cidadão para que, na condição de eleitor, escolha livremente entre pares que postulam cargos de representação em diversas instâncias dos poderes Executivo e Legislativo ou, em outras circunstâncias, para que opine sobre políticas públicas alternativas acerca das quais os governantes preferem deliberar em conjunto com a massa. De outro lado, o direito de sufrágio comporta ainda uma feição passiva, consistente na prerrogativa de pleitear o exercício da representação política (*ius honorum*), mediante a submissão dessa possibilidade ao crivo da base social¹².

Essa última feição, modernamente, recebe um matiz substancialista, pelo qual a postulação de cargos públicos passa a subjazer a ideia de fazê-lo em condições de igualdade. O respeito à equivalência de chances nas disputas eletivas é, finalmente, reconhecido como um dos elementos básicos do sistema representativo, na medida em que o regime democrático pressupõe um inexorável respeito à ideia de uma ordem política aberta e renovável (Muñoz, 2007, p. 34).

No intento de promover uma inclusão política efetiva e completa da pessoa com deficiência, a Lei nº 13.146/2015 qualifica o duplo aspecto do direito de sufrágio, com o escopo de assegurar que indivíduos com deficiência possam exercer os direitos políticos em sua plenitude, para o que projeta, no campo normativo, garantias jurídicas e exigências materiais necessárias à viabilização de sua participação como candidatos e como eleitores. As principais mudanças constam das regras dispostas abaixo:

Art. 6o A deficiência não afeta a plena capacidade civil da pessoa [...].

Art. 76. O poder público deve garantir à pessoa com deficiência todos os direitos políticos e a oportunidade de exercê-los em igualdade de condições com as demais pessoas.

§ 1o À pessoa com deficiência será assegurado o direito de votar e de ser votada, inclusive por meio das seguintes ações:

I - garantia de que os procedimentos, as instalações, os materiais e os equipamentos para votação sejam apropriados, acessíveis a todas as pessoas e de fácil compreensão e uso, sendo vedada a instalação de seções eleitorais exclusivas para a pessoa com deficiência;

II - incentivo à pessoa com deficiência a candidatar-se e a desempenhar quaisquer funções públicas em todos os níveis de governo, inclusive por meio do uso de novas tecnologias assistivas, quando apropriado;

III - garantia de que os pronunciamentos oficiais, a propaganda eleitoral obrigatória e os debates transmitidos pelas emissoras de televisão possuam, pelo menos, os recursos elencados no art. 67 desta Lei¹³;

IV - garantia do livre exercício do direito ao voto e, para tanto, sempre que necessário e a seu pedido, permissão para que a pessoa com deficiência seja auxiliada na votação por pessoa de sua escolha. [...]

Art. 85. A curatela afetará tão somente os atos relacionados aos direitos de natureza patrimonial e negocial.

§ 1o A definição da curatela não alcança o direito ao próprio corpo, à sexualidade, ao matrimônio, à privacidade, à educação, à saúde, ao trabalho e ao voto. [...]

Art. 96. O § 6o-A do art. 135 da Lei no 4.737, de 15 de julho de 1965 (Código Eleitoral), passa a vigorar com a seguinte redação:

“Art. 135. [...]

¹⁵Nessa linha, Viamonte (apud Sánchez, 2010, p. 33) conceitua o sufrágio ativo como “[...] toda manifestación individual que tiene por objeto concurrir a la formación de la voluntad colectiva, con el fin de constituir el gobierno o de decidir algún problema transcendental para los intereses de la Nación”.

¹⁶Conquanto ocasionem efeitos práticos semelhantes, as causas de perda e suspensão de direitos políticos não se confundem e, por isso, soem ser diferenciadas pela doutrina. Segundo Jorge, Liberato e Rodrigues (2016, p. 152): “[...] suspensão é a privação por prazo determinado dos direitos políticos e a perda é a privação por prazo indeterminado dos direitos políticos. Mas, em ambos os casos, poderá haver reaquisição dos

§ 6o-A. Os Tribunais Regionais Eleitorais deverão, a cada eleição, expedir instruções aos Juízes Eleitorais para orientá-los na escolha dos locais de votação, de maneira a garantir acessibilidade para o eleitor com deficiência ou com mobilidade reduzida, inclusive em seu entorno e nos sistemas de transporte que lhe dão acesso.

À sua análise são dedicados os tópicos seguintes.

3.1 A SUPRESSÃO DO ÓBICE NORMATIVO À CAPACIDADE ELEITORAL DE CIDADÃOS COM DEFICIÊNCIA MENTAL OU INTELECTUAL

O primeiro e maior fator de apartamento a atingir as pessoas com deficiência era de índole normativa e atingia apenas uma parcela dos membros da classe em questão¹⁴. Fala-se da privação de direitos de índole política imposta a cidadãos com limitações cognitivas ou intelectuais, sobretudo aqueles postos em regime de curatela, porquanto declarados absolutamente incapazes de acordo com os cânones da legislação civil anterior. Esse conjunto particular de indivíduos via, no modelo superado, afastadas as oportunidades de participação eleitoral em sua dupla dimensão, já que o sistema lhes privava, simultaneamente, das cidadanias ativa e passiva.

Essa condição histórica, largamente aculturada, apresenta-se, hoje, como uma prática discriminatória incompatível com o estado de desenvolvimento dos direitos humanos (Planchuelo, 2016, p. 102), máxime quando se observa que a cidadania, por dizer respeito à incorporação do indivíduo como membro efetivo do Estado, é uma condição de liberdade (Dias, 2013, p. 106). Como afirma Reinaldo Dias (*ibidem*): “A cidadania é uma condição que pressupõe uma relação democrática entre o indivíduo e o poder. Ao participar do exercício do poder, torna-se cidadão. Aquele indivíduo que somente está submetido ao poder, sem exercê-lo, não é cidadão, é súdito”. Logo, “a existência de cidadania exige a existência de instituições que possibilitem aos indivíduos participar ativamente do exercício do poder e da escolha de quem irá exercê-lo”.

Os direitos de cidadania ativa (direitos políticos ativos) refletem uma aptidão jurídica para a realização de interferências individuais em processos de decisões políticas¹⁵. Referem-se, pois, à capacidade para a emissão de opiniões políticas mediante voto, selecionando entre representantes ou diretrizes governamentais, conforme se trate de eleições ou mecanismos de democracia participativa, como plebiscitos ou referendos. Na linha do constitucionalismo ocidental moderno, a Carta Política brasileira (art. 14, caput) assenta que a soberania popular será exercida mediante o sufrágio universal. A garantia se reveste, inclusive, do status de cláusula pétrea, como se apura do art. 60, §4º, inciso II, da CF/88. Para Frederico Alvim (2016, p. 117), a ideia de voto universal remete a um comando de plena extensão, a fazer com que os direitos políticos alcancem, em tese, a totalidade dos cidadãos, sem diferenciações discriminatórias, de ordem econômica, intelectual, profissional, de raça, gênero, religião etc. Sua presença se impõe pelo fato de que o direito ao voto, ademais de ser o direito político por excelência, alimenta o cerne do Estado democrático, que se rege pelo princípio da soberania popular. Como defende Alcubilla (in: Alcubilla; García-Campero, 2009, p. 174), se o Estado constitucional se legitima na coletividade de cidadãos que o conforma, não se admite que prospere um exercício discriminatório dos poderes públicos em detrimento de determinadas pessoas ou grupos. Assim, o sufrágio deve ser visto como um verdadeiro direito, e não como uma espécie de privilégio outorgado a alguns indivíduos de elevadas condições de moralidade, inteligência ou cultura (Fayt, 2009, p. 149).

A despeito da opção constitucional pelo voto universal, a capacidade eleitoral ativa não se encontra aberta a toda a população. Em verdade, sua obtenção demanda o preenchimento de certos requisitos, entre os quais figura a inexistência de causa de restrição de direitos políticos, notadamente a não incidência de hipóteses de perda ou suspensão¹⁶, como a incapacidade civil absoluta (art. 15, inciso II, CF/88). Eis o motivo pelo qual uma parte significativa das pessoas com deficiência convivia com a privação do núcleo essencial dos direitos de participação. Vale anotar que a causa produzia efeitos supressivos também em relação ao direito de concorrência em pleitos eletivos, haja vista que as hipóteses de suspensão de direitos políticos afetam, de igual modo, a dimensão passiva das prerrogativas em questão.

direitos políticos. Daí decorre que uma vez cessada a causa suspensiva o indivíduo retoma automaticamente os seus direitos políticos sem ter que passar novamente por um alistamento eleitoral, já que teria havido apenas suspensão e não perda dos direitos políticos. Já no caso da perda dos direitos políticos, uma vez cessada a causa que deu origem a perda dos direitos políticos será necessário que o indivíduo readquira os seus direitos políticos”.

¹⁷Sobre a evolução histórica do tratamento dispensado a pessoas com transtornos mentais ou de comportamento, veja-se excelente pesquisa levada a cabo por Oliveira Filho e Marcelo Rodrigues da Silva (2016).

¹⁸Como indica José Jairo Gomes (2018, p. 33), o câmbio de mentalidade se manifesta desde logo no plano simbólico da linguagem. Percebe o autor em questão que a legislação invoca a expressão “pessoa com deficiência” em substituição “a termos inadequados e pejorativos como ‘loucos de todo o gênero’ (CC/1916m art. 5º, II) e ‘inválidos’ (CE, art. 6º, I, a)”.

O dispositivo aludido constitui uma espécie de norma em branco, cujo significado depende de complementação a ser realizada pela ação do legislador ordinário.

O conceito normativo de incapacidade absoluta consta, tradicionalmente, de prescrições constantes do Código Civil, sendo o art. 3º o locus do diploma atual. Até a entrada em vigência da Lei Brasileira de Inclusão, pela regra assinada consideravam-se absolutamente incapazes de exercer pessoalmente os atos da vida civil: os menores de 16 anos; os que, por enfermidade ou deficiência mental, não detinham o necessário discernimento para a prática dos atos da vida civil; e os que, embora por causa transitória, não pudessem exprimir a sua vontade.

Excluía-se, portanto, do raio de abrangência da capacidade política uma gama de cidadãos com limitações cognitivas ou intelectuais. O valor relativo à dignidade, por uma opção política culturalmente condicionada, cedia ante à ideia – elevada à categoria de dogma – de que os indivíduos com deficiência intelectual ou mental eram de todo incapazes, carecendo de integral proteção¹⁷.

Nesse sentido, a Lei Brasileira de Inclusão vem operar uma mudança de paradigma¹⁸, vista por Gagliano e Pampolina Filho (2016, p. 50) como uma homenagem ao princípio da dignidade da pessoa humana: a pessoa com deficiência deixou de ser genérica e aprioristicamente rotulada como incapaz¹⁹, para passar a ser avaliada, em uma “perspectiva constitucional isonômica”, como “dotada de plena capacidade legal, ainda que haja a necessidade de adoção de institutos assistenciais específicos, como a tomada de decisão apoiada e, extraordinariamente, a curatela, para a prática de atos na vida civil”. A Lei 13.146/2015 (art. 114) acabou por esvaziar de conteúdo do art. 15, inciso II, da Constituição, ao reduzir o leque de fatos geradores de incapacidade civil absoluta a uma única hipótese, a ostentação de idade inferior a dezesseis anos²⁰.

Como ressaltam Dias e Junqueira (2016, p. 296), ao enfatizarem que a curatela afetará tão somente os atos relacionados aos direitos de natureza patrimonial e negocial, a Lei deu passo conceitual importantíssimo em direção à efetiva implementação da Convenção da ONU e à concretização do direito de voto das pessoas com deficiência. Já era tempo de reconhecer que eventual necessidade de proteção patrimonial não pode implicar desnecessária limitação aos direitos existenciais do sujeito²¹.

¹⁹Nogueira (2017, p. 48) evidencia as injustiças ocasionadas pela generalização coletiva, sob a ótica de quem atua na linha de frente da Justiça Eleitoral: “Certo é que a interdição transformava a pessoa com deficiência mental em incapaz do ponto de vista jurídico mas, na prática, muitos seguiam realizando diversas condutas no seu dia-a-dia de forma totalmente autônoma. Em nossa experiência diária, tivemos a oportunidade de prestar atendimento a diversos interditados que conseguiram se deslocar livremente pela cidade, realizavam pequenas compras no comércio e sabiam esboçar o que desejavam, mesmo quando a doença mental implicava pequenos traços de devaneio em seus discursos. Observa-se que há um núcleo básico da vontade que perdura, sendo, inclusive, benéfico à pessoa com deficiência exercer sua participação política, caso assim o deseje”.

²⁰Em verdade, não parece exagerado afirmar mesmo que, no presente cenário, a norma constitucional foi tornada letra morta, tendo em vista que no arranjo brasileiro os menores de dezesseis anos encontram-se impedidos de realizar os atos eleitorais. Em todo caso, ressalte-se que mesmo com a possível alteração da **Lei Brasileira de Inclusão** pelo PLS n. 757/2015 Substitutivo, mantém-se a redação dos artigos 3º e 4º do Código Civil alterados pela LBI, privilegiando-se a plena capacidade e a vontade da pessoa com deficiência (de toda natureza, inclusive intelectual e mental), o que não significa que a lei não lhe ofereça apoios para a tomada de decisão, sem, contudo, medidas integralmente substitutivas do exercício da capacidade.

²¹Relevante alteração consta do PLS 757/2015 Substitutivo em relação à pessoa com deficiência mental ou intelectual ou deficiência grave, a fim de privilegiar a sua plena capacidade. Assim, da presença de deficiência dessa natureza não decorre automaticamente hipótese de curatela, sendo-lhe facultada a tomada de decisão apoiada, que receberá a mesma proteção legal prevista para as pessoas relativamente incapazes. Assim, de acordo com a minuta do PLS, o art. 4º da Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (Código Civil Brasileiro), que cuida da relativa incapacidade, terá acrescido alguns parágrafos:

“§ 2º As pessoas com deficiência, inclusive mental ou intelectual ou deficiência grave, maiores de 18 (dezoito) anos, têm assegurado o direito ao exercício de sua capacidade civil em igualdade de condições com as demais pessoas, devendo os apoios e salvaguardas, de que eventualmente necessitarem para o exercício dessa capacidade, observarem o quanto segue:

I - a curatela, regulada pelos artigos 1.781 e seguintes deste Código, poderá ser utilizada para as pessoas com deficiência apenas quando apresentarem as condições previstas nos incisos II, III e IV do caput deste artigo (os ébrios habituais e os viciados em tóxico; aqueles que, por causa transitória ou permanente, não puderem exprimir sua vontade; os pródigos);

II - a presença de deficiência mental ou intelectual ou deficiência grave, por si só, não configura a hipótese prevista no inciso III do caput deste artigo, sendo facultada a essas pessoas a tomada de decisão apoiada regulada nos artigos 1.783-A e seguintes deste Código;

III - o acolhimento judicial do pedido de tomada de decisão apoiada pressupõe a vulnerabilidade da pessoa com deficiência mental ou intelectual ou deficiência grave, garantindo à pessoa apoiada a mesma proteção legal prevista nesta e em outras leis às pessoas relativamente incapazes.

§ 3º A curatela das pessoas referidas no inciso III do caput deste artigo outorga ao curador o poder de representação e os atos por ele praticados, nessa qualidade, devem ter como parâmetro a potencial vontade da pessoa representada.”

²²Com efeito, em seu artigo 12, que garante às pessoas com deficiência o gozo de capacidade jurídica em igualdade de condições com as demais pessoas em todos os aspectos da vida, a Convenção da ONU prescreve, no item 4, do referido dispositivo normativo, que os “Estados Partes assegurarão que todas as medidas relativas ao exercício da capacidade legal incluam salvaguardas apropriadas e efetivas para prevenir abusos, em conformi-

Na linha da nova abordagem inaugurada pela Convenção da ONU sobre a capacidade jurídica das pessoas com deficiência²², enfatiza-se que a curatela é medida extraordinária (LBI, artigo 84, parágrafo 3º), que não pode lhes impor restrições indevidas, em contraposição ao direito da pessoa com deficiência à tomada de decisão apoiada (LBI, artigo 84, parágrafo 2º). Com essa medida, o País também acompanha a mais recente jurisprudência de organismos internacionais de direitos humanos sobre a garantia na sua mais absoluta plenitude do direito de voto às pessoas com deficiência.²³

Livres, portanto, da antiga restrição, os cidadãos com deficiência intelectual ou mental encontram finalmente franqueado o acesso pleno aos direitos de ordem política, havendo de ser considerado aptos para as atividades de alistamento, voto e postulação de posições públicas²⁴. **No magistério de José Jairo Gomes (2018, p. 34):**

Entre os princípios gerais da CIDPD encontram-se o respeito pela autonomia individual e a independência das pessoas portadoras de deficiência.

Todavia, ser autônomo e independente não significa que a pessoa possa fazer tudo sozinha, por conta própria, dispensando o auxílio e a colaboração de outrem. Os conceitos de independência e autonomia não são absolutos. Até porque, mesmo quem não tem qualquer deficiência não é sempre absolutamente autônomo e independente – em alguma medida, todos dependem de algum tipo de auxílio ou colaboração para o cumprimento de determinadas ações.

Assim, o fato de a pessoa portar deficiência e necessitar de auxílio para a prática de algum ato não significa que seja incapaz, ou que lhe falte autonomia para agir moralmente. É detentora de capacidade moral e política tanto quanto qualquer outra pessoa considerada “normal” pela sociedade, devendo igualmente ser responsabilizada por seus atos.

Incapacidade (e ainda assim relativa) haverá apenas se a pessoa de nenhum modo puder exprimir sua vontade.

Essas questões, no entanto, suscitam desdobramentos que devem ser enfrentados.

O primeiro deles diz respeito à entrada no cadastro eleitoral. Sabe-se que o modelo brasileiro descarta a alternativa de alistamento de ofício, de maneira que para se tornar um eleitor o indivíduo que cumpra com os critérios legalmente exigidos (idade mínima, nacionalidade, etc.) deve procurar a Justiça Eleitoral e requerer a sua inserção na base nacional. A fórmula de alistamento provocado tem como decorrência natural o fato de que a Lei Brasileira de Inclusão, no particular, não goza - em termos fáticos - de aplicabilidade imediata, uma vez que por seu intermédio a pessoa com deficiência não alistada não se converte, por vis automática, em um cidadão-eleitor.

dade com o direito internacional dos direitos humanos. Essas salvaguardas assegurarão que as medidas relativas ao exercício da capacidade legal respeitem os direitos, a vontade e as preferências da pessoa, sejam isentas de conflito de interesses e de influência indevida, sejam proporcionais e apropriadas às circunstâncias da pessoa, se apliquem pelo período mais curto possível e sejam submetidas à revisão regular por uma autoridade ou órgão judiciário competente, independente e imparcial. As salvaguardas serão proporcionais ao grau em que tais medidas afetarem os direitos e interesses da pessoa.”

²³No caso Alajos Kiss contra Hungria, por exemplo, a Corte Europeia de Direitos Humanos afirmou, à unanimidade, que a “supressão indiscriminada dos direitos de voto, sem uma avaliação judicial individualizada e assente apenas numa deficiência mental que carece de tutela parcial, não pode ser considerada compatível com os motivos legítimos para restringir o direito de eleger.” Corte Europeia de Direitos Humanos, Alajos Kiss contra Hungria, nº 38832/06, acórdão de 20 de Maio de 2010.

²⁴“Por força da Lei Brasileira de Inclusão, em princípio, são plenamente capazes para o exercício de atos da vida civil as pessoas portadoras de deficiência, independentemente de esta ser grave ou não, temporária ou permanente. Se, em razão da deficiência, a pessoa não puder “exprimir sua vontade”, poderá, então, ser considerada relativamente incapaz. A teor do artigo 4º, III, do CC, são relativamente incapazes quanto à prática de certos atos ou à maneira de exercê-los “aqueles que, por causa transitória ou permanente, não puderem exprimir sua vontade”. Portanto, a restrição à capacidade civil é baseada na impossibilidade de a pessoa exprimir sua vontade, e não apenas na **detenção de deficiência na existência de eventual limitação funcional ou perda de estrutura corporal**. Malgrado a deficiência que porta, tem-se como absolutamente capaz a pessoa que tiver aptidão para por si própria manifestar sua vontade, exercer seus direitos e praticar atos jurídicos. A capacidade aqui figurada é de natureza moral, e não física. Em outros termos, considera-se plenamente capaz a pessoa que tiver autonomia e independência para conduzir-se na vida social e política, tomando decisões e assumindo responsabilidades” (GOMES, 2018, p. 34).

²⁵Em doutrina, é praticamente pacífico o entendimento no sentido de que a Lei Brasileira de Inclusão põe fim à exclusão política das pessoas com deficiência de qualquer ordem, exceção feita a Edson de Resende Castro, cuja leitura – *data venia* – não se sustenta. De acordo com o autor mineiro (2018, p. 90), seria “[...] necessário interpretar o Estatuto da Pessoa com Deficiência a partir da Constituição Federal. Se a lei maior tornou sem direitos políticos, ou seja, sem direito ao voto e à candidatura, as pessoas absolutamente incapazes, forçoso identificar a que incapacidade o constituinte de 1988 se referiu, para compreender por que razão foi-lhes negado o pleno exercício dos direitos políticos. Nunca houve dúvida de que os absolutamente incapazes, para a CF, são os portadores de doença mental ou de desenvolvimento mental incompleto que, em razão disso, não têm

Quanto aos já alistados, com inscrições eleitorais suspensas, seria possível (e desejável) o pronto levantamento, sobretudo quando considerado o viés de inclusão que orienta a exegese na matéria em exame²⁵. Na clássica lição de José Afonso da Silva (2010, p. 382), a interpretação das normas (constitucionais ou complementares) relativas aos direitos políticos “[...] deve dirigir-se ao favorecimento do direito de votar e de ser votado, enquanto as regras de privação e restrição hão de entender-se nos limites mais estreitos de sua expressão verbal, segundos as boas regras da hermenêutica”²⁶. Sem embargo, em posição conservadora, antagônica em um processo histórico vanguardista²⁷, o Tribunal Superior Eleitoral, em resposta à Consulta nº 114-71/2016, formulada pelo Tribunal Regional Eleitoral da Bahia, firmou o entendimento de que para regularização das inscrições em que o registro de suspensão de direitos políticos por incapacidade civil absoluta tenha sido feito antes da entrada em vigor da Lei Brasileira de Inclusão, o eleitor deverá cumprir as formalidades previstas nos arts. 52 e 53, II, a, da Resolução 21.538/2003. Assim, muito embora os juízes eleitorais estejam, atualmente, orientados a abortar o lançamento de restrições em função da causa mencionada e a admitir o alistamento de cidadãos sob curatela, não se encontram, por outro lado, autorizados a levantar bloqueios eventualmente existentes *ex officio*, devendo aguardar eventuais manifestações de interessados nesse sentido²⁸.

discernimento suficiente para escolher seu representante (para exercício do direito ao voto) e, muito menos, para tornar-se representante do povo, antes disso sendo candidato e participando de uma campanha eleitoral. O Estatuto da Pessoa com Deficiência terá se referido à pessoa com doença mental, sem discernimento, para dizê-la capaz de exercer os direitos de votar e ser votado? A legislação infraconstitucional (como o é o Estatuto da Pessoa com Deficiência) poderia esvaziar o conteúdo normativo do art. 15, II, da Constituição Federal? Mais que isso, a partir da vigência do referido Estatuto terá desaparecido do tecido social a pessoa com doença mental incapacitante, que de um momento para outro adquiriu discernimento e capacidade para fazer escolhas e assumir funções públicas eletivas? A resposta é evidentemente não! As pessoas a que o constituinte se referiu – com doença mental incapacitante – continuam existindo e a elas não se pode conferir direito de votar e ser votado, porque não têm discernimento suficiente para tanto. Os direitos de votar e ser votado exigem, como se sabe, capacidade de avaliação das mais diversas opções postas. O próprio Estatuto da Pessoa com Deficiência prevê que a curatela não alcançará o direito ao voto, porque este é personalíssimo e não poderia ser exercitado pelo curador, sob pena de a este serem dadas duas oportunidades de ir às urnas e, portanto, votar duas vezes segundo a sua preferência, já que o curatelado não reúne condições para a escolha”. Em nossa visão, a argumentação assinalada não se sustenta pelos seguintes motivos: em primeiro lugar, porque nega uma interpretação *pro homine* sobre questões afetas à extensão de direitos fundamentais; mais, porque recusa uma interpretação evolutiva em torno da própria democracia, como método de **inclusão** universal dos indivíduos em suas respectivas comunidades políticas; terceiro, porque a Lei Brasileira de Inclusão, no caso, não se apresenta como um simples texto infraconstitucional, mas como a materialização de regras e princípios oriundos de uma convenção internalizada no ordenamento brasileiro com status de Lei Fundamental; quarto, porque o novo regime jurídico exclui da margem de apreciação judicial a capacidade dos indivíduos no que tange ao exercício dos direitos políticos ativos. Ademais, a exclusão do voto por intermédio da curatela afasta a possibilidade de exercício do sufrágio por parte do curador, entretanto não elimina a prerrogativa política do curatelado, que o pode fazer com assistência, na forma preconizada pelo art. 76, IV, do Estatuto em exame.

²⁶Nogueira (2017, p. 52) também considera que a hermenêutica a ser adotada deve favorecer a aplicabilidade imediata da Lei Brasileira de Inclusão, dado o caráter de ampliação de direitos. Nessa defesa, recorre *ipsis litteris* à lição de Maisto: “Quando sobrevém uma norma destinada a atenuar ou eliminar as sanções afilivas de um determinado comportamento, deve-se recorrer aos elementos estruturais do cânone da retroatividade das normas favoráveis à personalidade humana”. Entretanto, deve-se observar que no plano prático o restabelecimento dos direitos políticos tem como consequência a incidência da obrigatoriedade do voto, acompanhada das respectivas penalidades para casos de não comparecimento (art. 7º, do Código Eleitoral).

²⁷Em outras oportunidades, o Tribunal Superior Eleitoral demonstrou-se atento e proativo em questões relacionadas com a inclusão dos cidadãos com deficiência. Se o legislador tardou oito anos para editar a LBI desde a adoção da Convenção da ONU sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, a Justiça Eleitoral já vinha, antes mesmo do ano de sua assinatura (2007), editando resoluções tendentes à concretização de seus principais termos. Nesse caminho, destacam-se: a Resolução TSE nº 21.008/2002, que impõe a “criação de seções eleitorais em locais de fácil acesso, com estacionamento próximo e instalações, inclusive sanitárias, que atendam às normas da ABNT NBR 9050”; a Resolução TSE nº 21.920/2004, que livra de sanções pecuniárias as pessoas com deficiência, caso seja impossível ou demasiadamente oneroso o exercício das obrigações eleitorais relativas ao alistamento e ao voto, ainda que passível de crítica referido ato normativo (in: Dias; Junqueira, 2016, p. 295), por esta aparente “vantagem” quando, em verdade, acaba é por dispensar o próprio Poder Público do seu dever de prover os meios necessários à plena participação política dos indivíduos; e a Resolução TSE nº 23.381/2012, que institui o Programa de Acessibilidade da Justiça Eleitoral, destinado à implementação gradual de medidas para a obtenção de plena acessibilidade aos locais de votação.

²⁸Cabe questionar o grau de vinculação inerente à resposta proferida em consulta pelo Tribunal Superior Eleitoral. Isso porque, como se sabe, no exercício da função consultiva os tribunais eleitorais emitem, em regra, “orientações sem força executiva”, e que de “nenhuma forma vinculam os órgãos da Justiça Eleitoral”, como declarado, respectivamente, pelo Supremo Tribunal Federal (Mandado de Segurança nº 21.185) e pelo Tribunal Superior Eleitoral (Agravado Regimental no Recurso Especial nº 23.404/2004). Sem embargo, entende-se que a consulta em questão veicula matéria administrativa de caráter interno, possuindo, portanto, conteúdo de instrução, pelo que devem ser tomadas como obrigatórias pelas instâncias de piso. Não fosse detalhe, seria possível cogitar de ações em sentido contrário no âmbito dos Cartórios Eleitorais, uma vez que, nas tarefas de organização do cadastro, os juízes eleitorais desempenham funções administrativas, não estando atrelados ao princípio da inércia que rege o exercício da jurisdição.

²⁹A Lei em questão inseriu o art. 93-A na Lei das Eleições, com a seguinte redação: “O Tribunal Superior Eleitoral, no período compreendido entre 1º de abril e 30 de junho dos anos eleitorais, promoverá, em até 5 minutos diários, contínuos ou não, requisitados às emissoras de rádio e televisão, propaganda institucional, em rádio e televisão, destinada a incentivar a participação feminina na política, bem como a esclarecer os cidadãos sobre as regras e o funcionamento do sistema eleitoral brasileiro”. Alguns desses diplomas, reconheça-se, surgiram por provocação do Decreto nº 5.296/2004, que regulamenta as Leis nº 10.048/2000 e 10.098/2000. A falta de imposição legal expressa, contudo, não respalda uma atitude inerte por parte dos órgãos de comunicação dos diversos órgãos que compõem a Justiça Eleitoral. Isso porque o art. 7º da Resolução 23.381/2012 lhes assina uma série

Pleno de razão, Roseno (2017, p. 574), considera que o posicionamento “soa restritivo”, vez que de acordo com o novo regramento, “mesmo aqueles que estão submetidos a regime de curatela devem ter assegurado o direito ao voto”, de sorte que “não seria excessivo que se houvesse determinado, de logo, o pleno restabelecimento dos direitos políticos aqueles que tiveram tal condição restringida em razão de incapacidade civil absoluta”. Considerado o estado geral de desinformação que grassa na sociedade local, a decisão da Corte Superior acarreta o risco de privar o paradigma evolutivo de qualquer aplicabilidade prática, salvo se a possibilidade de levantamento de restrições mediante provocação passe a ser objeto de divulgação massiva, em atendimento a preceitos constitucionais que asseguram amplo acesso à informação e no uso da prerrogativa de antena conferida à Justiça Eleitoral pelo art. 93, da Lei nº 9.504/97 (Lei das Eleições). De *lege ferenda*, defende-se inclusive a criação de espaços de comunicação especificamente destinados a estimular a participação das pessoas com deficiência, à semelhança do impulso positivo dado pela Lei nº 12.891/2013 à luta pela inclusão do público feminino na política²⁹.

Mais tormentoso será o reflexo do novo estatuto na regência das candidaturas. Como visto, a LBI igualmente cuida de outorgar os direitos de cidadania passiva às pessoas com deficiência de qualquer ordem. Como reflexo, cidadãos com deficiência intelectual ou mental passam a, em tese, poder participar de disputas por cargos públicos de natureza eletiva, encontrando-se livres para o exercício dos misteres atinentes ao instituto político da representação. A afirmativa deflui especialmente da conjugação de dois dispositivos do diploma em apreço: em primeiro lugar, do já mencionado art. 114, que promove o esvaziamento do art. 15, inciso II, da Constituição, deixando as enfermidades ou deficiências mentais longe do raio semântico da incapacidade civil absoluta, e portanto fora do catálogo das espécies de suspensão de direitos políticos; em segundo lugar, do §1º do art. 76, expresso em dispor que à pessoa com deficiência deve ser assegurado não apenas o direito de votar, mas ainda o de ser votado.

A polêmica reside no art. 85, caput e §1º, conforme o qual a decretação de curatela afeta apenas os atos relacionados aos direitos de natureza patrimonial e negocial, não incidindo sobre outras esferas expressamente relacionadas, entre as quais a do voto.

À vista do último dispositivo, especialistas como Sidney Madrugá (2016, p. 03), Marcelo Roseno (2017, p. 572) e Rodrigo López Zilio (2016, p. 156) sustentam a possibilidade de imposição de restrições à capacidade eleitoral passiva de cidadãos colocados sob o regime de curatela, com esteio na premissa de que o §1º, ao vedar, de modo explícito, a supressão do direito de voto, autoriza, contrário sensu, a limitação judicial do direito de ser votado. Nas palavras de Roseno (*ibidem*):

[...] considerando que a previsão do art. 85, §1º, do EPD [Estatuto da Pessoa com Deficiência] ressaltou apenas o direito ao voto, é necessário reconhecer que as pessoas postas em regime de curatela, ainda que possam exercer a capacidade eleitoral ativa, terão interditada a capacidade eleitoral passiva. Nesse ponto, a opção do legislador foi no sentido de restringir o acesso aos mandatos eletivos às pessoas curateladas, inadmitindo que possam vir a se candidatar. Quanto às pessoas com deficiência, inclusive, de natureza mental, que não tenham sido postas em curatela, deve-se reconhecer a capacidade política plena, quanto aos atos de votar e ser votado, cabendo ter presente, nesse tocante, que não encontrarão qualquer restrição no campo das inelegibilidades e, por outro lado, poderão atender plenamente às condições de elegibilidade, previstas no art. 14, §3º, da CF, uma vez que a exigência, nesse tocante, é apenas a de que os postulantes a mandatos eletivos estejam no pleno exercício dos direitos políticos, condição que, como demonstrado exaustivamente, não é mais afetada em razão de deficiência mental.

Em olhar paralelo, Zilio (*ibidem*) defende que pela via do novo regramento o juízo cível responsável pela análise da curatela fica obrigado a definir o exato alcance da medida restritiva, “fazendo constar as razões e motivações de sua definição” e, quando for o caso, declarar expressamente a limitação quanto ao direito de ser votado. A falta de restrição expressa no édito decisório tem como efeito, para o autor, a manutenção de direitos políticos plenos, ainda que o processo tenha encerrado com a decretação da curatela.

José Jairo Gomes (2018, p. 35) segue uma linha semelhante, como se vê:

[...] a interdição e a curatela não implicam automática e necessariamente a suspensão dos direitos políticos. Tais institutos têm caráter excepcional e protetivo, atuando especialmente no âmbito negocial, ou seja, na prática de atos relacionados ao patrimônio. A propósito, dispõe a Lei nº 13.146/2015:

de deveres afetos à conscientização.

³⁰ Acresce-se o autor (GOMES, *ibidem*) que: “a hipótese em apreço refere-se à suspensão de direitos políticos e não à perda, pois, uma vez recobrada a aptidão ou capacidade de expressão da vontade, tais direitos deverão ser restabelecidos (CE, art. 81). No entanto, pode ocorrer de a pessoa já nascer portando deficiência ou doença que a torne completamente incapaz de exprimir sua vontade até a fase adulta ou mesmo por toda a vida. Nesse caso, não é exato falar-se de suspensão, que pressupõe o gozo anterior de direitos políticos. Tampouco se poderia falar de perda, pois não se perde o que não se tem ou o que ainda não se adquiriu. Mais correto será pensar em impedimento para a aquisição dos direitos políticos”.

Art. 85. A curatela afetará tão somente os atos relacionados aos direitos de natureza patrimonial e negocial. § 1º A definição da curatela não alcança o direito ao próprio corpo, à sexualidade, ao matrimônio, à privacidade, à educação, à saúde, ao trabalho e ao voto. [...].”

Uma pessoa interditada e sob curatela mantém incólume seus direitos de personalidade, podendo, ainda, ser titular de outros direitos, como os políticos. Nesse caso, terá direito de votar e ser votada. Para isso, é necessário que tenha aptidão para livremente formar e manifestar sua vontade.

A suspensão de direitos políticos fulcrada no artigo 15, II, da Constituição Federal deve ser reservada apenas aos casos em que a pessoa se tornar completamente inapta a formar e expressar o seu querer. Aqui, então, o juiz cível que decretar a interdição deverá comunicar esse fato à Justiça Eleitoral, de maneira que seja suspenso o alistamento do interditado, com sua consequente exclusão do rol de eleitores (CE, art. 71, II e § 2º)³⁰.

Em resumo, os autores arrolados coincidem em admitir a viabilidade (excepcional) de decretação judicial de restrição do direito à candidatura em face de decisões de imposição de curatela, desde que o órgão judicante responsável o faça de maneira expressa e fundamentada as razões pelas quais considera incapaz de exprimir vontades o sujeito sobre o qual pesa a sua decisão.

Consideradas a *ratio essendi*, a natureza e a praxis do instituto do mandato eletivo, é fácil compreender que se defenda o afastamento do exercício da representação política por parte de sujeitos submetidos ao regime de curatela. Parece óbvio que um indivíduo reconhecidamente inapto à representação de si mesmo não possa ser considerado idôneo à defesa dos interesses sociedade. A questão, no entanto, nos parece mais complexa. Blindada contra a injustiça dos casuísmos judiciais ou legislativos, a lógica do sistema de regulação das prerrogativas políticas é avessa a lacunas e obscuridades, devendo funcionar de acordo com os estritos parâmetros constitucionais. Dentro desse esquema, resta difícil aceitar a possibilidade de criação de obstáculos à candidatura fora das expressas modalidades existentes. A decretação de curatela, a rigor, já não se encaixa na categoria de suspensão de direitos políticos (recorde-se a debilitação do conceito de incapacidade civil absoluta, conforme a nova redação do art. 3º, do Código Civil) e, tampouco, pode operar como inelegibilidade ou como nova condição de elegibilidade, pois os institutos não convivem com a modalidade implícita³¹.

Assim é que a solução proposta pela corrente assinalada, conquanto sólida do ponto de vista lógico, depende de ajustes normativos, notadamente de expressa previsão ou autorização constitucional (para lei complementar, no caso de inelegibilidade), a fim de que se faça totalmente imune a questionamentos. Tal como se encontra, a leitura imprime ao art. 85, §1º, da Lei Brasileira de Inclusão não parece suficiente à fundamentação de ações impugnativas, como a ação de impugnação de registro de candidatura (AIRC) ou o recurso contra a expedição de diploma (RCED), convindo lembrar que o contencioso eleitoral brasileiro responde, como salienta Alvim (2016, p. 54), a um modelo fortemente inspirado pelo princípio da tipicidade das técnicas processuais³².

³¹Na lição de Rodolfo Pereira (apud Alvim, 2016, p. 132): “O constituinte originário não deu azo a qualquer entendimento em sentido diverso, pois implicaria, no mínimo, a pressuposição de que a atividade hermenêutica judicial estaria apta a produzir limites a direitos fundamentais, interferindo na disputa eleitoral e no jogo democrático a partir de alicerces erodidos. Sustentar o contrário apresenta-se equivocado por, pelo menos, dois motivos essenciais: Primeiro, significaria inaugurar a hipótese de a minoria parlamentar, sem anteparo constitucional, criar empecilhos, via lei ordinária, ao exercício dos direitos políticos. A reserva constitucional em matéria de elegibilidade e de inelegibilidade (neste caso também com autorização de regulação via lei complementar) faz parte da arquitetura protetiva da democracia, aí incluída a cláusula da anualidade prevista no artigo 16 da Carta Maior e a taxatividade das hipóteses de restrição de direitos políticos, insculpidas no artigo 15 do mesmo diploma. Em segundo lugar, importaria transferir a decisão sobre a qualidade da representação política para a magistratura, desvirtuando a lógica democrática e desestabilizando a separação de poderes. Isso implicaria o reforço negativo do ativismo judicial, aprofundando o cariz oligárquico do regime político e rompendo, igualmente, com os valores republicanos”.

³²De acordo com Alvim (2016, pp. 56-57): “Em matéria processual, o arcabouço legislativo eleitoral estabelece um rol numerus clausus de instrumentos passíveis de ser invocados, cada qual com as suas especificidades. No campo em estudo, em princípio, inadmite-se o ajuizamento de ações genéricas (ou ordinárias), de modo que o controle jurisdicional da regularidade dos pleitos eletivos somente se exerce nos estritos termos das fórmulas processuais constantes do catálogo normativo. [...] Em última instância, a lógica da tipicidade processual fechada contrapõe-se à de sistemas de contencioso que admitem as chamadas ‘cláusulas de nulidade abstrata’, brechas normativas para o questionamento judicial da regularidade do pleito em virtude de circunstâncias conspurcadoras graves, verificáveis em concreto porquanto não previamente arroladas pelo legislador”.

³³Nesse ponto, Dahl parece seguir a tradição de T.H. Marshall (1967), primeiro a pontuar que a cidadania possui “graus de extensão”, verificados conforme o nível de efetivação do gozo de direitos no cenário cotidiano. Como resume Dias (2013, p. 107), no esquema de Marshall, a extensão da cidadania deve ser compreendida sob dois aspectos: a incorporação efetiva da população à prática de um direito e o conteúdo do direito outorgado. O plano da incorporação efetiva, para o sociólogo, envolve não apenas o grau de universalidade com que ele é definido, mas também “o desenvolvimento de instituições e procedimentos concretos que assegurem na prática o acesso ao direito, em medida tão próxima quanto possível do ideal

Vale dizer, outrossim, que, a ser referendada a redação do PLS n. 757/2015, em sua forma substitutiva, em alteração à LBI, estarão fora do espectro da curatela, salvo em excepcionálíssimas situações, as pessoas maiores de 18 anos com deficiência intelectual, mental ou deficiência grave, as quais terão disponíveis os apoios e salvaguardas de que eventualmente necessitem para o exercício de sua plena capacidade, não decorrendo automaticamente da natureza **do seu impedimento** a sua interdição. Vale dizer, ademais, que mesmo o instituto da decisão apoiada é medida extraordinária, que pressupõe a vulnerabilidade da pessoa com deficiência mental ou intelectual ou deficiência grave. Mantém-se, de qualquer sorte, no projeto de lei, em sua integralidade, a disposição de que a curatela afeta tão somente os atos relacionados aos direitos de natureza patrimonial e negocial, não abrangidos, portanto, os direitos existenciais, bem como os direitos políticos, incluindo o sufrágio ativo e a elegibilidade.

2.2 A SUPERAÇÃO DE OBSTÁCULOS DE NATUREZA FÁTICA

No plano da democracia constitucional, o sufrágio deve ser visto como um direito, e não como um privilégio outorgado a indivíduos supostamente dotados de elevadas condições de moralidade, inteligência ou cultura (Fayt, 2009, p. 149). Cuida-se de premissa a ser verificada não apenas no plano conceitual, mas ainda no mundo dos fatos. Nessa linha, Robert Dahl (2009, p. 62) alerta que o axioma da máxima extensão do sufrágio não se esgota no amplo reconhecimento formal do direito ao voto, pois a satisfação das exigências democráticas pressupõe que “[...] os direitos nela inerentes devem realmente ser cumpridos e, na prática, devem estar à disposição dos cidadãos”³³. Se as expectativas políticas, na prática, não se cumprem, isto é, se não forem compulsórias para as instâncias do governo, o sistema político, no esquema de Dahl, não será considerado democrático, apesar do que digam os seus governantes. Nesse caso, as “aparências externas de democracia” servirão como somente fachada para um regime que subvaloriza o espírito da regência popular.

Em igual sentido, Canotilho (2003, p. 302) defende que o princípio da universalidade do sufrágio trava conexão com a obrigação do legislador de assegurar, na medida do possível, a possibilidade real do exercício do voto. Segue-se que o implemento da ideia em análise reclama a criação de condições para que o sufrágio adquira existência concreta, colocando-se a salvo de obstáculos práticos que dificultem a sua expressão por parte de cidadãos em situações que exijam atenções particulares. Eis o espírito que fundamenta, por exemplo, a Lei nº 6.091/74, que cuida do fornecimento gratuito de transporte a eleitores da zona rural, por ocasião da eleição, assim como as ações de cidadania promovidas pela Justiça Eleitoral com o objetivo de garantir o alistamento e o exercício do direito de voto a pessoas residentes em locais distantes das zonas urbanas, como em comunidades indígenas, rurais e ribeirinhas, espalhadas por todo o território nacional.

As políticas assinaladas possuem, como se nota, a mesma raiz lógica aplicável às providências tomadas na intenção de adaptar os locais de votação às normas de acessibilidade, em respeito às pessoas com deficiência. Nesse sentido, a Lei Brasileira de Inclusão é taxativa ao estipular garantias para que aquelas possam, de fato, externar as suas preferências nas urnas. Em seu art. 76, §1º, o édito prevê que a prerrogativa de voto será assegurada, entre outras medidas, pela “garantia de que os procedimentos, as instalações, os materiais e os equipamentos de votação sejam apropriados, acessíveis a todas as pessoas e de fácil compreensão e uso, sendo vedada a instalação de seções eleitorais exclusivas para a pessoa com deficiência”. A matéria ganha contornos mais precisos no âmbito de resoluções expedidas pelo Tribunal Superior Eleitoral, máxime pela Resolução nº 23.381/2012, que institui o Programa de Acessibilidade da Justiça Eleitoral³⁴, e pelas normas que dispõem sobre os atos preparatórios no bojo de cada eleição (Resolução nº 23.456/2015, no caso dos últimos pleitos municipais, realizados em 2016, bem como **Resolução nº 23.554, de 18 de dezembro de 2017, sobre os atos preparatórios das eleições de 2018**).

fixado”.

³⁴A Resolução que cria o Programa de Acessibilidade, como registrado, é anterior à aprovação da Lei nº 13.146/2015. Assim é que encontra fundamentos em outros diplomas legislativos, em especial: a Convenção da ONU sobre os Direitos das Pessoas com Deficiências e seu Protocolo Facultativo, que tem status de Emenda Constitucional em face de sua aprovação conforme procedimento previsto no §3º do art. 5º da Constituição Federal; a Lei nº 10.098/2000, que estabelece normas gerais e critérios básicos à promoção de acessibilidade das pessoas com deficiência reduzida; o Decreto nº 5.296/2004, cujo parágrafo único do art. 21 estabelece a necessidade de conferir autonomia ao exercício do direito ao voto às pessoas com deficiência ou mobilidade reduzida; e o Programa Nacional de Direitos Humanos, aprovado pelo Decreto nº 7.037/2009, especialmente o item “g” do Objetivo Estratégico IX, referente à garantia de participação igualitária e acessível na vida política.

³⁵Os mesários prestam ainda relevante contributo para a questão em estudo, na medida em que participam de uma atividade de mapeamento, destinada a fornecer subsídios para que a Justiça Eleitoral conheça melhor as necessidades de sua clientela externa. Nos termos do art. 8º, §1º, da Resolução TSE nº 23.381/12, mediante anuência e orientação da respectiva Corregedoria Eleitoral, a cada eleição será realizada a atualização da situação dos eleitores com deficiência ou mobilidade reduzida, por meio da utilização de formulários de requerimento individual específico a ser aplicado pelos membros das mesas receptoras no dia do pleito.

As seções eleitorais destinadas a eleitores com deficiência são objeto da Resolução TSE nº 21.008/2002. Em 2003, o então Conselho Nacional dos

³⁶Direitos da Pessoa Portadora de Deficiência – CONADE (hoje Conselho Nacional dos Direitos da Pessoa com Deficiência) solicitou ao TSE a extinção

O Programa de Acessibilidade da Justiça Eleitoral tem como escopo a “implementação gradual de medidas para a remoção de barreiras físicas, arquitetônicas, de comunicação e de atitudes”, visando a “promover o acesso, amplo e irrestrito, com segurança e autonomia de pessoas com deficiência ou com mobilidade reduzida no processo eleitoral” (art. 2º, Resolução nº 23.381/12). Almeja, como se percebe, não apenas a eliminação de obstáculos físicos, mas ainda a supressão de óbices culturais, dentre os quais se situam a intolerância, a incompreensão e o preconceito, de maneira que a inclusão envolve não somente a escolha e a preparação do ambiente de votação, como também o processo de capacitação dos sujeitos que atuarão nos serviços eleitorais. A Resolução (art. 5º), assim, procura engajar os mesários na luta pela inclusão, atribuindo-lhes o dever fundamental de fornecer orientações que auxiliem e facilitem o exercício do voto pelos eleitores com deficiência ou mobilidade reduzida, cabendo-lhes ainda conceder prioridade nas filas de votação e atendimento³⁵. Paralelamente, a norma estipula para tribunais e cartórios eleitorais a obrigação de travar parcerias com instituições representativas da sociedade civil, objetivando o cadastramento de mesários e colaboradores com competências afetas à linguagem de Libras, os quais serão preferencialmente alocados em seções especiais e naquelas onde houver inscrição de eleitores surdos ou com déficit de audição, muito embora, como alertam Dias e Junqueira (in: Dias; Junqueira, 2016, p. 297), exista vedação, por força de inovação da LBI também no particular (art. 76, § 1º, inciso I), da designação de seções eleitorais exclusivas para as pessoas com deficiência, devendo a Justiça Eleitoral garantir, na verdade, a acessibilidade de toda e qualquer mesa de votação.

No que diz respeito à instalação de locais de votação, a Resolução (art. 3º), mirando a plena acessibilidade, forceja a estipulação de um plano de ação armado em três metas fundamentais: I) expedir, a cada eleição, instruções aos juízes eleitorais, para orientá-los na escolha de locais de votação de mais fácil acesso ao eleitor com deficiência física; II) monitorar, periodicamente, as condições dos locais de votação em relação às condições de acessibilidade; e III) providenciar, na medida do possível, o abandono de locais de votação que não ofereçam condições de acessibilidade em favor de outros que a possuam. Em nossa visão, a busca pela ampla inclusão ressignifica em substância do art. 143, §2º, do Código Eleitoral, pelo qual a designação de locais de votação deveria recair, preferencialmente, sobre edifícios públicos, somente incidindo sobre prédios particulares quando os públicos faltem em quantidade ou adequação. Dessa forma, antes da natureza - pública ou privada - da propriedade em questão, o fator determinante para a escolha de novos locais de votação passa a ser a aptidão para garantir a acessibilidade das pessoas [com] deficiência ou mobilidade reduzida. Entre a sede de uma instituição de ensino pública com índice moderado de acessibilidade e a sede de uma instituição privada totalmente adaptada às necessidades de um cadeirante, por exemplo, não há dúvida de que a autoridade eleitoral estará obrigada a ficar com a segunda opção.

A configuração do ambiente de votação é outro elemento bastante importante para a remoção de aspectos físicos limitadores do exercício do voto. Nesse sentido, o Programa de Acessibilidade da Justiça Eleitoral (art. 7º) contempla uma série de medidas, dentre as quais cobram destaque: a) a eliminação de barreiras para garantir o livre acesso, a permanência e o livre deslocamento de pessoas com deficiência ou mobilidade reduzida nos locais de votação; b) a alocação obrigatória de seções eleitorais que tenham eleitores com deficiência ou mobilidade reduzida em pavimento térreo das unidades onde a eleição se desenvolva³⁶; c) determinar a liberação do acesso do eleitor com deficiência ou mobilidade reduzida aos estacionamentos dos locais de votação e/ou a reserva de vagas próximas; d) eliminar obstáculos dentro das seções eleitorais que impeçam ou dificultem o exercício do voto pelos eleitores com deficiência ou mobilidade reduzida, por exemplo, não instalando a urna eletrônica em tablados em nível acima do piso, mantendo as portas dos locais abertas por completo para facilitar o acesso por cadeirantes, entre outros. Em um nível mais amplo, o diploma alberga ainda a possibilidade de celebração de acordos e convênios de cooperação técnica com entidades públicas e privadas responsáveis pela administração dos prédios onde funcionam as seções eleitorais, de modo a planejar a realização de adaptações das estruturas físicas necessárias à garantia da acessibilidade. Estima-se que o planejamento em tela receba o acompanhamento de pessoas com deficiência e das suas próprias entidades representativas, de sorte a possibilitar que as ações concretas sejam mais apropriadas e responsivas.

Por derradeiro, atente-se para a existência de medidas direcionadas à concretização do ato eleitoral em sentido estrito. No particular, o ordenamento oferece soluções específicas para a materialização da coleta da vontade de elei-

daquelas seções, sob a alegação de que a novidade acabava por sedimentar uma política de exclusão. O pedido acabou negado pela Corte, ante a impossibilidade de obtenção de uma adaptação universal, a abarcar todos os locais onde funcionam seções eleitorais pelo país (Processo Administrativo nº 18.764/2003). A solução plasmada na Resolução foi considerada a única viável para o momento. A LBI busca eliminar a possibilidade de segregação, quando veda a instalação de seções especiais *exclusivamente* destinadas a pessoas com deficiência (art. 76, §1º, inciso I). Sob essa ideia, a criação de seções especiais caracteriza medida temporária para amenizar as dificuldades arquitetônicas encontradas para o exercício do voto e deve ser considerada não um fim, mas um processo de transição para a ruptura de tais barreiras em todos os locais de votação, a fim de que a pessoa com deficiência, em igualdade de oportunidades com as demais pessoas, possa escolher o melhor local que lhe aprouver para o exercício desse direito.

³⁷Repise-se que o direito ao voto não pode ser limitado em nenhuma hipótese, ainda que se trate de decretação de curatela. Defensor do arranjo, Roseno (2017, p. 572) discorre: “Ainda que seja possível argumentar que tal tratamento possa criar riscos e afetar parcialmente a fidedignidade dos resultados eleitorais, na medida em que pessoas aparentemente impossibilitadas de manifestar sua vontade para atos da vida civil o farão na esfera eleitoral, ou, quando não, irão às urnas acompanhadas de curadores ou responsáveis que, na prática, votarão em lugar dos curatelados, tal possibilidade parece ter sido considerada e sopesada pelo legislador, assegurando-se, mediante juízo de ponderação e proporcionalidade, que se

tores com diferentes variantes de impedimentos funcionais. Com efeito, os deficientes visuais contam com diferentes mecanismos de apoio: as urnas eletrônicas dispõem de teclas com gravação em Braille e encontram-se habilitadas com sistemas de áudio para acompanhamento da votação; além disso, as teclas numéricas obedecem à ordem costumeiramente presente nos telefones, facilitando a operação por parte de indivíduos familiarizados com aquela espécie de aparelho. Ademais, a Lei Brasileira de Inclusão (art. 76, §1º, inciso IV) assegura ao eleitor com deficiência o direito de ser auxiliado, na votação, por pessoa de sua escolha. Em uma leitura superficial a garantia poderia ser vista como afrontosa ao imperativo constitucional do sigilo das votações (arts. 14, caput, e 60, §4º, inciso II, da Constituição da República), mas a antinomia é de tipo aparente. Como nota Alcubilla (in: Alcubilla; García-Campero, 2009 p. 496), não é impossível compatibilizar com o sistema democrático algumas exceções ao sigilo do voto: basta que estejam em jogo bens ou valores de alta categoria, relacionados com a garantia de realização do sufrágio universal³⁷. No particular, é mister compreender que sem a flexibilização da pessoalidade e do segredo o próprio direito ao voto ver-se-ia frustrado, o que basta para mitigar a precaução ordinária. Nessa esteira, o art. 76, §2º, da Lei Brasileira de Inclusão garante à pessoa com deficiência, sempre que imprescindível, o direito de ser auxiliado por alguém de sua confiança. A autorização para auxílio independe de prévia solicitação ao juiz eleitoral, e a escolha do auxiliar não poderá recair sobre agente que esteja a serviço da Justiça Eleitoral, partido ou coligação (art. 50 da Resolução 23.456/2015).

2.3 A IMERSÃO DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA EM ASPECTOS RELATIVOS À COMUNICAÇÃO ELEITORAL

A campanha eleitoral constitui uma fase específica e temporalmente limitada dos processos eleitorais durante a qual os candidatos e partidos políticos apresentam ao eleitorado os seus respectivos programas, colocando-os em discussão, na busca pelo apoio dos cidadãos (Alcubilla e Ibañez, in Alcubilla; García-Campero, 2009, p. 52).

Ao revés do que se pode imaginar, as atividades de campanha não pertencem unicamente à esfera de direitos dos indivíduos e agrupamentos em competição. Cuida-se, mais propriamente, de um processo bidimensional que contempla, conforme Ameave (2013, p. 23), tanto o exercício que delas se faz numa vertente ativa (expressar e difundir livremente os pensamentos, ideias e opiniões mediante a palavra, a escrita ou qualquer outro meio de reprodução) como numa vertente passiva (direito do eleitorado a receber informação). Para Frederico Alvim (2016, pp. 285-286), a importância das campanhas é intuitiva, visto que “por seu meio os eleitores tomam conhecimento dos candidatos, de seus currículos e plataformas podendo, durante o período em que se realizam, ponderar e amadurecer as escolhas que farão no dia da eleição”. Ainda de acordo com o autor (*ibidem*), “na medida em que despertam a sociedade civil para a participação”, as campanhas eleitorais “constituem elemento indispensável à realização do aspecto democrático procedimental”. Nesse diapasão, surge como forçosa para a lei eleitoral a missão de cuidar para que o fluxo de informações presente no contexto das campanhas cumpra um ciclo integral, de sorte a propiciar, por igual, a qualificação informativa de todos os cidadãos. A Lei Brasileira de Inclusão, nesse caminho, objetiva certificar que esse importante módulo da discussão política seja desenvolvido em um marco de respeito à igualdade de chances de acesso à informação, aspecto fundamental para a legitimação do processo eleitoral e para a reafirmação do compromisso democrático do próprio sistema político.

Pela ação do art. 76, §1º, inciso III, da LBI, a pessoa com deficiência auditiva tem afiançado o direito à emissão de um voto qualificado pela imersão no ambiente em que se produz a dialética entre os ângulos conflitantes. Isso porque se lhe garante a possibilidade de compreender tudo o que seja expressado nos principais canais destinados à construção das opiniões individuais, a saber: pronunciamentos oficiais, propaganda veiculada no horário eleitoral gratuito e debates transmitidos pelas emissoras de televisão. Em todas essas atividades³⁸, candidatos, agremiações partidárias e emissoras têm a obrigação de oferecer, ao menos, os seguintes recursos: subtítuloção por meio de legenda oculta (*closed caption*); janela com intérprete de Libras; e audiodescrição.

reconheça, de modo pleno, às pessoas com deficiência, o direito à participação política”.

³⁸Em nossa visão, a regra em comento deve ser objeto de uma interpretação teleológica e ampliada. Logo, a utilização das ferramentas em destaque deve ser compreendida como obrigatória para além da literalidade, alcançando casos de flagrante semelhança com os textualmente previstos, como, por exemplo, debates promovidos e transmitidos ao vivo na Internet. A imposição implícita do encargo nos parece razoável, sob a ótica da função social a que estão adstritas as empresas atuantes no mercado da comunicação. Por outro lado, argumenta-se que de *lege ferenda* seria interessante trazer ao campo da obrigatoriedade toda e qualquer forma de publicidade audiovisual produzida por partidos e candidatos, incluindo vídeos produzidos para distribuição nas diversas plataformas das redes sociais. Aliás, em seu primeiro relatório nacional sobre o cumprimento da Convenção da ONU, apresentado ao Comitê sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, em Genebra na Suíça, o próprio governo brasileiro admitiu, à época, que a participação política das pessoas com deficiência no Brasil ainda não é plenamente atingida, devido a obstáculos tais como a falta de acesso a informações sobre as plataformas políticas e as propostas dos candidatos. O relatório também registra que, por diversas vezes, as campanhas eleitorais brasileiras não são apresentadas em formato acessível, principalmente no que diz respeito aos sites eletrônicos e ao material impresso. Informa, também, que, no interior do País, é ainda mais difícil o acesso aos colégios eleitorais, o que dificulta a participação das pessoas com deficiência ou mobilidade reduzida. (Ver Primeiro Relatório Nacional da República Federativa do Brasil sobre o cumprimento das disposições da Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, referente ao período de 2008-2010. Disponível em: <<http://www.sdh.gov.br/assuntos/pessoa-com-deficiencia/dados-estatisticos/relatorio-de-monitoramento-da-convencao>>. Acesso em: 9-2-2016.

Defende-se que o conjunto de recursos obrigatórios conforma uma exigência de ordem cumulativa. Interpretar em contrário implica em fadar a expectativa legal à inocuidade, tendo em vista que os destinatários nem sempre dominam todas as espécies de comunicação. Desse modo, há de haver a veiculação de legendas para o eleitor surdo que não domina a **Língua Brasileira de Sinais (Libras)**, assim como um intérprete de Libras para o surdo sinalizado. Nesse sentido, é bem de concluir que a Resolução TSE nº 23.457/2015, ao reproduzir a norma em questão para a aplicação nas eleições de 2016 fez uso proposital de uma conjunção aditiva. Pela letra de seu art. 36, §4º: “A propaganda eleitoral gratuita na televisão deverá utilizar, entre outros recursos, subtitulação por meio de legenda oculta, janela com intérprete de Libras e audiodescrição” (sem destaque no original). O possível conflito com o art. 44, §1º da Lei nº 9.504/97³⁹, cuja redação é anterior à Lei 13.146/2015 é de ordem meramente aparente, como reconhecido pelo Tribunal Regional Eleitoral de São Paulo no exame do Recurso Eleitoral nº 44-68.2016, no bojo do qual foi consignado que a inovação trazida pela LBI promoveu uma revogação tácita, pelo critério cronológico, da antiga regra da Lei das Eleições.

O desatendimento ao comando acima acarreta diferentes espécies de reprimendas, independentemente da identidade da instância negligente. Tratando-se de ilícito eleitoral imperfeito, para o qual o ordenamento deixa de atribuir uma sanção específica, argumenta-se pela possibilidade de aplicação de uma penalidade lógica, qual seja a suspensão do programa, eventualmente substituída pela proibição de sua reapresentação e pelo uso de técnicas processuais de constrição (notadamente a fixação de astreintes). Surge ainda, para a autoridade eleitoral, a possibilidade de imposição de respostas mais graves, em especial a suspensão temporária da participação do partido político ou coligação do horário eleitoral gratuito, na hipótese de reiteração de conduta já anteriormente punida pela Justiça Eleitoral (art. 51, §3º, da Resolução TSE nº 23.457/2015), ou a suspensão temporária da programação das emissoras de televisão, quando apuradas flagrantes violações de regras constantes do arcabouço normativo eleitoral (arts. 35 e 60, da Resolução TSE nº 23.457/2015).

2.4 A IMPOSIÇÃO DE AÇÕES AFIRMATIVAS PARA QUE CANDIDATOS COM DEFICIÊNCIA CONCORRAM EM CONDIÇÕES DE PARIDADE

Atualmente, entende-se que a concepção das eleições deve abarcar instrumentos jurídicos e políticos que garantam um acesso equitativo aos espaços de participação para a construção do poder estatal (Carreño, 2015, p. 64). Nesse caminho, os esforços para proteger e fomentar a qualidade das eleições devem refletir um compromisso contínuo, que envolve a criação de marcos jurídicos que assegurem que os postulantes contem com oportunidades autênticas e justas para competir (Comissão Global sobre Eleições, Democracia e Segurança, 2012, p. 44).

Com esse espírito, a Lei Brasileira de Inclusão coloca essa categoria de exigências no plexo de direitos destinados às pessoas com deficiência. Nos termos do art. 76, caput, e §1º, II, o poder público deve lhes garantir a oportunidade de exercer os direitos políticos (ativos e passivos) em igualdade de condições com as demais pessoas, além de criar políticas que estimulem a candidatura de cidadãos oriundos do grupo em questão. A ideia é possibilitar que as pessoas com deficiência deem mais um passo no caminho da plena autonomia, logrando a ocupação de espaços nas instâncias políticas, podendo assim contribuir com o progresso da sociedade em que habitam.

Cuida-se, naturalmente, de uma norma programática, sem conteúdo definido. O caminho para a sua concretização depende de esforços conjugados entre governo e sociedade, cabendo a essa última exercer pressões para que o debate, ainda incipiente, ganhe, gradualmente, contornos mais precisos e alvos mais concretos. Nesse mister, não se deve perder de vista que a inclusão política das pessoas com deficiência é uma premência comunitária, haja vista o entrelaçamento existente entre o interesse geral, a absorção das diferenças humanas e a completa harmonia entre os diversos estratos que conformam o tecido social.

³⁹“Art. 44. A propaganda eleitoral no rádio e na televisão restringe-se ao horário gratuito definido nesta Lei, vedada a veiculação de propaganda paga. § 1o A propaganda eleitoral gratuita na televisão deverá utilizar a Linguagem Brasileira de Sinais - LIBRAS ou o recurso de legenda, que deverá constar obrigatoriamente do material entregue às emissoras. (Incluído pela Lei 12.034 de 2009 – sem destaque no original)”.

3. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Rosa Mirón Lince (in Migallón, 2006, p. 41) bem assinala que a ação política, em uma democracia, só pode ser eficaz quando observa uma correspondência fiel com a ética e com a racionalidade de seus fundamentos. Não existirá, pois, uma sociedade democraticamente operativa onde o arcabouço jurídico contrarie a lógica estruturante da axiologia eleitoral.

A axiologia eleitoral tem como um de seus centros a universalidade do sufrágio, valor que atua como um mandato de proibição de discriminação que veda o alheamento injustificado da participação eleitoral. Nessa esteira, o princípio do sufrágio universal carrega também um “sentido dinâmico”, na direção de, eventualmente, tornar inconstitucionais restrições ao direito de sufrágio que passem a ser vistas como desnecessárias e desproporcionadas (Canotilho, 2003, p. 302).

Não foi por outro motivo, buscando assegurar-lhes efetiva inclusão na sociedade, que, principalmente a partir da adoção da Convenção da ONU, consolidou-se, internacionalmente, a ideia de que as pessoas com deficiência devem ter a oportunidade de participar plena e ativamente da vida pública e política, especialmente das decisões sobre os programas e políticas que, diretamente, lhes dizem respeito. Bem representativo desses esforços é o lema desse movimento internacional pela afirmação de direitos: “nada sobre as pessoas com deficiência, sem as pessoas com deficiência”.

Por isso, nada mais importante mesmo que garantir às pessoas com deficiência direitos políticos e a oportunidade de exercê-los em condições de igualdade com as demais pessoas.

Em acréscimo, condições devem ser criadas e medidas adotadas para que as pessoas com deficiência e suas entidades representativas sejam consultadas e ouvidas sobre o planejamento, a execução, a avaliação e o monitoramento de todas as ações voltadas a sua inclusão e à efetivação dos seus direitos.

No presente trabalho, procurou-se demonstrar que a LBI materializa, em todo o seu conjunto, um importante e necessário câmbio de visão. Ao suprimir barreiras normativas historicamente impostas ao exercício dos direitos políticos de pessoas com deficiência; ao exigir das instâncias de governo a remoção de obstáculos físicos e, porque não dizer, principalmente culturais que lhes travam o exercício do voto **e de serem votadas**; ao facilitar a sua imersão no campo da discussão política; e ao primar pela promoção da igualdade de oportunidades de candidatos oriundos de suas bases, o Diploma estudado contribui, no nível mais essencial, para a democratização da sociedade brasileira.

Se a vitalidade da democracia depende da presença de cidadãos informados sobre temáticas políticas, empenhados ativamente nelas e capazes de exercerem influência sobre as decisões públicas (Almond e Verba, *apud* Della Porta, 2003, p. 88), a Lei Brasileira de Inclusão vem para tonificar o modelo nacional de governança popular.

REFERÊNCIAS

- ALCUBILLA, Enrique Arnaldo; GARCÍA-CAMPERO, Manuel Delgado-Iribarren. **Diccionario electoral**. Madrid: La Ley, 2009.
- ALVIM, Frederico Franco. **Curso de Direito Eleitoral**. 2ª ed. Curitiba: Juruá, 2016.
- AMEAVE, Leyre Burguera. **Democracia electoral: comunicación y poder**. Madrid: Congreso de los Diputados, 2013.
- BRASIL. Lei n. 13.146, de 6 de julho de 2015. **Institui a Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência (Estatuto da Pessoa com Deficiência)**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/CCIVIL_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13146.htm. Acesso em: 18 jun. 2019.
- BRASIL. Decreto n. 6.949, de 25 de agosto de 2009. **Promulga a Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e seu Protocolo Facultativo**. Nova York, 30 mar 2007. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/decreto/d6949.htm. Acesso em: 8 jun. 2019.
- BRASIL. Senado Federal. Projeto de Lei n. 757, de 2 de dezembro de 2015. **Altera a Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (Código Civil), a Lei nº 13.146, de 6 de julho de 2015 (Estatuto da Pessoa com Deficiência), e a Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015 (Código de Processo Civil)**, para dispor sobre a igualdade civil e o apoio às pessoas sem pleno discernimento ou que não puderem exprimir sua vontade, os limites da curatela, os efeitos e o procedimento da tomada de decisão apoiada. Disponível em: <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/124251>. Acesso em: 20 jun. 2019.
- BRASIL. Primeiro Relatório Nacional da República Federativa do Brasil sobre o cumprimento das disposições da Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, referente ao período de 2008-2010. Ministério da Mulher, da Família e dos Direitos Humanos. **Secretaria de Direitos Humanos**. Disponível em: https://www.governodigital.gov.br/transformacao/cidadania/...de.../0059_final.pdf. Acesso em: 18 jun. 2019.
- BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. **Estatísticas Eleitorais**. Disponível em: <http://www.tse.jus.br/eleicoes/estatisticas/estatisticas-eleitorais?busca=2016>. Acesso em: 09 jun. 2019.
- BOBBIO, Norberto; MATEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. **Dicionário de Ciência Política**. Brasília: UNB, 2009.
- CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7ª ed. Coimbra: Almedina, 2003.
- CARREÑO, Nubia Villacís. **Integridad de las elecciones. Justicia Electoral y democracia**, n. 3, año 2, 2015, pp. 64-68.
- CASTRO, Edson de Resende. **Curso de Direito Eleitoral**. 9. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2018.
- COMISIÓN GLOBAL SOBRE ELECCIONES, DEMOCRACIA Y SEGURIDAD. **Profundizando la democracia: Una estrategia para mejorar la integridade electoral en el mundo**. Genebra: IDEA – Fundación Kofi Annan, 2012.
- CUNHA, Paulo Ferreira da. **Política mínima**. Manual de Ciência Política. Lisboa: Quid Juris, 2014.
- DAHL, Robert. **Sobre a democracia**. Brasília: UNB, 2009.
- DELLA PORTA, Donatella. **Introdução à Ciência Política**. Lisboa: Editorial Estampa, 2003.
- DIAS, Joelson; JUNQUEIRA, Ana Luísa Cellular. A lei brasileira de inclusão e o direito das pessoas com deficiência à participação na vida pública e política. In: LEITE, Flávia Piva Almeida; RIBEIRO, Lauro Luiz Gomes; COSTA FILHO, Waldir Macieira da. **Comentários ao Estatuto da Pessoa com Deficiência**. São Paulo: Saraiva, 2016.
- DIAS, Reinaldo. **Ciência Política**. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2013.
- ENCICLOPÉDIA DO HOLOCAUSTO. Copyright © United States Holocaust Memorial Museum, Washington, DC, [20--?]. Disponível em: <http://www.ushmm.org/ptbr/holocaust-encyclopedia>. Acesso em: 8 jun. 2019.
- FARIAS, Cristiano Chaves de; CUNHA, Rogério Sanches; PINTO, Ronaldo Batista. **Estatuto da pessoa com deficiência comentado artigo por artigo**. 2ª ed. Salvador: Jus Podivm, 2016.
- FAYT, Carlos S. **Derecho político**. 12. ed. Tomo I. Buenos Aires: La Ley, 2009.

FERRARI, Carlos Eduardo. Do direito à participação na vida pública e política. In: SETUBAL, Joyce Marquês; FAYAN, Regiane Alves Costa (orgs.). **Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência comentada**. Campinas: Fundação FEAC, 2016, pp. 315-318.

FIGUEIRA, Emílio. **Caminhando em silêncio**. Uma introdução à trajetória das pessoas com deficiência na história do Brasil. 3ª. ed. São Paulo: Giz Editorial, 2018.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Manual de Direito Civil**. São Paulo: Saraiva, 2016.

GOMES, José Jairo. **Direito Eleitoral**. 14. ed. São Paulo: Atlas, 2018.

HERMET, Guy; BADIE, Bertrand; BIRNBAUM, Pierre; BRAUD, Philippe. **Dicionário de Ciência Política e das Instituições Políticas**. Lisboa: Escolar Editora, 2014.

IBGE - INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA. **Censo demográfico de 2010**. Principais Resultados. Características gerais da população, religião e pessoas com deficiência. Disponível em: <https://www.ibge.gov.br/estatisticas/sociais/populacao/9662-censo-demografico-2010.html?edicao=9749&t=destaques>. Acesso em: 09/06/2019.

JORGE, Flávio Cheim; LIBERATO, Ludgero; RODRIGUES, Marcelo Abelha. **Curso de Direito Eleitoral**. Salvador: Jus Podivm, 2016.

LINCE, Rosa María Mirón. El Derecho Electoral como pilar de la Transición Democrática. Evolución social y racionalidad normativa. In: MIGALLÓN, Fernando Serrano. **Derecho Electoral**. Ciudad de México: UNAM, 2006, pp. 37-54.

MADRUGA, Sidney. A Lei Brasileira de Inclusão e a capacidade eleitoral das pessoas com deficiência mental grave. **Jota**, 2016. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/lei-brasileira-de-inclusao-e-capacidade-eleitoral-das-pessoas-com-deficiencia-mental-grave-20072016>. Acesso: 21 mar 2017.

MINAS GERAIS. Tribunal Regional Eleitoral. **Voto do deficiente físico no Brasil: conquista e reconhecimento**. Publicação em: 02/10/2015. Disponível em: <http://www.tre-mg.jus.br/o-tre/memoria-eleitoral/historia-e-memoria-voto-do-deficiente-fisico-no-brasil-conquista-e-reconhecimento>. Acesso em: 18 jun. 2019.

MARSHALL, T. H. **Cidadania, classe social e status**. Rio de Janeiro: Zahar, 1967.

MARTINS, Manuel Meirinho. **Cidadania e participação política: temas e perspectivas de análise**. Lisboa: Instituto Superior de Ciências Sociais e Políticas, 2010.

MUÑOZ, Luis A. Gálvez. Sufragio y discapacidad. Notas sobre el régimen de votación de las personas discapacitadas. **Revista de Estudios Políticos (nueva época)**, n. 142, outubro-diciembre 208, pp. 201-230.

MUÑOZ, Óscar Sánchez. **La igualdad de oportunidades en las competiciones electorales**. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 2007.

NOGUEIRA, Ary Jorge Aguiar. **Do direito de voto dos interditados após o Estatuto da Pessoa com Deficiência**. Revista Democrática, v. 2. Cuiabá: 2016, pp. 39-59.

OLIVEIRA FILHO, Roberto Alves de; SILVA, Marcelo Rodrigues. A capacidade das pessoas com deficiência mental: constitucionalidade? In: REIS, Cleyton; RODRIGUES JÚNIOR, Otávio Luiz (coord.). **Direito Civil contemporâneo I**. Anais do XXV Congresso do CONPEDI. Florianópolis: CONPEDI, 2016.

PASQUINO, Gianfranco. **Curso de Ciência Política**. 2ª ed. Caiscais: Princípiá, 2010.

PATEMAN, Carole. **Participação e teoria democrática**. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1992.

PLANCHUELO, Víctor Carlos Pascual. El derecho de voto de las personas con discapacidad y, en especial, de las personas con discapacidad psíquica o intelectual en derecho internacional. Su recepción en España. **Revista Española de Discapacidad**, 4 (2), pp. 101-122.

PRIETO, Ana Carolina. Apenas dois candidatos com deficiência alcançam o Congresso Nacional nas eleições 2018. **Câmara Paulista para Inclusão da Pessoa com Deficiência**. Disponível em: <https://www.camarainclusao.com.br/noticias/apenas-dois-candidatos-com-deficiencia-alcancam-o-congresso-nacional-nas-eleicoes-2018/>. Acesso em: 18 jun. 2019.

ROSENO, Marcelo. Estatuto da Pessoa com Deficiência e exercício dos direitos políticos: elementos para uma abordagem garantista. **Revista Jurídica da Presidência**, v. 18, n. 116, out. 2016/ jan. 2017, pp. 559-581.

SÁNCHEZ, Eduardo Andrade. **Derecho Electoral**. Ciudad de México: Oxford Press, 2010.

SARTORI, Giovanni. **Teoria democrática**. São Paulo: Fundo de Cultura, 1965.

SASSAKI, Romeu Kazumi. **Inclusão**. Construindo Uma Sociedade Para Todos. 8ª ed. Rio de Janeiro: WVA, 2010.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 33. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

SILVA, Otto Marques da. **A epopeia ignorada** - A pessoa deficiente na história do mundo de ontem e de hoje. São Paulo: CEDAS, 1987.

URROZ, Juan Calanchini. Gobernabilidad: legitimidad – eficacia efectividad – estabilidad – participación política. In: CALANCHINI, Juan J (coord.). **Lecturas de Ciencia Política**. Tomo II. Montevideo: 2011, pp. 83-100.

O desrespeito ao conteúdo plebiscitário do voto como ameaça à soberania popular

GABRIEL VIEIRA TERENCE

Sobre o autor:

Gabriel Vieira Terenzi. Graduando do nono semestre do curso de direito do Centro de Ensino UniToledo de Araçatuba-SP; atuante na área do Direito Eleitoral; últimas publicações: Edição de 2019 do Congresso Interdisciplinar de Direitos Humanos promovido pelo Conselho Internacional de Altos Estudos em Direito e Revista Juris Pesquisa UniToledo, v. 1, n. 01 (2018).

RESUMO

A efetivação da representatividade da população é o fim máximo de qualquer processo eleitoral democrático. Nestes, diversas normas buscam garantir a isonomia entre os candidatos e a legitimidade do pleito como um todo. Todavia, vê-se frequentemente que, uma vez conquistado o mandato, os seus detentores deixam de lado diversas, se não todas as propostas defendidas durante a campanha em detrimento de medidas mais convenientes. Sendo o voto a ferramenta pela qual o cidadão exerce seu direito político a por em prática a soberania popular, qual a maneira de garantir que, durante o mandato, o eleito respeitará o conteúdo plebiscitário decidido no sufrágio?

Palavras chave: Conteúdo do Voto; Estelionato Eleitoral; Soberania Popular.

ABSTRACT

Ensuring the representativeness of the population is the ultimate goal of any democratic electoral process. In these, diverse norms seek to guarantee the equality between the candidates and the legitimacy of the litigation as a whole. However, it is often seen that, once the mandate has been won, its holders leave aside several, if not all, of the proposals put forward during the campaign to the detriment of more appropriate measures. Since the vote is the tool by which the citizen exercises his political right to put into practice popular sovereignty, what is the way to ensure that during the term of office, the elected member will respect the plebiscite decided by the vote?

Keywords: Voting Content; Electoral Falseness; Popular Sovereignty.

1. INTRODUÇÃO

A participação em um procedimento eleitoral, regido pela sistemática dos direitos políticos determina a deliberação, por parte dos cidadãos das escolhas as quais devem ser tomadas pelo poder público, sendo certo que o exercício do voto intenta a influência na tomada de decisões administrativas.

É por meio da prática de tal ramo que pode o indivíduo interferir no processo democrático, não só no que se refere à escolha de representantes eletivos, mas também no modo como estes representantes devem, em tese, portar-se.

É lícito presumir, ante o exposto, que ao promover o exercício de seu voto, o eleitor possui a expectativa de que, uma vez eleito, o detentor do mandato eletivo impulse os projetos, a doutrina, a ideologia, e a própria postura externada durante a campanha. Aliás, esta é a própria razão de ser do período de campanha eleitoral.

O fim máximo da etapa é justamente, por meio da divulgação das propostas, influenciar, teoricamente de maneira lícita e válida, a intenção do votante. Diz-se ser a campanha “a oportunidade que a legislação eleitoral atribuiu ao candidato para exteriorizar o símbolo real do mandato representativo e partidário” (RAMAYANA, 2018. p. 522).

Consciente da relevância de tal período como fator influente ao resultado válido da eleição, o legislador optou por dispensar regramento protetivo à matéria. Assim, diversos dispositivos legais buscam garantir à promoção de informação de maneira autêntica ao eleitor (admitindo o direito de resposta, renegando a propaganda caluniosa) e impedir o uso abusivo da campanha (promovendo a igualdade entre os candidatos, fornecendo o horário eleitoral gratuito, e vedando determinadas condutas).

Ocorre que, não necessariamente os ideais propagados – ainda que lícitamente – durante a campanha serão postos em prática no decorrer do mandato eletivo. Assim, pretende o presente identificar as condutas que atentam contra o conteúdo plebiscitário externado pelo voto, bem como considerar o modo de se resguardar a soberania que o voto tenciona efetivar.

2. DESENVOLVIMENTO

Verifica-se, a respeito do tema, duas dimensões. A princípio, esse ardil do candidato pode se dar por meio da propaganda imprópria, entendendo-se essa não só como aquela que atenta contra as normas pertinentes, mas também a que induz o eleitor ao erro.

Ao se ventilar propostas que não cabem, por força da própria competência, ao cargo eletivo pleiteado, ou ao se difundir concepções descoladas da realidade, com o fim último de influenciar indevidamente o votante, verifica-se a propaganda maliciosa, que atenta contra os fins democráticos do sufrágio.

Nessa toada, abundante a legislação estabelecida com o fim de regulamentar as condutas admitidas ou não durante o período.

Por sua vez, é também prática que ludibria a autenticidade do resultado eleitoral, em outra perspectiva, o desvirtuamento das propostas veiculadas quando da campanha, em manifesta afronta ao curso do voto realizado.

Ora, ao exercer sua capacidade política, o eleitor se utiliza do sufrágio como uma ferramenta que tem por finalidade justamente o de auferir a vontade coletiva por meio do escrutínio individual. A sociedade, assim, por meio da pluralidade de seus cidadãos decide os rumos a serem tomados, teoricamente com o objetivo do bem estar social e comum.

Portanto, o voto carrega em si uma carga valorativa, devendo este ser interpretado como veículo condutor da vontade política individual, que pelo seu coletivo externaliza o conteúdo plebiscitário da soberania popular.

Assim, a conduta de violar gritantemente ou de maneira injustificada a própria plataforma propagandeada durante a campanha, em um claro estelionato eleitoral, ao passo em que o votante é induzido a erro, é evidentemente antiética. Todavia, nesta modalidade, ainda não foi o legislador capaz de coibir normativamente a prática, de modo a resguardar a vontade política do eleitor.

A título de exemplo, a Lei 9.504 de 1997 prevê, em seu artigo 11, §1º, IX, que deve o pedido de registro de candidatura ser instruído com as propostas defendidas pelos candidatos aos cargos do Poder Executivo. Ocorre que o descumprimento total ou parcial da plataforma não enseja hipótese de cassação do mandato, sendo o detentor do mandato livre para segui-lo ou não.

Ainda que houvesse produção legislativa nesse sentido, deve-se refletir a respeito de sua efetividade. Tortuoso identificar asseguradamente a postura de um determinado detentor de mandato eletivo na figura de estelionatário eleitoral. Há diversas exculpantes as quais podem ser utilizadas como justificativas à modificação das propostas anteriormente defendidas. A reserva do possível, a alteração da conjuntura política, a escassez de recursos, para não mencionar as variações interpretativas que podem ser dispensadas à cada ideologia.

A intervenção judicial também não parece ser medida promissora, ao passo que corre-se o risco de que a legitimidade eleitoral seja atentada justamente no intuito de protegê-la. Ou seja, o desafio se encontra no modo de garantir a autenticidade do pleito sem que tal intervenção externa, por si só o desbalanceie.

3. CONCLUSÃO

Ao que parece, resta, como medida mais adequada ao controle do mandato, tendo como base o quanto defendido durante a campanha, que aquele que exerce a soberania popular seja, também, aquele autorizado a revogá-la.

Assim, necessário que seja discutida a possibilidade de que ao próprio povo, como conjunto de cidadãos, seja concedida a possibilidade de promover a interferência ao mandato eletivo em curso, o chamado recall.

De todo o exposto, verifica-se inequivocamente que a prática de subverter a plataforma propagandeada durante a campanha em prol dos próprios interesses no decorrer do mandato, embora afronte radicalmente o conteúdo valorativo veiculado por meio do voto, é prática corriqueira.

Ante a complexidade do tema, e até para que se resguarde justamente a autenticidade do pleito, o qual deve ser blindado da indevida interferência, qualquer medida tendente a garantir a verossimilhança entre o programa político divulgado e o posto em prática deve ser promovida com a mais devida cautela.

Desse modo, defende o presente a necessidade de que seja, urgentemente, abordada a possibilidade de recall político. Ou seja, de que se formalize procedimento político específico o qual forneça ao eleitor, um meio de que, uma vez desrespeitado o conteúdo de seu voto, pleiteie a incidência de direitos políticos negativos, inclusive com a eventual cassação do mandato, como forma de efetivação da soberania popular.

REFERÊNCIAS

RAMAYANA, Marcos. Direito eleitoral. 16ª ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2018.

Teses sobre a Reforma Política

JOELSON DIAS
MARILDA SILVEIRA
DANIEL FALCÃO

Sobre os autores:

Joelson Dias. Advogado e sócio do escritório Barbosa e Dias Advogados Associados (Brasília-DF), ex- ministro substituto do Tribunal Superior Eleitoral (TSE) e Mestre em Direito pela Universidade de Harvard. É sócio fundador da Academia Brasileira de Direito Eleitoral e Político (ABRADEP).

Marilda Silveira. Possui graduação em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais (2003), mestrado em Direito Administrativo de Federal de Minas Gerais (2008) e doutorado em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais (2014).

Daniel Falcão. Doutor, Mestre e Graduado pela Faculdade de Direito da USP. Pós-graduado em Marketing Político e Propaganda Eleitoral pela ECA-USP. Graduado em Ciências Sociais pela FFLCH-USP.

RESUMO

Na esteira das discussões sobre propostas de unificação das eleições envolvendo a coincidência de mandatos municipais, estaduais e nacional restam dúvidas sobre o comprometimento da participação política do eleitor e do possível enfraquecimento das forças políticas da circunstancial oposição no espectro político. O diagnóstico é imprescindível para que se antecipe o potencial destrutivo de se criarem dificuldades instrumentais extremamente desnecessárias para a própria implementação, caso aceita, algo que pode sobretudo ir contra ao princípio básico da ampla participação, democrática, contra, por consequência, ao próprio Estado Democrático de Direito, enquanto princípio garantido pela própria Constituição da República. É nesse debate acerca de soberania popular que a contribuição desse trabalho pretende se inserir.

Palavras chave: reforma política, unificação, eleições, mandato

ABSTRACT

In the wake of discussions about proposed unification of elections involving the coincidence of municipal, state and national mandates, doubts remain about the compromise of voter political participation and the possible weakening of the political forces of the circumstantial opposition on the political spectrum. The diagnosis is indispensable in order to anticipate the destructive potential of creating extremely unnecessary instrumental difficulties for its own implementation, if it accepts, something that can go above and beyond the basic principle of broad democratic participation against the Democratic State itself. as a principle guaranteed by the Constitution itself. It is in this debate about popular sovereignty that the contribution of this work intends to be inserted.

Keywords: political reform, unification, elections, mandate

DANIEL FALCÃO

Diante da recorrente discussão sobre o sistema político, a sociedade brasileira se depara com uma nova oportunidade de aperfeiçoá-lo, debatendo diversas propostas com o intuito de realizar a tão propalada Reforma Política.

Entre os vários temas em debate, ganha relevo a discussão sobre o financiamento das campanhas eleitorais e dos partidos políticos, que tem por objetivo primordial, independentemente do modelo a ser adotado, a diminuição da influência do poder econômico no resultado das eleições²⁶. A questão da reeleição para os cargos eletivos do Poder Executivo é outro ponto controvertido tanto no Congresso Nacional como na sociedade em geral, que analisarão as vantagens e desvantagens do modelo adotado desde 1997. Nesse ponto, debate-se, também, possível ampliação dos mandatos, caso a possibilidade de o chefe do Executivo reeleger-se seja extirpada do texto constitucional.

Atualmente, porém, a unificação das eleições – eufemismo para a implantação da coincidência de mandatos nos níveis nacional, estadual, distrital e municipal – tem chamado grande atenção da mídia e dos legisladores.

As propostas de emenda à Constituição têm em comum a ideia de que as eleições municipais deveriam ser realizadas no mesmo dia – ou em período bastante próximo – das eleições gerais (estaduais e nacional).

Aqueles que defendem a unificação apontam, basicamente, quatro argumentos que sustentariam os benefícios dessa mudança: 1) redução nos custos das eleições, em seu aspecto operacional, pois a organização do pleito ficaria mais barata aos cofres da Justiça Eleitoral; 2) haveria o barateamento das campanhas eleitorais; 3) os partidos políticos seriam fortalecidos com essa medida, uma vez que as campanhas dentro de cada agremiação teriam que obter uma coordenação mais organizada e centralizada e 4) a realização de eleições unificadas a cada quatro ou cinco anos favoreceria a governabilidade, facilitando, sobremaneira, a execução de políticas públicas²⁷, em especial nas áreas em que o Brasil tem maior carência, como saúde, saneamento, segurança pública e educação.

Para os defensores da unificação das eleições, o modelo atual, com eleições intercaladas a cada dois anos, prejudicaria as políticas públicas na esfera municipal, já que justo na metade do mandato dos municipais, as eleições estaduais e nacional “paralisariam” a máquina pública.

Com todo respeito que merecem as opiniões contrárias formadas a respeito do tema, compreendemos que a unificação das eleições, embora pareça resolver uma miríade de problemas com uma única alteração, é motivadora de uma série ainda maior de desvantagens não somente à administração pública, aos mandatários, partidos políticos, candidatos e à sociedade brasileira, mas, principalmente, aos próprios eleitores. Sem a pretensão de esgotar a análise de matéria tão complexa, identificamos sete razões que nos levam a esta conclusão.

1. A UNIFICAÇÃO DAS ELEIÇÕES COMPROMETERÁ O DIREITO DE PARTICIPAÇÃO POLÍTICA E ESCOLHA DOS ELEITORES E ENFRAQUECERÁ AS INSTITUIÇÕES DEMOCRÁTICAS

A primeira das razões é o nítido comprometimento pelas eleições unificadas do direito de participação política e escolha dos eleitores e o enfraquecimento das instituições democráticas brasileiras com tamanho espaçamento na manifestação direta do voto. Por longo período²⁸, entre uma eleição e outra, os eleitores não serão ouvidos e, conseqüentemente, também menos debatidas as questões políticas do País. Os cidadãos ficarão ainda mais afastados da política, pois exercerão seu direito fundamental ao voto somente uma vez a cada quatro ou cinco anos e, como resultado disto, também a classe política e as instituições democráticas, diminuídas em sua legitimidade. O jovem, cujo voto é facultativo, que completar 16 (dezesseis) anos somente após as eleições, irá às urnas, pela primeira vez, apenas quatro ou cinco anos depois, aos seus 20 (vinte) ou 21 (vinte e um) anos.

Restará prejudicado o elemento pedagógico do voto, tão decantado, por exemplo, pelo eminente Assis Brasil, que se referia à necessidade de a população passar por vários períodos eleitorais para o amadurecimento político das instituições nacionais e da sociedade como um todo.

Ao invés das campanhas eleitorais, dos debates, da voz das urnas e do engajamento dos eleitores, que são os principais protagonistas do processo eleitoral, o embate político, por mais tempo, ficará limitado apenas aos eleitos e partidos políticos de maior expressão e espaço na mídia, aos parlamentos e à cobertura, no tempo, modo e prioridade que e se lhe resolverem dispensar os meios de comunicação. Com a unificação das eleições, quem mais perde, portanto, são os próprios eleitores.

2. AS ELEIÇÕES UNIFICADAS COMPROMETERÃO A ADMINISTRAÇÃO DO PLEITO PELA JUSTIÇA ELEITORAL E A SUA ATUAÇÃO JURISDICIONAL²⁹

Além disso, em segundo lugar, a mudança acarretará um inegável assoberbamento da Justiça Eleitoral dificultando, ainda mais, o gerenciamento e a fiscalização do processo eleitoral: em, aproximadamente seis meses, os órgãos da Justiça Eleitoral seriam responsáveis por fiscalizar e julgar milhares de prestações de contas, registros de candidaturas e ações de impugnação, investigações judiciais eleitorais, recursos contra expedição de diplomas e impugnações de mandatos eletivos. Tudo isso, sem computar as incontáveis representações ajuizadas contra as propagandas eleitorais em curso.

A proposta prevê, na verdade, a realização de 5.570 eleições municipais (prefeitos e vereadores), 26 eleições estaduais (governador, deputados federais, senadores e deputados estaduais), uma eleição distrital e a eleição nacional (presidente da República) numa mesma data ou, em hipótese alternativa, em datas bem próximas. A administração do pleito pela Justiça Eleitoral e a sua atuação jurisdicional restariam seriamente comprometidas diante do gigantismo que representa a unificação das eleições.

Além de não ter sido apresentado ainda nenhum dado oficial de que a unificação das eleições diminuirá o custo do processo eleitoral, a verdade é que a realização de um único pleito com tantos candidatos tende a aumentar, sem contar o fornecimento de bens e a contratação de serviços, também o número de servidores à disposição da Justiça Eleitoral necessários à administração das eleições e, conseqüentemente, das horas trabalhadas, a começar meses antes, senão mesmo anos, com a preparação³⁰ do pleito. A unificação das eleições comprometeria, ainda, a maior capacitação dos servidores, o aprimoramento das rotinas administrativas, a troca de experiências entre os diferentes órgãos da Justiça Eleitoral e o aperfeiçoamento especialmente do sistema eletrônico de votação que a realização de eleições intercaladas a cada dois anos permite.

3. AS ELEIÇÕES UNIFICADAS DIFICULTARÃO E ENCARECERÃO A VEICULAÇÃO DA PROPAGANDA ELEITORAL

Também não se pode desconsiderar um terceiro ponto: a veiculação da propaganda eleitoral em geral, especialmente a distribuição do seu tempo no rádio e na televisão, será imensamente dificultada diante do elevado número de candidatos em uma eleição unificada.

Não apenas pelo tempo e diversidade dos meios de propaganda eleitoral, mas também pela compreensão dos programas partidários e das propostas dos inúmeros candidatos concorrentes ao pleito, especialmente levando-se em conta que, no federalismo brasileiro, cada ente tem competências privativas e concorrentes. A complexa repartição de competências do Estado brasileiro não apenas lesará a já acidentada fluidez do debate eleitoral, mas tornará bastante difícil ao eleitor distinguir entre as diversas agendas eleitorais em disputa, que contemplariam desde as questões locais, próprias às eleições municipais, aos temas nacionais e regionais, debatidos nas eleições gerais. Com a unificação dos pleitos, perderão, sobretudo, os municípios e os candidatos nas eleições³¹ municipais, cujos temas e propostas específicos locais serão sufocados pelo maior interesse que as eleições gerais despertam na sociedade e nos meios de comunicação e pelo debate das questões de maior relevância para os Estados e a União.

4. AS ELEIÇÕES UNIFICADAS NÃO SIMPLIFICARÃO O SISTEMA ELEITORAL, NEM FACILITARÃO A SUA COMPREENSÃO PELO ELEITOR

Nesse mesmo sentido, uma quarta razão nos leva a compreender que é inevitável o prejuízo no que toca à capacidade de reflexão sobre as propostas e nomes a serem escolhidos na urna eletrônica. Trata-se do enorme número de candidaturas além da mistura, em si, de temas locais, estaduais e nacionais para definição de oito candidatos diferentes. Com toda essa complexidade, as eleições unificadas violariam um dos propósitos básicos que deve ter toda e qualquer reforma política: a simplificação do sistema eleitoral visando a sua melhor compreensão pelo eleitor.

5. AS ELEIÇÕES UNIFICADAS RESULTARÃO EM MENOSPREZO, PELA SOCIEDADE, DA IMPORTÂNCIA DO SISTEMA POLÍTICO E DAS PRÁTICAS DEMOCRÁTICAS

A quinta razão tem em vista não apenas o interesse pessoal dos candidatos e dos partidos políticos, ou dos eleitos, mas também o direito de participação e escolha dos eleitores e de proteção das minorias visando ao fortalecimento³² da democracia: com a coincidência dos mandatos, os candidatos derrotados terão dificuldade muito maior de enfrentar a maioria estabelecida. Isso porque somente terão uma nova oportunidade de candidatar-se e/ou tornarem-se conhecidos, diante do eleitorado, após quatro ou cinco anos. E, em caso de nova derrota eleitoral, após tanto tempo, estarão praticamente alijados da vida política. O preço a ser pago pela possibilidade de todos os mandatos iniciando e terminando juntos pode muito bem ser o da verticalização do voto pelo eleitor, de presidente a vereador de um mesmo partido ou coligação, de aniquilamento das minorias e da oposição locais durante o longo tempo de espera entre

uma e outra campanha eleitoral. A realização de eleições somente a cada quatro ou cinco anos dispensará os partidos políticos e governantes da necessidade de submeter, periodicamente, sua atuação à avaliação política (“accountability”) e suprimirá dos eleitores e da oposição o direito de crítica que os debates eleitorais fomentam a cada dois anos. Difícil não concluir que esse fato poderá resultar no encastelamento dos eleitos e das lideranças que já estão no Poder, no aumento do distanciamento entre representantes e representados e em dificuldade ainda maior de renovação dos quadros políticos do Brasil. Aliás, como o que se busca com a unificação das eleições é a coincidência dos mandatos, alguns já defendem, inclusive, e mesmo diante de sua já cogitada inconstitucionalidade, a prorrogação por mais dois anos do tempo de mandato dos atuais prefeitos e vereadores. Outra proposta que não pode ser descartada³³, se unificadas as eleições e, portanto, comprometida a análise crítica a cada dois anos da atuação de partidos e agentes políticos, é a adoção do “recall” ou reavaliação política ou popular do desempenho do mandato.

O longo tempo de espera entre os pleitos, com a unificação das eleições, resultará em menosprezo, pela sociedade, da importância do sistema político e das práticas democráticas. Muito maior que o aventado impacto financeiro com a realização de eleições periódicas, porém, esse é o altíssimo preço político que a democracia, pela qual os brasileiros tanto lutaram, não pode e não deve pagar.

É preciso avaliar se, de fato, a unificação não dificultará a “oxigenação” das eleições e incrementará o custo das campanhas eleitorais, pois os candidatos que postulam pela primeira vez sua eleição ou são pouco conhecidos também terão necessidade de mais recursos para obter reais chances de vitória no escrutínio unificado. Dessa forma, o papel dos candidatos e partidos de oposição, em quaisquer das esferas federativas, restará ainda mais dificultado, fato este que atinge diversos princípios constitucionais, como o republicano, que assegura a periodicidade das eleições, o pluripartidarismo e a garantia de preservação das minorias.

6. AS ELEIÇÕES UNIFICADAS NÃO CONDICIONAM NEM O FIM DA REELEIÇÃO, NEM O AUMENTO PARA 5 (CINCO) ANOS DO PERÍODO DE MANDATO, NEM A NECESSÁRIA GARANTIA DA GOVERNABILIDADE³⁴

Como sexta razão, defendemos que nem o pretendido fim da reeleição, nem o aventado aumento para cinco anos do período de mandato, nem mesmo a tão propalada necessidade de se garantir a governabilidade estão necessariamente vinculados à unificação das eleições.

No tocante à governabilidade, por exemplo, a própria reforma política que se pretende poderá, em sendo mesmo este o caso, promover os ajustes pontuais necessários na lei de responsabilidade fiscal ou na própria legislação eleitoral. Deste modo não somente permitirá, mas, inclusive, fomentará, mesmo no ano das eleições, a execução de políticas públicas, em especial nas áreas em que o Brasil mais precisa, como saúde, saneamento, segurança pública e educação. Hoje, a reclamação é que a legislação eleitoral impõe uma série de restrições a alguns atos de governo, como a execução de convênios em anos eleitorais. Contudo, entendemos, é a coincidência dos mandatos que pode resultar em longo tempo de espera pelos Estados e Municípios para o recebimento de transferências voluntárias ou a celebração de novos convênios, até as eleições seguintes, a depender das composições ou disputas políticas entre as respectivas circunscrições eleitorais ou com a União. Novamente, os maiores prejudicados serão os Municípios, especialmente se coincidirem as eleições de adversários políticos da chefia do Executivo local tanto no âmbito estadual como federal. Afinal, com a coincidência das eleições, perdurará por quatro ou cinco anos o quadro político que, hoje, pode se reverter a cada dois anos. Na verdade, defendemos³⁵ que a continuidade das políticas públicas tem mais a ver com a estabilidade e a qualificação do corpo técnico do que com a alternância ou não das eleições. Mesmo porque, com eleições unificadas, caso não se altere o próprio quadro funcional de cada circunscrição eleitoral, com a organização e valorização dos servidores em carreiras, a mudança radical das três esferas federativas em uma única data também poderá prejudicar, em larga escala, a estabilidade das políticas.

7. AS ELEIÇÕES UNIFICADAS AO INVÉS DE BARATEAR PODERÃO É ENCARECER AS CAMPANHAS ELEITORAIS

Finalmente, em sétimo lugar e não menos importante, é preciso considerar que a unificação das eleições para a coincidência dos mandatos também repercutirá na oferta dos mais diversos bens e serviços durante as eleições.

Isso impactará na forma de realização do trabalho, na qualidade e na engenharia de mercado desses serviços e, igualmente, nos custos das campanhas eleitorais em razão do grande número de candidatos e cargos em disputa, bem como da dedicação dos melhores profissionais às eleições presidenciais e de governadores. Isto é, mesmo que não venha a ser mais necessário buscar financiamento a cada dois anos, com o fim dos pleitos intercalados, como defendem alguns, o gasto com a campanha eleitoral em eleições unificadas pode ser muito maior, especialmente se consideradas as “dobradas” na propaganda eleitoral, ou seja, o apoio político e financeiro entre os candidatos e também entre os partidos. Ademais³⁶, se for necessário aumentar o tempo de veiculação da propaganda eleitoral no rádio e na televisão, em razão do elevado número de candidatos, crescerá, também, na mesma proporção, o montante da compensação fiscal devida às emissoras pela cedência do referido “horário gratuito”, e, portanto, o custo das eleições para os pró-

prios contribuintes. Em poucas palavras, ao invés do seu cogitado barateamento, as campanhas eleitorais poderão é sair mais caras com a unificação das eleições.

CONCLUSÃO: ELEIÇÕES UNIFICADAS, QUEM MAIS PERDE É O ELEITOR

Assim sendo, a ABRADEP – Academia Brasileira de Direito Eleitoral e Político acredita que a eventual aprovação da proposta de unificação das eleições / coincidência de mandatos municipais, estaduais e nacional comprometerá a participação política do eleitor e enfraquecerá as forças políticas de oposição, criando, ainda, dificuldades instrumentais desnecessárias para a sua implementação, que vão de encontro à participação democrática e, por consequência, ao Estado Democrático de Direito, enquanto princípio garantido pela própria Constituição da República.

Caminho é caminhar, com afeto

LUIS FERNANDO

Sobre o autor:

Luis Fernando. Graduado em Licenciatura Plena em História pela FMU/SP. cursando Especialização em Sociologia Política na PUC-RIO

RESUMO

Iniciando pela compreensão de nossa herança ibérica, seu patrimonialismo, o apego às relações diretas, familiares, que compreendamos nossa representação, nosso “fazer” política, nosso personalismo e, então, se caminhe na percepção do diverso, no senso de alteridade e suas pluralidades, ao passo largo da cidadania coletiva e na mão única do Estado de Direito a conduzir a res publica, sejamos Democracia

Palavras chave: Estado de Direito, condução res publica, Democracia

ABSTRACT

Beginning with the understanding of our Iberian heritage, its patrimonialism, the attachment to direct relations, family, that we understand our representation, our "doing" politics, our personalism, and, then, we walk in the perception of the diverse, in the sense of alterity and its pluralities, to the broad step of collective citizenship and in the single hand of the rule of law to lead to res publica, let us be Democracy.

Keywords: Rule of Law, lead to res public, Democracy

Caminhante, não há caminho, o caminho se faz ao caminhar.

Antonio Machado

I. INTRODUÇÃO

Os paradigmas patrimonial e burocrático de administração pública são originários dos estudos sociológicos de Max Weber – por representar um dos elementos mais importantes da ação social, a dominação foi detalhada por Weber na obra *Economia e Sociedade*, observando o elo entre dominação e administração.

Em Weber, a validade do poder de mando pode apoiar-se em relações tradicionais de autoridade, em regras racionais (impostas ou pactuadas) ou, ainda, no carisma pessoal – como no cotidiano, esses tipos não podem ser observados isoladamente, o predomínio de cada um determina, respectivamente, a dominação tradicional, burocrática, ou carismática.

Em terra brasilis, a partir da colonização portuguesa, serão abordados os estudos de Sérgio Buarque de Holanda, Raymundo Faoro e Lília Moritz Schwarcz que, entre outros e igualmente renomados, melhor atendem ao que se busca.

O que se busca, com um pé na Antropologia, é a entender os porquês que levaram nossa democracia a um estado de amor e ódio, onde, latentes, os afetos estão em corações e mentes, bares, botecos, salas de espera, Maracanã, em vôos, na mídia escrita, papel ou on line, televisiva, pontos de ônibus e locais de trabalho. O atual estado de coisas, há bom tempo, contempla também uma considerável parcela da população que, em termos de representação política, espelha-se na indiferença, o anti-afeto do ‘não me representa’, são “ (...) dias tão estranhos, fica poeira se escondendo atrás dos cantos” como versou Renato Russo em *Teatro dos Vampiros*.

As linhas próximas, com a brevidade que o espaço exige, se pretendem a uma alternativa, uma cidadania que, por ampla, nos afira uma urbanidade e representação onde, por premissa, o lócus espaço temporal perceba poder não como onipotente, onisciente porque, se vendo assim por si, será impotente. (FOUCAULT, 2005).

II - AMOR & ÓDIO

“A crise que acompanhou a transição do trabalho industrial pode dar uma idéia pálida das dificuldades que se opõem à abolição da velha ordem familiar por outra, em que as instituições e as relações sociais, fundadas em princípios abstratos, tendem a substituir-se aos laços de afeto e de sangue. (...) Com efeito, onde quer que se prospere e assente em bases muito sólidas a idéia de família – e principalmente onde predomina a família do tipo patriarcal – tende a ser precária e a lutar contra fortes restrições a formação e evolução da sociedade segundo conceitos atuais. A crise de adaptação dos indivíduos ao mecanismo social é, assim, especialmente sensível no nosso tempo devido ao decisivo triunfo de certas virtudes antifamiliares por excelência.” – g.n. (HOLANDA, 1982).

Sérgio Buarque de Holanda, no célebre capítulo V em *Raízes do Brasil*, o Homem Cordial, não apresenta o brasileiro como bonzinho, cordial, amistososo, como interpretado por vários, mas sim cordial do radical latino *cordis*, isto é, relativo ao coração – o português, o ibérico nos legou o costume de decidir em favor da família. Nos apresenta o desafio de superar o paternalismo pela racionalidade da vida pública, fundamento republicano.

“(...) há quem recoloca hoje os argumentos sobre as características de relatividade política do Brasil e a impossibilidade de uma organização institucional na qual a democracia – fundamentada na ordem pública e no Direito – possa impor-se sem qualificativos que a distorçam. (...) A partir de certo limiar, nos ensina Sérgio, a concretização das opções deixa de ser questão de talento para ser questão de existência de vontade, capaz de articular interesses sociais novos para permitir que nossas raízes, com enxertos de futuro, sofram as mutações necessárias.” – (CARDOSO, 2013).

As mutações necessárias que o Professor Fernando Henrique Cardoso cita são superar a paixão\violência inerente da decisão vinda do afeto, havemos de lembrar que, nesta década, nossa população urbana já é maior que a rural, e essa urbanidade, para que se efetive e seja plana, carece se capacitar socialmente e reconhecer o outro, descobrir o outro.

“A descoberta do outro tem vários degraus, desde o outro como objeto, confundido com o mundo que o cerca, até o outro como sujeito, igual ao eu, mas diferente dele, pode-se muito bem passar a vida toda sem nunca se chegar à descoberta plena do outro (supondo-se ela possa ser plena). Cada um de nós deve recomeça-la, por sua vez; as experiências anteriores não nos dispensam disto, mas podem ensinar quais são os efeitos do desconhecimento.” – (TODO-ROV, 1982).

Como efeito em formar bolhas diante da diversidade, ignorá-la, negá-la, levará o ato de governar a exemplos, como o chefe do Executivo mandar erguer um estádio de futebol na Copa do Mundo e, após a tal Copa, cedê-lo para uso do time/torcida de seu coração, ao nosso alcaide receber no ambiente público os fiéis de sua religião, ofertando os bens públicos apenas a eles, o Chefe do Executivo só nomear para cargos públicos aqueles com específico alinhamento ao

seu pensamento. Exemplos a partir do decisório paternal, com caráter oligárquico que remete à corrupção, em crime previsto e punível pela lei, mas que, a partir desse traço examinado por Sérgio Buarque nos leva a questão de prática muito nossa, com forte inserção na sociedade brasileira: o Patrimonialismo.

“ República significa coisa pública – bem comum – em oposição ao bem – a res privada. Pensada nestes termos, como bem ajuíza o historiador José Murilo de Carvalho, “nossa Republica nunca foi republicana. Por mais tautológico que possa parecer, não pode haver república sem valores republicanos, e por aqui sempre fez falta o interesse pelo coletivo.(...) Nos falta, ainda mais, o exercício dos direitos sociais, qual seja, a participação na riqueza coletiva: o direito, ou melhor, o pleno exercício do direito à saúde, à educação, ao emprego, à moradia, ao transporte e ao lazer.(...) o patrimonialismo é resultado da relação viciada que se estabelece entre a sociedade e o Estado, quando o bem público é apropriado privadamente. Ou, dito de outra maneira, trata-se do entendimento, equivocado, que o Estado é bem pessoal, “patrimônio” de quem detém o poder.” - g. n. (SCHWARCZ, 2019).

A tautologia tem seu aspecto didático, pelas possibilidades de instigar o raciocínio abstrato, não pela mera repetição. A educação, tanto quanto a aplicação da Lei, nos é fundamental no combate a essa nossa jaboticaba, o patrimonialismo. Esta prática, corruptela de corrupção, tão incrustada em nosso meio, assusta. Ela está, ela é. Sugiro, ao invés de se citar corrupção de forma genérica, a Escola adote em seu material paradidático e palestras a explicação do patrimonialismo como uma das formas, uma especificidade de corrupção., a exemplifique em seus vários usos, suas faces no cotidiano, pois só pela Educação havemos de combatê-la na formação dos jovens.

“ Na peculiaridade histórica brasileira, a camada dirigente atua em nome próprio, servida dos instrumentos políticos derivados de sua posse do aparelhamento estatal.(...) a comunidade política conduz, comanda, supervisiona os negócios como negócios privados seus, na origem como negócios públicos,...”. (FAORO, 1975).

Quando reunidos, o poder político e o poder econômico sentam-se a uma mesa redonda. Não se distinguem os lados, há negócios e as vítimas não estão sentadas à mesa. A corrupção no nosso País é mais do que sistêmica, ela é a extensão, o corolário do nosso patrimonialismo, entende o Professor Fernando Haddad.

A forma global que o capitalismo assumiu e o peso das grandes empresas, ao lado da preservação de valores do individualismo e a liberdade na sociedade que a chamada mídia independente amplifica, entende o Professor Fernando Henrique Cardoso, façam contemporaneamente o contraponto às tendências patrimonialistas.

III – A INDIFERENÇA

Segundo o TSE, a abstenção só tem feito por crescer, desde 2006. Em 2006, 16,8% dos eleitores aptos não compareceram; em 2010, 18,1%; em 2014, 19,4%; nesta última eleição presidencial, em 2018, a abstenção foi de 20,3%, quase 30 milhões de aptos ausentes. Ainda em 18, a soma de brancos, nulos e abstenções ultrapassou 30%.

Os números mostram a decantada indiferença, o ‘não me representa’ exposto em todas as formas de mídia e na academia. Há autores debruçados sobre a questão, e mais de uma interpretação, apontando causas diversas, para uma situação que se torna mundial. No espaço pouco, alguns autores serão expostos, mas lembremos as passeatas de 2013, no Brasil, e os Camisas Amarelas, na França, de 2018, por pouco não reeditando a Comuna de Paris de 1870 – alternativas de representação popular, com parte da população, notadamente jovem, não se sentindo representada pela política tradicional de partidos políticos, mas coletivamente demonstrando desgosto com várias políticas públicas, sejam aumentos de transporte público, no Brasil, como da gasolina, na França - o pensamento em Foucault nos ensina todo poder contemplar resistência, é imanente ao poder a resistência, nos cabendo, no conjunto social, apreender as manifestações públicas como formas corretivas do Poder, uma forma de mostrar não estejam desalinhadas do jogo democrático, mas estejam jogando de forma o todo careça compreender o jogo nessa sua forma e instrumentalizá-la de modo seja representação articulada.

O sociólogo italiano, Roberto Sposito aponta o Impolítico seja resultado do atual desequilíbrio entre o poder econômico e a representação política. Explica a democracia liberal ocidental, ao longo do tempo, ter convivido com a sociedade, sua representação, a política em igualdade com o poder econômico. Porém, neste século XXI, o poder econômico se sobrepôs à representação política, necessitando de um Executivo forte e disposto a realizar sua política rentista.” O Impolítico é uma categoria interna à modernidade e mais precisamente ao segmento extremo de sua crise, que se limita a refletir de forma invertida; é uma filosofia onde, longe de ser contrário ao conflito político, ele considera o conflito como a realidade, único espaço possível.” (ESPOSITO, 1988).

Com ênfase no estudo dos EUA, a obra COMO AS DEMOCRACIAS MORREM aponta “o igualitarismo, a civilidade, o sentido de liberdade e o propósito compartilhado eram a essência da democracia americana em meados do século XX. Hoje, esta visão está sob ataque. Para salvar a democracia, os norte americanos precisam restaurar as normas básicas que a protegiu no passado, estender essas normas por toda uma sociedade diversificada, torná-las realmente inclu-

sivas – poucas sociedades conseguiram ser multirraciais e genuinamente democráticas. Este é o desafio.” (LEVITSKY & ZIBLATT).

Fenômenos como encolhimento das economias nacionais, forçando a redução de políticas distributivas de renda, a globalização tornando a cultura como diversificada, a diversidade é a maior simbologia das liberdades individuais, que, ao não se sentirem representadas pela forma partidária tradicional, entendem encontrar melhor abrigo em lideranças populistas que, em países diversos, onde as opiniões populares tendam a ser iliberais, com as elites evidenciando

preferências antidemocráticas e, assim, importantes democracias liberais estão se desmantelando. “A estabilidade da democracia terá sido criada por condições que não existem mais?”, pergunta Mounk, autor da obra *O POVO CONTRA A DEMOCRACIA*. “A promessa da democracia multiétnica, na qual os membros de qualquer raça, cor ou crença são vistos como iguais, é inegociável. Mas, por mais difícil que possa ser para os países com uma concepção profundamente monoétnica de si próprios acolher recém chegados e minorias, tal mudança é a única alternativa realista à tirania e à guerra civil.” (MOUNK, 2019).

Há sociólogo europeu que defenda o voto na Comunidade Européia a partir dos 12 anos, argumentando que os eleitores atuais, em sua maioria, estão em faixa etária de média para avançada, não tendo preocupação com as questões do meio ambiente, e, para o jovem, onde ele tem o meio ambiente como disciplina escolar, esta é questão vital.

Importante e acertada, pois, a decisão em facultar ao jovem do nosso Brasil o voto a partir dos 16 anos. Como atitude para sensibilizar o jovem, esta Especializada poderia melhor divulgar a questão ambiental em seu próprio material, ou seja, sendo as cabinas de votação e as caixas de papelão para embalagem das UEs feitas em material reciclável, informação confirmada pela área de material da Casa, esta informação poderia constar nas próximas tiragens dos materiais citados, o corpo do material evidenciando a preocupação ambiental como parte da ação judiciária eleitoral.

Concluindo, entendendo nossa missão deva garantir a transparência do processo eleitoral, os ganhos do processo biométrico, evidenciar, nas palestras, ações educativas, nos materiais paradidáticos a serem distribuídos, que o ato de votar em si apenas é parte do processo, uma efetividade republicana e democrática só será possível se as gerações vindouras fizerem o que, infelizmente, a maioria adulta hoje não faz: acompanhar, nas diversas formas hoje possíveis, as ações parlamentares de seus votados, cobrarem promessas de campanha, exercer a cidadania através da Isegoria, a palavra, garantida a todos maiores de 18 anos nas assembléias gregas, berço de nossa cultura ocidental.

“A Assembléia, que detinha a palavra final na guerra e na paz, nos tratados, nas finanças, na legislação, nas obras públicas, em suma, na totalidade das atividades governamentais, era comício ao ar livre, com tantos milhares de cidadãos maiores de 18 anos quisessem comparecer. Ela se reunia frequentemente o ano todo, no mínimo quarenta vezes, e, normalmente, chegava a uma decisão sobre o assunto a discutirem um único dia de debates, em que, a princípio era direito de todos participar e tomar a palavra. Isegoria. Tomado por alguns historiadores como sinônimo de Democracia.” (FINLEY, 1988).

REFERÊNCIAS

- CARDOSO, F H .**Pesquisadores que Inventaram o Brasil São Paulo**, Companhia das Letras, 2013
- ESPOSITO, R **Categorias do Impolitico**, Belo Horizonte, Autêntica Editora, 2019
- FAORO, R Os **Donos Do Poder – Formação do Patronato Político Brasileiro**, volume 1, São Paulo, Editora da USP, 1975
- FINLEY , M I **Democracia Antiga e Moderna**, RJ, Edições Graal, 1988
- FOUCAULT, M. **Em defesa da Sociedade**.São Paulo, Martins Fontes, 2005.
- Nascimento da Biopolítica**.São Paulo, Martins Fontes, 2008
- HADDAD, F Revista Piauí, número 129 – **Um encontro com o Patrimonialismo Brasileiro** Editora Alvi Negra, São Paulo, junho, 2017
- HOLANDA, S B de. **Raízes do Brasil**, Rio de Janeiro, José Olympio Editora, 1993
- LEVITSKY,S e ZIBLATT D **Como as Democracias Morrem**, RJ, Zahar Editora, 2018
- MOUNK, Y **O Povo contra a Democracia**, SP, Companhia das Letras, 2019
- SCHWARCZ, L M **Sobre o Autoritarismo Brasileiro**, São Paulo, Companhia das Letras, 2019
- TODOROV, T. **A Conquista da América- A Questão do Outro**, São Paulo, Martins Fontes, 1993
- WEBER, M. **Economia e Sociedade: fundamentos da Sociologia Compreensiva**.Brasília, DF:Editora UnB, vol 2, 1999.

Eleições Suplementares e o Princípio da Soberania Popular

MARCIO ALVIM

Sobre o autor:

Marcio Alvim. Advogado. Membro das Comissões de Direito Eleitoral da OAB-RJ e do Instituto dos Advogados Brasileiros (IAB). Coordenador do Curso de Direito Eleitoral da Escola Superior da Advocacia da OAB-RJ (ESA).

RESUMO

Confirmada a decisão de indeferimento de registro de candidatura, ou ainda, que importe na cassação de mandato de candidato eleito em pleito majoritário, o Tribunal deverá convocar eleições suplementares, independentemente do trânsito em julgado. É possível a participação do vice porventura cassado no pleito ordinário na condição de “mero beneficiário”, haja vista que a inelegibilidade de um dos candidatos não atinge o outro componente da chapa majoritária

Palavras chave: Cassação do Mandato. Eleições Suplementares. Condições de Elegibilidade. Partidos Políticos. Participação do Vice.

ABSTRACT

Once the decision to reject the registration of candidacy is confirmed, or even that matters in the withdrawal of the mandate of a candidate elected by majority vote, the Court must call for additional elections, regardless of the final decision. Lastly, it is possible the candidacy of the vice-candidate who was disqualified in the ordinary election as “solely beneficiary”, since the ineligibility of one of the candidates does not affect the other component of the majority plate.

Keywords: Withdrawal of the Mandate. Additional Elections. Eligibility Conditions. Political Parties. Participation of the Vice-Candidate.

Pode parecer estranho para aqueles que não vivenciam o Direito Eleitoral, mas, ainda em 2019, em várias cidades brasileiras o pleito majoritário ocorrido no ano de 2016 ainda não teve o seu desfecho normal haja vista a necessidade da realização de eleições suplementares. Isso porque, a decisão da Justiça Eleitoral que importe no indeferimento do registro, em cassação do diploma, ou na perda do mandato daquele que foi eleito em pleito majoritário acarretará sempre em realização de novas eleições, independentemente do número de votos. Desse modo, à luz do princípio da **soberania popular**, não há mais possibilidade de assunção de outro candidato ao cargo, pois a sociedade não deve ficar “a conta e risco”, sujeita ao governo do segundo colocado quando a maioria absoluta dos eleitores optou por outro que, afinal, vem a ter o seu registro indeferido¹. Segundo a regra do art. 224, § 4º, incisos I e II do Código Eleitoral, o pleito suplementar se dará mediante a realização de eleições diretas, salvo se ocorrer a menos de seis meses do fim mandato, hipótese em que serão indiretas, correndo, em qualquer caso, as expensas da Justiça Eleitoral².

Vale rememorar, a inconstitucionalidade da expressão *após o trânsito em julgado* contida no art. 224, § 3º do Código Eleitoral foi reconhecida tanto pelo TSE³, como também pelo STF⁴. Desse modo, salvo na hipótese da superveniência de decisão de natureza cautelar, a decisão cujo efeito é a convocação de novas eleições, produzirá efeitos quando exauridas as instâncias ordinárias, mesmo antes do trânsito em julgado.

Logo, confirmada a decisão, em qualquer que seja a instância, segundo a dicção do caput do art. 224 do Código Eleitoral, o Tribunal deve convocar novas eleições no prazo de vinte a quarenta dias, cujas providências para a sua realização devem ser adotadas após a publicação do acórdão, independentemente do trânsito em julgado⁵.

Impende salientar, o STF, no Recurso Extraordinário 843.455⁶, julgado em regime de repercussão geral, assentou que as hipóteses de inelegibilidade previstas do § 7º do art. 14 da Carta Magna – inelegibilidade reflexa do cônjuge, dos parentes consanguíneos ou afins, até o segundo grau, ou por adoção nos seis meses anteriores a eleição – são aplicáveis nas eleições suplementares, de modo a evitar a perpetuação de determinado grupo familiar. Todavia, recentemente, o TSE decidiu que mencionado julgamento do STF não alcançou outras temáticas relativas ao processo de registro, como as condições de elegibilidade, a exemplo da filiação e do domicílio eleitoral⁷. Desse modo, a Corte Superior Eleitoral considerou que, embora o pleito suplementar esteja previsto em ordenamento jurídico, deve-se atentar para a premissa da relativa *imprevisibilidade* da sua efetiva realização.

Com base nesses fundamentos, os prazos legais de desincompatibilização, e ainda, aqueles referentes ao domicílio eleitoral e a filiação partidária devem ser *adaptados* ao contexto da singularidade de uma eleição suplementar.

Contudo, apesar da *mitigação* desses prazos que norteiam o processo eleitoral, o TSE decidiu que não se permite a redução de prazos de natureza processual luz das garantias constitucionais da ampla defesa e do devido processo legal⁸.

Vale ressaltar, a Corte Superior Eleitoral, no julgamento do Recurso Especial Eleitoral 42-97/GO⁹ firmou tese – com efeitos prospectivos, haja vista a mudança do entendimento anterior¹⁰ – no sentido de não poderá participar da eleição suplementar aquele que deu causa à anulação do pleito ordinário, qualquer que seja o motivo.

Tal impedimento ocorrerá na hipótese de anulação do pleito ordinário em virtude da cassação da chapa ante a prática de ilícito de *natureza eleitoral* (por exemplo, captação ilícita de sufrágio), bem como na hipótese de indeferimento de registro de candidatura em razão de óbice de *natureza pessoal* de integrante da chapa vencedora (por exemplo, ausência de filiação partidária). Parte-se do pressuposto que, sendo possível prever eventual indeferimento de registro, facultada a substituição de candidato, se a opção for prosseguir na disputa “sub judice” na forma do art. 16-A da Lei no 9.504/97¹¹, os players do processo eleitoral terão de suportar consequências oriundas da invalidação dos seus votos, inclusive a determinação de novo escrutínio, do qual *não* poderá participar o candidato anteriormente excluído,

¹ STF, Primeira Turma, RMS 32-368. Acórdão de 09.08.16, rel. Min. Luís Roberto Barroso.

² TSE e AGU firmaram termo de cooperação para regular o ressarcimento aos cofres públicos a ser cobrado em face daquele cuja cassação por ilícitos na campanha tenha dado causa a marcação de novas eleições

³ ED no REspE 139-25. Acórdão de 28.11.2016, rel. Min. Henrique Neves.

⁴ ADI 55-25. Acórdão de 08.03.2018, rel. Min. Luís Roberto Barroso.

⁵ REspE 256-51. Acórdão de 12.04.18, rel. Min. Admar Gonzaga.

⁶ Julgamento em 07.10.15, rel. Min. Teori Zavascki.

⁷ RO 0600086-33/TO. Acórdão de 29.05.18, rel. Min. Tarcísio Vieira de Carvalho Neto.

⁸ AgRg no MS 572-64. Acórdão de 12.05.11, rel. Min. Marcelo Ribeiro.

⁹ REspE 42-97. Acórdão de 11.12.18, rel. Designado Min. Tarcísio Vieira de Carvalho Neto.

¹⁰ “O candidato que deu causa à anulação do pleito não poderá participar das novas eleições, porém tal vedação ocorre em razão da prática de ilícito eleitoral pelo próprio candidato”. REspE 7-20. Acórdão de 04.06.13, rel. Min. Laurita Vaz.

¹¹ “Art. 16-A. O candidato cujo registro esteja sub judice poderá efetuar todos os atos relativos à campanha eleitoral, inclusive utilizar o horário eleitoral gratuito no rádio e na televisão e ter seu nome mantido na urna eletrônica enquanto estiver sob essa condição, ficando a validade dos votos a ele atribuídos condicionada ao deferimento de seu registro por instância superior.”

por questões de lógica, razoabilidade e racionalidade. Entretanto, tal fato não impede e nem poderia impedir que os Partidos Políticos, cuja existência é essencial à democracia, possam lançar outros candidatos, que não aquele que deu causa à eleição, nas eleições suplementares¹².

Da mesma sorte, para os que não deram causa a anulação do pleito, o reconhecimento ou não de determinada hipótese de inelegibilidade para uma eleição não configura coisa julgada para as próximas eleições¹³, eis que pacífica a noção de que o registro de candidatura deve ser renovado a cada pleito, pois não há direito adquirido¹⁴.

Consoante o escólio de José Jairo Gomes, “não se trata de mera renovação do escrutínio anterior. Se assim o fosse, os envolvidos – eleitores e candidatos – deveriam ser os mesmos”¹⁵. Logo, integrantes do Poder Legislativo poderão requerer registro de candidatura na eleição renovada para o cargo majoritário, quando serão verificadas novamente pela Justiça Eleitoral, se preenchem as condições de elegibilidade e, também, se não incorrem em causas de inelegibilidade¹⁶, inclusive aquele parlamentar que tenha assumido interinamente o comando do Poder Executivo como Presidente da Câmara Municipal¹⁷.

Por fim, mesmo diante da nova orientação do TSE, é preciso consignar que, em tese, não haveria óbice à participação do vice porventura cassado no pleito ordinário na condição de “mero beneficiário”, isto é, em virtude da unicidade da chapa, sem que tenha havido cominação expressa de inelegibilidade em seu desfavor, na medida em que: (i) o reconhecimento da inelegibilidade de um dos candidatos não atinge o outro componente da chapa majoritária conforme preceitua o art. 18 da LC nº 64/90, tendo em vista sua natureza personalíssima; (ii) o TSE firmou jurisprudência no sentido de que é inviável a aplicação da sanção de inelegibilidade prevista no art. 22, XIV, da LC nº 64/90 ao mero beneficiário do ato abusivo¹⁸; (iii) de certa forma, o vice ostenta condição de “mero adjunto” no processo de canalização da preferência eleitoral¹⁹; (iv) ausência de qualquer vantagem, haja vista que, até a realização da eleição suplementar, o comando do Poder Executivo será interinamente ocupado pelo Presidente da Câmara de Vereadores; (v) primazia do princípio da soberania popular, de modo a conferir maior alcance de escolha de candidatos por parte do povo, verdadeiro detentor do poder.

¹² REspE 316-96. Acórdão de 28.05.13, rel. Min. Henrique Neves.

¹³ CTA 336-73. Acórdão de 03.11.15, rel. Min. Luciana Lóssio.

¹⁴ ED-AgRg no RO 060068793. Acórdão de 18.12.18, rel. Min. Og Fernandes.

¹⁵ Gomes, José Jairo, *Direito Eleitoral*, 14ª Ed, São Paulo, Atlas, 2018, pág. 949

¹⁶ CTA 17-07. Acórdão de 06.08.09, rel. Min. Marcelo Ribeiro.

¹⁷ REspE 355-55. Acórdão de 25.08.09, rel. Min. Ricardo Lewandowski.

¹⁸ REspE 1042-34. Acórdão de 01.12.15, rel. Min. Henrique Neves

¹⁹ RSspR 83-53. Acórdão de 26.06.18, rel. Designado Min. Luiz Fux

A Constituição é o fundamento dos Recursos Eleitorais, não mais somente o Código Eleitoral

NAGIB SLAIBI FILHO

Sobre o autor:

Nagib Slaibi Filho. Desembargador substituto do TRE-RJ

RESUMO

A Constituição de 1988 é antes de tudo garantidora dos direitos fundamentais. Em razão disso, o processo eleitoral deverá atender aos valores e às normas fundamentais nela estabelecidos. O Código Eleitoral de 1965, herdado do regime anterior, ainda tratava sobre recursos do processo eleitoral de maneira ampla, porque não existia legislação processual nacional. Os Códigos Eleitorais de 1935 e 1965 continham procedimentos no sentido de recurso de impugnação e recurso eleitoral também. Hoje, como decorre do disposto no art. 1º do Código de Processo Civil não é necessário que lei específica eleitoral venha a dispor sobre ações e recursos que não sejam específicos da Justiça Eleitoral.

Palavras chave: código eleitoral, recurso eleitoral, processo eleitoral

ABSTRACT

The 1988 Constitution guarantees primarily fundamental rights. Therefore, the electoral process must meet the values and fundamental norms established in it. The 1965 Electoral Code, inherited from the previous regime, still dealt with appeals from the electoral process broadly, because there was no national procedural law. The Electoral Codes of 1935 and 1965 contained procedures for appeals against appeals and electoral appeals as well. Today, as it follows from the provisions of article 1 of the Code of Civil Procedure there is no need for specific electoral law to provide for actions and appeals that are not specific to Electoral Justice.

Keywords: electoral code, electoral appeal, electoral process

Trinta anos depois de promulgada a Constituição de 5 de outubro, quase todos percebem as características que a distinguem da sua antecessora, principalmente quanto às normas dos direitos e garantias, que agora tem aplicabilidade imediata, enquanto no regime anterior dependia da *interpositio legislatoris*.

Ao instituir o Estado Democrático de Direito, como proclama logo no art. 1º, a Constituição é bem diferente da Carta de 1967/1969, pois se fundou no liberalismo político e não no autoritarismo despótico e estulto, na afirmação da pessoa humana como sujeito e agente de sua história, sem as amarras da opressão, na livre iniciativa no mercado sem o dirigismo estatal, pois, como disse Ulysses Guimarães ao promulgá-la:

A exposição panorâmica da lei fundamental que hoje passa a reger a Nação permite conceituá-la, sinoticamente, como a Constituição coragem, a Constituição cidadã, a Constituição federativa, a Constituição representativa e participativa, a Constituição do Governo síntese Executivo-Legislativo, a Constituição fiscalizadora.

No Título II, dos direitos e garantias fundamentais, afirma no art. 5º, §§ 1º e 2º, que os direitos e garantias fundamentais tem aplicabilidade imediata, desnecessitam de leis que façam aplicá-los, e que não se resumem ao que estão escritos no Texto Magno, mas decorrem de seus princípios, do regime democrático e dos atos internacionais de declaração de direitos subscritos pela República Federativa do Brasil.

O processo vem da Constituição, não da lei processual; antes de tudo é garantia de direitos, tem aplicabilidade imediata, não se restringe à letra escrita na Lei Maior.

Tanto é assim que o Código de Processo Civil de 2015 inaugura os seus dispositivos com a seguinte afirmação:

Art. 1o O processo civil será ordenado, disciplinado e interpretado conforme os valores e as normas fundamentais estabelecidos na Constituição da República Federativa do Brasil, observando-se as disposições deste Código.

Note-se: a ordenação, a disciplina e a interpretação no processo civil, penal, eleitoral, administrativo, ou o que for, atenderão aos valores e às normas fundamentais estabelecidos na Constituição e, no mais, nas disposições da legislação que, evidentemente, não confrontem tais valores e normas.

Dizia Rui Barbosa há mais de um século que a nova Constituição desbasta o direito anterior como rasoura, assim afirmando a supremacia da norma constitucional sobre as normas elaboradas antes de sua vigência.

Também assim no Direito Eleitoral e sua fonte legislativa, o Código Eleitoral decorrente da Lei nº 4.737, de 15 de julho de 1965.

Até hoje, porque herdado do regime anterior, o Código Eleitoral ainda dispõe sobre os recursos do processo eleitoral, ainda que sejam recursos que não são típicos da Justiça eleitoral, como se pode ver nos seus arts. 257 a 282 (v. Anexo).

Qual o motivo que levou nossos Códigos Eleitorais a regular o processo eleitoral desde a Lei nº 48, de 4 de maio de 1935, o nosso 1º Código Eleitoral?

É porque, quando surgiu o Código Eleitoral de 1935, ainda não existia a legislação processual nacional, o que somente veio com o Código de Processo Civil de 1939.

Até então, cada Estado da Federação, nos termos da Constituição de 1891, podia legislar sobre processo civil e penal, o que faziam, aliás, sem ter uma diretiva de patamar superior, salvo disposições esparsas na Constituição, como aquelas referentes ao Habeas Corpus.

Até então, o Direito Eleitoral, e o processo eleitoral, era de competência dos Estados-membros que sobre ele legislavam com bastante liberdade, obedecendo a poucos critérios da Constituição, em sistema que foi introduzido pela Constituição estadunidense de 1787, trazida como paradigma para a nossa primeira Carta Republicana, de 1891, a instituir o federalismo.

Daí porque o Código Eleitoral de 1935 se viu obrigado a dispor longamente sobre os recursos, conforme consta em anexo.

Na mesma linha de orientação do Código de 1935, dispondo sobre temas que já estavam na regra geral do Código de Processo Civil de 1939, o vigente Código Eleitoral dispõe sobre os recursos.

Como se vê nos Códigos Eleitorais de 1935 e 1965, foram considerados recursos não somente os procedimentos de impugnação da decisão na mesma relação processual, como o atual recurso eleitoral, os embargos de declaração, o agravo e outros, como também a impugnação da decisão judicial através da constituição de outra relação processual, a denominada ação de impugnação autônoma, como, por exemplo, a ação rescisória do julgado ou o *habeas corpus*.

Até meados do século XX se vê que o legislador usou promiscuamente os termos recurso e a ação de impugnação como espécies de recurso, como se vê, ainda hoje, no Código de Processo Penal, que considera o *habeas corpus* como recurso.

Já neste início do século XXI, a doutrina pátria, na linha do internacionalismo que cada vez mais impregna os sistemas jurídicos, inclusive o *Civil Law* e o *Common Law*, demarcou perfeitamente os conceitos de ambos, permitindo a sua utilização suplementar ou subsidiária em não raros momentos.

Especialmente sobre os remédios constitucionais, como o mandado de segurança individual e coletivo, cada vez mais é utilizado o mesmo como já se emprega o *habeas corpus*, fungindo recursos ou até mesmo ações autônomas. No conhecido exemplo do Juizado Especial, em que a Lei nº 9.099/95 não prevê expressamente a ação rescisória nem o agravo de instrumento, o que restou aos Tribunais foi admitir a utilização do mandado de segurança, em face dos termos fortes do disposto no art. 5º, LXIX, da Lei Maior, que se refere a sua utilização contra qualquer ilegalidade ou abuso de poder.

Nos anteprojetos do futuro Código Eleitoral, a maioria das disposições sobre recursos não se referem especificamente ao processo eleitoral, mas atendem ao mencionado posicionamento do Código Eleitoral de 1935, forjado justamente quando não existia Código nacional de Processo e quando todos os Estados-membros tinham específicos Códigos de Processo Civil e Penal.

Até existia, então, uma lei nacional sobre processo que, no entanto, vinha do século XIX e já era considerada anacrônica e, certamente, por isso, não foi utilizada como paradigma para a elaboração do Código Eleitoral de 1935.

O novo Código Eleitoral deve, assim, se remeter ao que está disposto no Código de Processo Civil de 2015, de reconhecida superioridade técnico-jurídica, elaborado por comissão presidida pelo Ministro Luiz Fux, oriundo da carreira da magistratura estadual e Juiz Eleitoral de zona eleitoral então com 360.000 eleitores, ocupou o honroso cargo de Presidente do Superior Tribunal Eleitoral.

Fica muito evidente que todo o Direito processual, civil, administrativo, penal, administrativo e certamente o eleitoral está estritamente vinculado aos valores e às normas constitucionais e que as disposições dos Códigos de Processo Civil, Penal, Eleitoral, assim como de outras leis processuais administrativas

A se admitir tal pressuposto, desnecessárias disposições no Código Eleitoral sobre recursos e procedimentos recursais, salvo no que diz respeito ao que é específico do processo eleitoral.

Deve ser ainda considerado que, neste momento histórico da Era Digital, estamos em época de transição dos processos físicos ou analógicos para o processo eletrônico, devendo considerar o anteprojeto de Código Eleitoral, e antes dele a jurisprudência, a existência de normas processuais gerais da lei processual comum, como também as disposições da Lei federal nº 11.419/2006, sobre a Informatização do processo judicial; a Medida provisória nº 2.200-2/2001, de Instituição da Infra-estrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil e as normas do Conselho Nacional de Justiça, notadamente a Resolução nº 185/2013.

O processo eleitoral começou a se informatizar no final da década de 70 do século passado, através da incipiente utilização da Informática na totalização dos votos; em 1986 se procedeu a cadastramentos eletrônicos dos eleitores; em 1996 foi introduzida a urna eletrônica e já agora se dissemina o processo eletrônico através do PJe e de aplicativos vários, dedicados a cada uma das fases do processo eleitoral, desde a habilitação do eleitor até a diplomação do eleito.

Todo o processo eleitoral, e desde a instituição da Justiça Eleitoral em 1934, é judicial e necessita, por sua abrangência e importância para a Democracia representativa, adotar o processamento eletrônico, como, aliás, já se faz nos outros ramos da Justiça nacional.

Com a Constituição de 1988, ficaram os tribunais autorizados a dispor em seus regimentos internos:

Art. 96. Compete privativamente:

I - aos tribunais:

a) eleger seus órgãos diretivos e elaborar seus regimentos internos, com observância das normas de processo e das garantias processuais das partes, dispondo sobre a competência e o funcionamento dos respectivos órgãos jurisdicionais e administrativos;

...

Ressalte-se: *com observância das normas de processo e das garantias processuais das partes*, como consta no art. 96, I, a, significa a obediência principal e quase que inteiramente às normas processuais da própria Constituição e das declarações

internacionais, como, por exemplo, a Declaração Internacional dos Direitos Civis e Políticos, o Pacto de San José da Costa Rica, principalmente.

Os recursos regulados pelo Código de Processo Civil serão os utilizados no processo eleitoral, bem como a ação rescisória, a reclamação e, quanto ao mandado de segurança, o que dispõem a Constituição e a Lei nº 12.016/2009 sobre o seu processamento e ajuizamento.

E quanto ao processo penal, naquilo que for aplicável ao processo eleitoral, assim dispensado o futuro Código Eleitoral de dispor sobre as regras gerais.

Evidentemente que, na aplicação do Direito no processo eleitoral, se houver normas processuais em diplomas normativos superiores aos dos Códigos de Processo Civil e Penal, como a Constituição da República e as leis complementares da Lei de Inelegibilidades, ou do Código Tributário Nacional em tema de execuções fiscais, elas dispõem de natural superioridade normativa, sem que haja necessidade de disposição no Código Eleitoral.

Daí a proposta no sentido de se prever no Projeto de Código Eleitoral uma seção sobre as disposições processuais específicas do processo eleitoral.

A seguir, desde logo, sugerimos dispositivos instituindo normas específicas dos recursos eleitorais:

Art. O processo eleitoral será ordenado, disciplinado e interpretado conforme os valores e as normas fundamentais estabelecidos na Constituição da República Federativa do Brasil, observando-se as disposições deste Código.

Art. Resolução do Tribunal Superior Eleitoral disporá, em cada pleito, sobre a redução dos prazos processuais para atender ao calendário eleitoral, bem como os termos inicial e final de incidência de tal redução.

Art. Os recursos eleitorais não terão efeito suspensivo, que, no entanto, poderá ser concedido pelo relator em casos de urgência e relevância da questão.

Art. Em julgamentos de um mesmo pleito eleitoral, as decisões anteriores sobre questões de direito constituem prejudgados para os demais casos, salvo se contra a tese votarem dois terços dos membros do Tribunal.

Art. Em se tratando de causa que transcenda o interesse individual disponível da parte, cabe ao Ministério Público a legitimação extraordinária subsidiária em caso de desistência ou contumácia da parte.

Art. É cabível recurso ordinário para o Tribunal Superior Eleitoral, das decisões dos Tribunais Regionais Eleitorais que:

I – versarem sobre inelegibilidade ou expedição de diploma nas eleições federais ou estaduais;

II – anulem diplomas ou decretarem a perda de mandatos eletivos federais ou estaduais;

III – denegarem habeas corpus, mandado de segurança, habeas data ou mandado de injunção.

§ 1º. O recurso será interposto mediante petição fundamentada, perante o presidente do Tribunal Regional Eleitoral, no prazo de 5 (cinco) dias.

§ 2º O Presidente, sem realizar juízo de admissibilidade, mandará intimar o recorrido para que, no mesmo prazo da interposição do recurso, ofereça contrarrazões, após a juntada das quais serão os autos remetidos ao Tribunal Superior.

Anexo

Código Eleitoral

Lei nº 48, de 4 de maio de 1935.

Modifica o Código Eleitoral de 1932.

CAPITULO III

DOS RECURSOS

Art. 171. Dos actos, resoluções ou despachos dos juizes singulares caberá recurso, dentro de cinco dias, para o Tribunal Regional.

§ 1º A petição do recurso deverá ser fundamentada e conter a indicação das provas em que se basear o recorrente, que promoverá a citação do recorrido por edital na imprensa, ou affixação em cartorio onde aquella não existir.

§ 2º O juiz recorrido fará, dentro de quarenta e oito horas, subir os autos ao Tribunal Regional com sua resposta e os documentos em que se fundar, se entender que não é caso de reconsiderar a decisão, podendo os interessados, dentro de igual prazo, juntar documentos, e bem assim contrariar os fundamentos do recurso.

§ 3º Ao tomar conhecimento do processo, poderá o Tribunal Regional, sempre que o entender conveniente, attribuir effeito suspensivo ao recurso, dando sciencia ao juiz recorrido,

§ 4º Se as partes houverem protestado por provas, ser-lhes-á concedido, para isso, o prazo improrogavel de quinze dias.

§ 5º Processar-se-á a prova perante membro do Tribunal ou juiz, designado pelo presidente.

§ 6º As partes poderão examinar na secretaria os autos e, terminada a prova, apresentar, dentro de quarenta e oito horas, allegações e documentos, os quaes serão juntos aos autos, mediante despacho do relator.

§ 7º Os autos irão em seguida ao procurador regional pelo prazo de cinco dias.

Art. 172. O recurso de exclusão de eleitor deverá ser decidido no prazo maximo de dez dias.

Paragrapho unico. Confirmada a exclusão, ordenará o Tribunal á secretaria que proceda ao cancellamento da inscripção e communique o facto ao juizo eleitoral do domicilio do recorrente.

Art. 173. O recurso contra expedição de diplomas ou reconhecimento de candidatos, nas eleições federaes e estaduaes, será interposto para o Tribunal Superior, dentro de dois dias contados da sessão em que o presidente do Tribunal Regional proclamar os eleitos, o terá a fôrma e processo estabelecidos por aquelle Tribunal.

Paragrapho unico. Sempre que o Tribunal Regional determinar a realização de novas eleições, o prazo para a interposição do recurso contra a expedição de diplomas contar-se-á da sessão em que, feita a apuração das secções renovadas, fôr proclamado o resultado das eleições supplementares.

Art. 174. O recurso contra a expedição do diplomas ou reconhecimento de candidatos, nas eleições municipaes, será interposto para o Tribunal Regional, dentro de dois dias contados do em que a junta proclamar os eleitos.

§ 1º O recurso será interposto por petição ao juiz presidente ou por termo perante o secretario da junta; e, havendo recusa de despacho da petição ou do tomada do termo, será o recurso interposto perante qualquer escrivão do municipio séde da junta, em presença de duas testemunhas, e feita, immediatamente, por esse serventuaria, communicação, sob registro postal, á junta apuradora, enviando-se certidão do termo para o effeito do estabelecido no § 2 deste artigo. Interposto, assim, o recurso, apresentará o recorrente dentro de dois dias, em um dos dois primeiros casos, e de tres dias no ultimo, as suas allegações e documentos, mencionando expressamente as provas em que se fundar.

§ 2º A parte contraria será intimada por edital publicado na imprensa ou affixado em cartorio onde aquella não existir, e poderá, dentro de quarenta e oito horas dessa intimação, offerecer allegações e documentos, indicando sempre as provas em que se fundar,

§ 3º Processar-se-á a prova perante o presidente da Junta Especial ou perante o relator do Tribunal, a requerimento do interessado.

§ 4º Recebido o processo pelo Tribunal, acompanhado da acta geral da apuração e, de todos os documentos relativos à eleição, será, imediatamente distribuído, apresentando o relator designado, dentro de cinco dias do recebimento delles, relatório e parecer com conclusões precisas.

§ 5º Do relatório terão vista, na secretaria, por quarenta e oito horas, os interessados, conjuntamente. Findo esse prazo, serão produzidas perante o relator, e no prazo improrrogável de cinco dias, as provas pelas quaes se houver protestato na petição ou allegações do recurso,

§ 6º Decidido o recurso expedirá o Tribunal os diplomas.

§ 7º Os partidos poderão, por delegado ou procurador, e durante quinze minutos, defender oralmente o recurso igual direito assistindo ao candidato avulso.

Art. 175. A decisão do Tribunal Regional versará apenas sobre o objecto do recurso.

Art. 176. Sempre que a junta annullar secção, deverá, depois de apurar separadamente os suffragios, recorrer ex-officio para o Tribunal Regional, ao qual competirá determinar nova eleição, fazendo subir os autos dentro do prazo de quarenta e oito horas.

Paragrapho unico. Os recursos ex-officio terão no Tribunal o processo do habeas-corpus.

Art. 177. O recurso de habeas-corpus, a appellação e os recursos no sentido estricto terão a fôrma e o processo estabelecidos na legislação commum.

Paragrapho unico. Nenhuma ordem de habeas-corpus, porém, será concedida sem audiencia da autoridade. coactora, salvo se a demora com a audiencia tornar inutil ou impraticavel a medida.

Art. 178. Para o Tribunal Regional caberá, dentro de quarenta e oito horas, recurso dos actos, resoluções, ou despachos de seu presidente.

Art. 179. Dos actos, resoluções, ou despachos dos tribunaes regionaes, bem como dos das juntas especiaes, caberá, dentro de dez dias, recurso para a instancia supervisor.

Art. 180. O Tribunal Superior, nas decisões proferidas em recursos interpostos contra o reconhecimento de candidatos, tornará, desde logo, extensivo ao resultado geral da eleição os efeitos do julgado, com audiencia dos candidatos interessados,

Art. 181. Dos recursos parciaes sobre a apuração sómente conhecerá o Tribunal Superior quando julgar o recurso geral contra a expedição dos diplomas.

Art. 182. Serão interpostos, dentro de dez dias, quaesquer recursos com prazo não especialmente fixado nesteCodigo, contando-se esse prazo da data da publicação do acto, resolução ou despacho, no orgão official. Onde não houver imprensa, o prazo será contado da sciencia dada aos interessados e certificada nos autos.

[...]

Código Eleitoral

Lei nº 4.737, de 15 de julho de 1965.

Institui o Código Eleitoral.

Art. 257. Os recursos eleitorais não terão efeito suspensivo.

Parágrafo único. A execução de qualquer acórdão será feita imediatamente, através de comunicação por ofício, telegrama, ou, em casos especiais, a critério do presidente do Tribunal, através de cópia do acórdão.

§ 1o A execução de qualquer acórdão será feita imediatamente, através de comunicação por ofício, telegrama, ou, em casos especiais, a critério do presidente do Tribunal, através de cópia do acórdão. (Redação dada pela Lei nº 13.165, de 2015.)

§ 2o O recurso ordinário interposto contra decisão proferida por juiz eleitoral ou por Tribunal Regional Eleitoral que resulte em cassação de registro, afastamento do titular ou perda de mandato eletivo será recebido pelo Tribunal competente

com efeito suspensivo. (Incluído pela Lei nº 13.165, de 2015.)

§ 3º O Tribunal dará preferência ao recurso sobre quaisquer outros processos, ressalvados os de habeas corpus e de mandado de segurança. (Incluído pela Lei nº 13.165, de 2015.)

Art. 258. Sempre que a lei não fixar prazo especial, o recurso deverá ser interposto em três dias da publicação do ato, resolução ou despacho.

Art. 259. São preclusivos os prazos para interposição de recurso, salvo quando neste se discutir matéria constitucional.

Parágrafo único. O recurso em que se discutir matéria constitucional não poderá ser interposto fora do prazo. Perdido o prazo numa fase própria, só em outra que se apresentar poderá ser interposto.

Art. 260. A distribuição do primeiro recurso que chegar ao Tribunal Regional ou Tribunal Superior, prevenirá a competência do relator para todos os demais casos do mesmo município ou Estado.

Art. 261. Os recursos parciais, entre os quais não se incluem os que versarem matéria referente ao registro de candidatos, interpostos para os Tribunais Regionais no caso de eleições municipais, e para o Tribunal Superior no caso de eleições estaduais ou federais, serão julgados à medida que derem entrada nas respectivas Secretarias.

§ 1º Havendo dois ou mais recursos parciais de um mesmo município ou Estado, ou se todos, inclusive os de diplomação já estiverem no Tribunal Regional ou no Tribunal Superior, serão eles julgados seguidamente, em uma ou mais sessões.

§ 2º As decisões com os esclarecimentos necessários ao cumprimento, serão comunicadas de uma só vez ao juiz eleitoral ou ao presidente do Tribunal Regional.

§ 3º Se os recursos de um mesmo município ou Estado deram entrada em datas diversas, sendo julgados separadamente, o juiz eleitoral ou o presidente do Tribunal Regional, aguardará a comunicação de todas as decisões para cumpri-las, salvo se o julgamento dos demais importar em alteração do resultado do pleito que não tenha relação com o recurso já julgado.

§ 4º Em todos os recursos, no despacho que determinar a remessa dos autos à instância superior, o juízo "a quo" esclarecerá quais os ainda em fase de processamento e, no último, quais os anteriormente remetidos.

§ 5º Ao se realizar a diplomação, se ainda houver recurso pendente de decisão em outra instância, será consignado que os resultados poderão sofrer alterações decorrentes desse julgamento.

§ 6º Realizada a diplomação, e decorrido o prazo para recurso, o juiz ou presidente do Tribunal Regional comunicará à instância superior se foi ou não interposto recurso.

Art. 262. O recurso contra expedição de diploma caberá somente nos seguintes casos:

I - inelegibilidade ou incompatibilidade de candidato;

II - errônea interpretação da lei quanto à aplicação do sistema de representação proporcional;

III - erro de direito ou de fato na apuração final, quanto à determinação do quociente eleitoral ou partidário, contagem de votos e classificação de candidato, ou a sua contemplação sob determinada legenda;

IV - concessão ou denegação do diploma, em manifesta contradição com a prova dos autos, na hipótese do art. 222.

IV - concessão ou denegação do diploma em manifesta contradição com a prova dos autos, nas hipóteses do art. 222 desta Lei, e do art. 41-A da Lei nº 9.504, de 30 de setembro de 1997. (Redação dada pela Lei nº 9.840, de 28.9.1999)

Art. 262. O recurso contra expedição de diploma caberá somente nos casos de inelegibilidade superveniente ou de natureza constitucional e de falta de condição de elegibilidade. (Redação dada pela Lei nº 12.891, de 2013.)

I - (revogado); (Redação dada pela Lei nº 12.891, de 2013.)

II - (revogado); (Redação dada pela Lei nº 12.891, de 2013.)

III - (revogado); (Redação dada pela Lei nº 12.891, de 2013.)

IV - (revogado); (Redação dada pela Lei nº 12.891, de 2013.)

Art. 263. No julgamento de um mesmo pleito eleitoral, as decisões anteriores sobre questões de direito constituem prejulgados para os demais casos, salvo se contra a tese votarem dois terços dos membros do Tribunal.

Art. 264. Para os Tribunais Regionais e para o Tribunal Superior caberá, dentro de 3 (três) dias, recurso dos atos, resoluções ou despachos dos respectivos presidentes.

CAPÍTULO II

DOS RECURSOS PERANTE AS JUNTAS E JUÍZOS ELEITORAIS

Art. 265. Dos atos, resoluções ou despachos dos juízes ou juntas eleitorais caberá recurso para o Tribunal Regional.

Parágrafo único. Os recursos das decisões das Juntas serão processados na forma estabelecida pelos artigos. 169 e seguintes.

Art. 266. O recurso independe de termo e será interposto por petição devidamente fundamentada, dirigida ao juiz eleitoral e acompanhada, se o entender o recorrente, de novos documentos.

Parágrafo único. Se o recorrente se reportar a coação, fraude, uso de meios de que trata o art. 237 ou emprego de processo de propaganda ou captação de sufrágios vedado por lei, dependentes de prova a ser determinada pelo Tribunal, bastar-lhe-á indicar os meios a elas conducentes. (Incluído pela Lei nº 4.961, de 4.5.1966)

Art. 267. Recebida a petição, mandará o juiz intimar o recorrido para ciência do recurso, abrindo-se-lhe vista dos autos a fim de, em prazo igual ao estabelecido para a sua interposição, oferecer razões, acompanhadas ou não de novos documentos.

§ 1º A intimação se fará pela publicação da notícia da vista no jornal que publicar o expediente da Justiça Eleitoral, onde houver, e nos demais lugares, pessoalmente pelo escrivão, independente de iniciativa do recorrente.

§ 2º Onde houver jornal oficial, se a publicação não ocorrer no prazo de 3 (três) dias, a intimação se fará pessoalmente ou na forma prevista no parágrafo seguinte.

§ 3º Nas zonas em que se fizer intimação pessoal, se não for encontrado o recorrido dentro de 48 (quarenta e oito) horas, a intimação se fará por edital afixado no fórum, no local de costume.

§ 4º Todas as citações e intimações serão feitas na forma estabelecida neste artigo.

§ 5º Se o recorrido juntar novos documentos, terá o recorrente vista dos autos por 48 (quarenta e oito) horas para falar sobre os mesmos, contado o prazo na forma deste artigo.

§ 6º Findos os prazos a que se referem os parágrafos anteriores, o juiz eleitoral fará, dentro de 48 (quarenta e oito) horas, subir os autos ao Tribunal Regional com a sua resposta e os documentos em que se fundar, salvo se entender de reformar a sua decisão.

§ 6º Findos os prazos a que se referem os parágrafos anteriores, o juiz eleitoral fará, dentro de 48 (quarenta e oito) horas, subir os autos ao Tribunal Regional com a sua resposta e os documentos em que se fundar, sujeito à multa de dez por cento do salário-mínimo regional por dia de retardamento, salvo se entender de reformar a sua decisão. (Redação dada pela Lei nº 4.961, de 4.5.1966)

§ 7º Se o juiz reformar a decisão recorrida, poderá o recorrido, dentro de 3 (três) dias, requerer suba o recurso como se por ele interposto.

CAPÍTULO III

DOS RECURSOS NOS TRIBUNAIS REGIONAIS

Art. 268. No Tribunal Regional nenhuma alegação escrita ou nenhum documento poderá ser oferecido por qualquer das partes.

Art. 268. No Tribunal Regional nenhuma alegação escrita ou nenhum documento poderá ser oferecido por qualquer das partes, salvo o disposto no art. 270. (Redação dada pela Lei nº 4.961, de 4.5.1966.)

Art. 269. Os recursos serão distribuídos a um relator em 24 (vinte e quatro) horas e na ordem rigorosa da antiguidade dos respectivos membros, esta última exigência sob pena de nulidade de qualquer ato ou decisão do relator ou do Tribunal.

§ 1º Feita a distribuição, a Secretaria do Tribunal abrirá vista dos autos à Procuradoria Regional, que deverá emitir parecer no prazo de 5 (cinco) dias.

§ 2º Se a Procuradoria não emitir parecer no prazo fixado, poderá a parte interessada requerer a inclusão do processo na pauta, devendo o Procurador, nesse caso, proferir parecer oral na assentada do julgamento.

Art. 270. Havendo processo incidente, iniciado com fundamento no art. 222, o Tribunal, antes da diplomação, sobre ele se manifestará.

Art. 270. Se o recurso versar sobre coação, fraude, uso de meios de que trata o Art. 237, ou emprego de processo de propaganda ou captação de sufrágios vedado por lei dependente de prova indicada pelas partes ao interpô-lo ou ao impugná-lo, o relator no Tribunal Regional deferi-la-á em vinte e quatro horas da conclusão, realizando-se ela no prazo improrrogável de cinco dias. (Redação dada pela Lei nº 4.961, de 4.5.1966.)

§ 1º Admitir-se-ão como meios de prova para apreciação pelo Tribunal as justificações e as perícias processadas perante o juiz eleitoral da zona, com citação dos partidos que concorreram ao pleito e do representante do Ministério Público. (Incluído pela Lei nº 4.961, de 4.5.1966.)

§ 2º Indeferindo o relator a prova, serão os autos, a requerimento do interessado, nas vinte e quatro horas seguintes, presentes à primeira sessão do Tribunal, que deliberará a respeito. (Incluído pela Lei nº 4.961, de 4.5.1966.)

§ 3º Protocoladas as diligências probatórias, ou com a juntada das justificações ou diligências, a Secretaria do Tribunal abrirá, sem demora, vista dos autos, por vinte e quatro horas, seguidamente, ao recorrente e ao recorrido para dizerem a respeito. (Incluído pela Lei nº 4.961, de 4.5.1966.)

§ 4º Findo o prazo acima, serão os autos conclusos ao relator. (Incluído pela Lei nº 4.961, de 4.5.1966.)

Art. 271. O relator devolverá os autos à Secretaria no prazo improrrogável de 8 (oito) dias para, nas 24 (vinte e quatro) horas seguintes, ser o caso incluído na pauta de julgamento do Tribunal.

§ 1º Tratando-se de recurso contra a expedição de diploma, os autos, uma vez devolvidos pelo relator, serão conclusos ao juiz imediato em antiguidade como revisor, o qual deverá devolvê-los em 4 (quatro) dias.

§ 2º As pautas serão organizadas com um número de processos que possam ser realmente julgados, obedecendo-se rigorosamente a ordem da devolução dos mesmos à Secretaria pelo Relator, ou Revisor, nos recursos contra a expedição de diploma, ressalvadas as preferências determinadas pelo regimento do Tribunal.

Art. 272. Na sessão do julgamento, uma vez feito o relatório pelo relator, cada uma das partes poderá, no prazo improrrogável de dez minutos, sustentar oralmente as suas conclusões.

Parágrafo único. Quando se tratar de julgamento de recursos contra a expedição de diploma, cada parte terá vinte minutos para sustentação oral.

Art. 273. Realizado o julgamento, o relator, se vitorioso, ou o relator designado para redigir o acórdão, apresentará a redação dêste, o mais tardar, dentro em 5 (cinco) dias.

§ 1º O acórdão conterá uma síntese das questões debatidas e decididas.

§ 2º Sem prejuízo do disposto no parágrafo anterior, se o Tribunal dispuser de serviço taquigráfico, serão juntas ao processo as notas respectivas.

Art. 274. O acórdão, devidamente assinado, será publicado, valendo como tal a inserção da sua conclusão no órgão oficial.

§ 1º Se o órgão oficial não publicar o acórdão no prazo de 3 (três) dias, as partes serão intimadas pessoalmente e, se não forem encontradas no prazo de 48 (quarenta e oito) horas, a intimação se fará por edital afixado no Tribunal, no local de costume.

§ 2º O disposto no parágrafo anterior aplicar-se-á a todos os casos de citação ou intimação.

~~Art. 275. São admissíveis embargos de declaração:~~

~~I - quando há no acórdão obscuridade, dúvida ou contradição;~~

~~II - quando fôr omitido ponto sobre que devia pronunciar-se o Tribunal.~~

Art. 275. São admissíveis embargos de declaração nas hipóteses previstas no Código de Processo Civil. (Redação dada pela Lei nº 13.105, de 2015) (Vigência)

§ 1º Os embargos serão opostos dentro em 3 (três) dias da data da publicação do acórdão, em petição dirigida ao relator, na qual será indicado o ponto obscuro, duvidoso, contraditório ou omissivo.

§ 1o Os embargos de declaração serão opostos no prazo de 3 (três) dias, contado da data de publicação da decisão embargada, em petição dirigida ao juiz ou relator, com a indicação do ponto que lhes deu causa. (Redação dada pela Lei nº 13.105, de 2015.) (Vigência.)

§ 2º O relator porá os embargos em mesa para julgamento, na primeira sessão seguinte proferindo o seu voto.

§ 2o Os embargos de declaração não estão sujeitos a preparo. (Redação dada pela Lei nº 13.105, de 2015.) (Vigência.)

§ 3º Vencido o relator, outro será designado para lavrar o acórdão.

§ 3o O juiz julgará os embargos em 5 (cinco) dias. (Redação dada pela Lei nº 13.105, de 2015.) (Vigência.)

§ 4º Os embargos de declaração suspendem o prazo para a interposição de outros recursos, salvo se manifestamente protelatórios e assim declarados na decisão que os rejeitar.

§ 4o Nos tribunais: (Redação dada pela Lei nº 13.105, de 2015.) (Vigência.)

I - o relator apresentará os embargos em mesa na sessão subsequente, proferindo voto; (Incluído pela Lei nº 13.105, de 2015.) (Vigência.)

II - não havendo julgamento na sessão referida no inciso I, será o recurso incluído em pauta; (Incluído pela Lei nº 13.105, de 2015.) (Vigência.)

III - vencido o relator, outro será designado para lavrar o acórdão. (Incluído pela Lei nº 13.105, de 2015.) (Vigência.)

§ 5o Os embargos de declaração interrompem o prazo para a interposição de recurso. (Incluído pela Lei nº 13.105, de 2015.) (Vigência.)

§ 6o Quando manifestamente protelatórios os embargos de declaração, o juiz ou o tribunal, em decisão fundamentada, condenará o embargante a pagar ao embargado multa não excedente a 2 (dois) salários-mínimos. (Incluído pela Lei nº 13.105, de 2015.) (Vigência.)

§ 7o Na reiteração de embargos de declaração manifestamente protelatórios, a multa será elevada a até 10 (dez) salários-mínimos. (Incluído pela Lei nº 13.105, de 2015.) (Vigência.)

Art. 276. As decisões dos Tribunais Regionais são terminativas, salvo os casos seguintes em que cabe recurso para o Tribunal Superior:

I - especial:

a) quando forem proferidas contra expressa disposição de lei;

b) quando ocorrer divergência na interpretação de lei entre dois ou mais tribunais eleitorais.

II - ordinário:

a) quando versarem sobre expedição de diplomas nas eleições federais e estaduais;

b) quando denegarem habeas corpus ou mandado de segurança.

§ 1º É de 3 (três) dias o prazo para a interposição do recurso, contado da publicação da decisão nos casos dos nº I, letras

a e b e II, letra b e da sessão da diplomação no caso do nº II, letra a.

§ 2º Sempre que o Tribunal Regional determinar a realização de novas eleições, o prazo para a interposição dos recursos, no caso do nº II, a, contar-se-á da sessão em que, feita a apuração das sessões renovadas, fôr proclamado o resultado das eleições suplementares.

Art. 277. Interposto recurso ordinário contra decisão do Tribunal Regional, o presidente poderá, na própria petição, mandar abrir vista ao recorrido para que, no mesmo prazo, ofereça as suas razões.

Parágrafo único. Juntadas as razões do recorrido, serão os autos remetidos ao Tribunal Superior.

Art. 278. Interposto recurso especial contra decisão do Tribunal Regional, a petição será juntada nas 48 (quarenta e oito) horas seguintes e os autos conclusos ao presidente dentro de 24 (vinte e quatro) horas.

§ 1º O presidente, dentro em 48 (quarenta e oito) horas do recebimento dos autos conclusos, proferirá despacho fundamentado, admitindo ou não o recurso.

§ 2º Admitido o recurso, será aberta vista dos autos ao recorrido para que, no mesmo prazo, apresente as suas razões.

§ 3º Em seguida serão os autos conclusos ao presidente, que mandará remetê-los ao Tribunal Superior.

Art. 279. Denegado o recurso especial, o recorrente poderá interpor, dentro em 3 (três) dias, agravo de instrumento.

§ 1º O agravo de instrumento será interposto por petição que conterá:

I - a exposição do fato e do direito;

II - as razões do pedido de reforma da decisão;

III - a indicação das peças do processo que devem ser trasladadas.

§ 2º Serão obrigatoriamente trasladadas a decisão recorrida e a certidão da intimação.

§ 3º Deferida a formação do agravo, será intimado o recorrido para, no prazo de 3 (três) dias, apresentar as suas razões e indicar as peças dos autos que serão também trasladadas.

§ 4º Concluída a formação do instrumento, o presidente do Tribunal determinará a remessa dos autos ao Tribunal Superior, podendo, ainda, ordenar a extração e a juntada de peças não indicadas pelas partes.

§ 5º O presidente do Tribunal não poderá negar seguimento ao agravo, ainda que interposto fora do prazo legal.

§ 6º Se o agravo de instrumento não fôr conhecido, porque interposto fora do prazo legal, o Tribunal Superior imporá ao recorrente multa correspondente a valor do maior salário-mínimo vigente no País, multa essa que será inscrita e cobrada na forma prevista no art. 367.

§ 7º Se o Tribunal Regional dispuser de aparelhamento próprio, o instrumento deverá ser formado com fotocópias ou processos semelhantes, pagas as despesas, pelo preço do custo, pelas partes, em relação às peças que indicarem.

CAPÍTULO IV

DOS RECURSOS NO TRIBUNAL SUPERIOR

Art. 280. Aplicam-se ao Tribunal Superior as disposições dos artigos. 268, 269, 270, 271 (caput), 272, 273, 274 e 275.

Art. 281. São irrecorríveis as decisões do Tribunal Superior, salvo as que declararem a invalidade de lei ou ato contrário à Constituição Federal e as denegatórias de "habeas corpus" ou mandado de segurança, das quais caberá recurso ordinário para o Supremo Tribunal Federal, interposto no prazo de 3 (três) dias.

§ 1º Juntada a petição nas 48 (quarenta e oito) horas seguintes, os autos serão conclusos ao presidente do Tribunal, que, no mesmo prazo, proferirá despacho fundamentado, admitindo ou não o recurso.

§ 2º Admitido o recurso será aberta vista dos autos ao recorrido para que, dentro de 3 (três) dias, apresente as suas razões.

§ 3º Findo esse prazo os autos serão remetidos ao Supremo Tribunal Federal.

Art. 282. Denegado recurso, o recorrente poderá interpor, dentro de 3 (três) dias, agravo de instrumento, observado o disposto no Art. 279 e seus parágrafos, aplicada a multa a que se refere o § 6º pelo Supremo Tribunal Federal.

Por um retrospecto dos conceitos Jusfilosóficos de soberania

VOLGANE OLIVEIRA CARVALHO

Sobre o autor:

Volgane Oliveira Carvalho. Mestre em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (PUCRS). Analista Judiciário do Tribunal Regional Eleitoral do Maranhão. Membro da Academia Brasileira de Direito Eleitoral e Político (ABRADEP). Professor de Cursos de Graduação e Pós-Graduação.

RESUMO

A ideia de soberania surgiu como forma de legitimar a existência dos Estados Nacionais na transição do medievo para a modernidade, seu conceito tem evoluído desde então. Inicialmente seus teóricos como Bodin e Hobbes procuravam caminhos para legitimar governos absolutistas, adiante, Rousseau realiza uma pequena revolução e aloca a soberania nas mãos do povo. Kant, por outro lado, compreende que a busca da paz mundial passa por limitações à soberania e Rawls bebe nesta mesma fonte, contudo, pretende limitar os poderes dos Estados para garantir a concreta realização dos direitos humanos. A evolução social experimentada nos últimos anos produziu mudanças efetivas no direito internacional, assim a defesa dos direitos humanos passou ao centro da ribalta mundial e as ideias relacionadas à soberania relativizadas.

Palavras chave: Soberania; direitos humanos; participação política.

ABSTRACT

The idea of sovereignty emerged as a way of legitimizing the existence of National States in the transition from medieval to modernity, its concept has evolved since then. Initially his theorists like Bodin and Hobbes were looking for ways to legitimize absolutist governments, later Rousseau makes a small revolution and allocates sovereignty in the hands of the people. Kant, on the other hand, understands that the pursuit of world peace goes through limitations on sovereignty and Rawls drinks from the same source, however, intends to limit the powers of states to ensure the concrete realization of human rights. The social evolution experienced in recent years has produced effective changes in international law, so the defense of human rights has moved to the center of the world spotlight and relativized ideas regarding sovereignty.

Keywords: sovereignty; human rights; political participation.

INTRODUÇÃO

1 A FORMAÇÃO FILOSÓFICA DO CONCEITO DE SOBERANIA

A gênese dos primeiros Estados Nacionais em fins do período medieval, como referido, criou estruturas precárias de organização que necessitavam de uma amalgama que lhe dotasse da necessária solidez e garantisse a continuidade do modelo.

Nesse cenário, diferentes filósofos debruçando-se sobre o tema elaboraram teses que tinham por escopo justificar nos ambientes externo e interno esta nova realidade. Aos agentes exógenos era preciso demonstrar a independência e auto-organização dos povos sob esta forma inovadora; aos patrícios era preciso justificar a concentração de poder nas mãos do soberano. Dessa necessidade surgem as primeiras teorias acerca da soberania.

1.1 BODIN: ABSOLUTISMO E PERPETUIDADE

Jean Bodin (1530-1596) foi um pensador francês que escreveu seu nome na história da Ciência Política ocidental por ser o primeiro teórico a dedicar-se de modo sistemático ao estudo da soberania, especialmente com edição, em 1576, de *Les Six Livres de la Republique*. Publicado em período de incertezas em que protestantes e católicos digladiavam-se pelo poder no nascente Estado francês, a obra serviu de forja para a criação e consolidação de governo uno que pudesse submeter os dois grupos religiosos.

As ideias por ele defendidas apontavam inequivocamente para a soberania como um poder absoluto e perpétuo. Ademais, havia uma confusão indissociável entre a soberania do Estado e o poder do soberano. Esta definição serviu como base para a construção e legitimação do regime absolutista francês que atingiu seu apogeu um século depois durante o reinado de Luís XIV, o Rei Sol.

Nesse diapasão a soberania alongava-se no tempo e não se referia apenas a um governo ou governante, mas sim à própria existência e organização do poder político em um Estado ao longo de sua história. Desta maneira, não se pode reconhecer como soberano um governo passageiro que foi designado apenas para resolver um problema pontual, vencer uma guerra, por exemplo.

O caráter absoluto, por outro lado, refere a impossibilidade de o soberano submeter-se às leis positivas, às leis terrenas, entretanto, não pode ser confundido com poder ilimitado. Embora o soberano não se submeta às amarras das leis terrenas, tem de reverenciar as leis divinas, as leis naturais. O soberano deve respeito às normas que emanam de Deus, o *summa potestas*, o poder indiscutível e extraterreno que governa a todas as pessoas.

Conforme relata Norberto Bobbio (2001, p. 96):

[...] o soberano, detentor do poder de fazer leis válidas em todo o país, não está sujeito a essas mesmas leis, porque 'não pode dar ordens a si mesmo'. Contudo, como todos os outros seres humanos, o soberano está sujeito às leis que não dependem da vontade dos homens – isto é, às leis naturais e divinas. [...] Outros limite ao poder soberano são impostos pelas leis fundamentais do Estado – que hoje chamaríamos de leis constitucionais.

O estrato do pensamento de Bodin legitima, portanto, a Teoria do Direito Divino, segundo a qual o governante absolutista poderia agir como melhor lhe aprouvesse na administração do Estado, vez que seu poder emanaria diretamente de Deus e não encontraria parâmetro de igualdade na realidade terrena.

Esse pensamento é fortalecido ainda mais com o estabelecimento de outra característica ao poder soberano: a indivisibilidade. Assim, a soberania estaria centrada apenas nas mãos do governante, cabendo a ele tomar todas as decisões de Estado, fossem administrativas, fossem legislativas. Vale frisar, uma vez mais, que estas ações seriam indiscutíveis e não poderiam ser contestadas, tendo em vista que viriam, em última instância, diretamente de um ente divino.

1.2 HOBBS: TODO PODER AO REI

Thomas Hobbes (1588-1679) viveu em uma Inglaterra que buscava a consolidação de seu *status quo* nacional, após sucessivas dinastias e grandes instabilidades institucionais. Em sua formação trabalhou com Francis Bacon e na maturidade produziu o clássico “Leviatã”.

O pensamento de Hobbes seguia a mesma linha de Bodin no que diz respeito à soberania, contudo, considerava ainda mais amplo o seu espectro de ação, determinando que o soberano não estava preso a limitações de qualquer natureza, enquanto o pensador francês alocava o poder divino e as leis naturais acima do poder do dirigente estatal.

Para o inglês não se pode deixar de reconhecer a existência de um poder atemporal, consistente nas leis superiores que regulam a existência humana e emanam diretamente de Deus. Contudo, compreende que tais normas de direito natural não podem ser interpretadas sob o mesmo prisma aplicável às leis humanas, que possuem natureza positiva.

É dizer, as leis divinas focam-se na criação de obrigações morais, deveres de cunho interno e de natureza espiritual que devem ser seguidas por todos os indivíduos, inclusive o soberano, contudo, não podem ser materializadas externamente, não se manifestam no viver cotidiano dos indivíduos, daí a impossibilidade de servirem como elemento limitador da soberania.

Assim, “Quer a soberania fosse de origem institucional, patrimonial ou despótica, os direitos do Soberano eram os mesmos, absolutos. O Soberano estava acima das leis, já que era ela que as estabelecia. O Soberano estava acima da justiça, já que era ele quem definia o justo e o injusto” (COSTA, 2001, p. 101).

1.3 ROUSSEAU: O POVO E A VONTADE GERAL

Jean-Jacques Rousseau (1712-1778) foi um importante filósofo suíço que se notabilizou por ser um dos artífices do pensamento iluminista, exercendo forte influência na política europeia do século XVIII e sendo inspirador de movimentos revolucionários como a Revolução Francesa de 1789. A sociedade em que viveu o genebrino vivia uma forte tensão entre o estado de decadência da nobreza e a crescente riqueza da burguesia, o que resultava em um meio de cultura para movimentos de luta pela liberdade e igualdade.

No que diz respeito, especificamente à soberania Rousseau inova ao defender que sua titularidade não cabe ao soberano, mas sim ao povo. Esta quebra de paradigma traz embutida em si uma série de consequências, dentre as quais se pode destacar a gênese de uma teoria do poder temporal, sepultando a caduca teoria do direito divino vigente no pensamento sócio-político até então.

Esse posicionamento revoluciona a compreensão de poder até então utilizada e contribui de forma decisiva para sepultar o ideário absolutista, sem, entretanto, evoluir para um indesejado estado anárquico, vez que ainda era necessário justificar a existência de um governo. Assim, embora detentores da soberania os indivíduos abdicam de seus poderes transferindo a um terceiro a capacidade de administração e gênese de um corpo normativo.

Em suma, a soberania seria resultado da vontade geral, aquilo que suplanta os desejos e ímpetos individuais de cada pessoa em busca de uma ordem mínima que possa permitir a vida em sociedade, o bem comum.

[...] segundo Rousseau é preciso considerar que o cidadão presta seu consentimento a todas às leis, inclusive àquelas que são aprovadas contra sua vontade e até mesmo às que o punem, pois, quando uma lei é proposta na assembleia do povo, o que perguntam não é se aprovam ou se rejeitam a proposta, mas se estão ou não de acordo com a vontade geral. (VILLAS BÔAS FILHO, 2008, p. 99)

Assim, as estruturas de poder necessárias à manutenção de um Estado seriam resultado de um pacto, nas palavras de Rousseau uma espécie de contrato social, firmado entre o povo e o soberano, uma via de mão dupla em que o cidadão sede sua parcela de poder a fim de legitimar seus direitos e seu respectivo exercício e compromete-se a adimplir seus deveres.

A obra de Rousseau, entretanto, peca por não reconhecer o direito ao voto como o mecanismo mais adequado para a consolidação da soberania popular, contudo, cria as bases teóricas para que seus sucessores fortalecessem esta compreensão.

1.4 KANT: O CAMINHO PARA A PAZ

Immanuel Kant (1724-1804) é comumente apontado como um dos últimos defensores do jusnaturalismo e influencia de modo vigoroso o neoconstitucionalismo, tendo elaborado vastíssima obra acerca da epistemologia e ética; jamais se ausentou de sua cidade natal e ainda assim produziu textos de cunho universal e atemporal.

Em uma obra notável em que buscava a análise de mecanismos pelos quais se poderia perpetuar a paz no planeta estabelece um tracejado daquilo que poderia ser no futuro a Liga das Nações e, mais recentemente, a Organização das Nações Unidas, mas que ele cognominou de federação da paz.

Em “A paz perpétua e outros opúsculos”, Kant analisa a soberania sobre a ótica externa, criando as bases para a constituição do direito internacional. Desta maneira, a soberania refere-se à capacidade de um povo determinar-se

livremente, inclusive comportando-se de modo beligerante frente a outros Estados na defesa dos interesses internos.

[...] cada Estado coloca antes a sua soberania (pois a soberania popular é uma expressão absurda) precisamente em não se sujeitar a nenhuma coacção legal externa e o fulgor do chefe de Estado consiste em ter à disposição muitos milhares que, sem ele próprio se pôr em perigo, se deixam sacrificar por uma coisa que em nada lhes diz respeito. (KANT, 2008, p. 143-144)

O pensamento kantiano apresenta como solução duradoura para as guerras e escaramuças que assolam os Estados, uma espécie de pacto multinacional em que cada um dos envolvidos abdicaria de uma parcela de sua soberania para criar um estado de paz duradoura.

Surgem, pois elementos que consideram viável a descon sideração da soberania nacional em busca da defesa de valores supremos e comuns a toda a humanidade como a paz e o bem-estar coletivo.

1.5 RAWLS: LIMITAÇÕES NECESSÁRIAS À SOBERANIA

O norte-americano John Rawls (1921-2002) popularizou-se pela concepção de uma “Teoria da Justiça” em que aponta a democracia constitucional como terra fértil para o florescimento da verdadeira justiça. Segundo Rawls a ideia clássica de soberania das nações em que o poder de mando está centrado nas mãos de um dirigente estatal que é fiscalizado ou auxiliado por um Poder Legislativo não é suficiente para satisfazer as necessidades das populações de hodiernas.

Há séculos o modelo funcionou de modo eficaz por servir, a um só tempo, como mecanismo de apascentamento dos interesses e conflitos internos de uma nação e defesa no plano externo contra o açoitamento dos inimigos. A atualidade aponta para uma maioria absoluta de Estados solidamente consolidados e respeitados do plano de vista externo, as beligerâncias fronteiriças diminuíram drasticamente e em sua maioria resultam de questões históricas ou religiosas mal resolvidas.

Contudo, a soberania, de modo indevido, tem sido utilizada como escudo para permitir que um regime possa massacrar seu próprio povo, valendo-se da sua capacidade de autogoverno e legitimação interna (RAWLS, 2004). Nesse diapasão, a soberania dos Estados e de seus respectivos governos comportaria limitações externas oriundas de princípios superiores de defesa da própria humanidade, a fim de proteger os indivíduos da ação nefasta de seus governantes, evitando catástrofes como ocorrido no passado com certos governos totalitários. Esta limitação emanaria de um “direito dos povos”.

Um exército não pode se usado contra seu próprio povo. Os princípios da justiça nacional permitem uma força policial para manter a ordem interna e um judiciário e outras instituições para sustentar o estado de direito. [...] A base desse direito depende do Direito dos Povos, ainda a ser formulado. Esse Direito, como veremos, restringirá a soberania ou autonomia (política) interna de um Estado, o seu alegado direito de fazer o que quiser como o povo dentro de suas fronteiras. (RAWLS, 2004, p. 34)

Esse Direito dos Povos imaginado por Rawls permitiria, por exemplo, que a comunidade internacional, descon siderando a soberania interna, intervisse em um determinado Estado a fim de resguardar os direitos e interesses da população que estivessem sendo atingidos de modo indevido pelo poder central.

2 A NECESSÁRIA PARTIÇÃO DO CONCEITO DE SOBERANIA

As ideias que gravitam em torno da soberania foram lapidadas ao longo dos séculos, contudo, nos primeiros anos não houve grande distanciamento das balizas originariamente estabelecidas ainda no século XV. Por outro lado, em meados do século XVIII em decorrência das Revoluções Burguesas que varreram a Europa e América do Norte ganha fôlego uma nova concepção para o termo soberania.

Lastreado principalmente no pensamento de Rousseau, a soberania passa a ser compreendida como um poder naturalmente concedido ao povo de um Estado, consistente, concretamente, na capacidade de influir nos destinos da Nação, seja legitimando ou escolhendo seus representantes, seja participando diretamente das decisões de governo. Desta maneira, um governo precisaria de respaldo da sociedade para ser legítimo.

É indiscutível que esse é um conceito de soberania ainda válido e aplicável hodiernamente, estando, inclusive, inculpido na Carta Magna, entretanto, é essencial que se estabeleça, desde logo, uma diferença nítida entre as duas possibilidades.

No regime jurídico brasileiro atual, e em grande parte das nações, as Constituições cuidam de delimitar com clareza a existência de parâmetros para a compreensão e interpretação da soberania, deste modo seria aceitável falar-se em soberania popular e soberania nacional.

A soberania popular coaduna com o pensamento emergido no período revolucionário do século XVIII e refere à necessidade de a população de um determinado Estado legitimar seu governo através de diversos mecanismos de escolha como as eleições ou de participar, em certas oportunidades, da tomada de decisões administrativas ou legislativas.

A soberania nacional, por seu turno, relaciona-se com a legitimidade que o governo tem para administrar o Estado, o poder intrínseco do governante de decidir os destinos da nação e de seu povo. Este poder espelha-se, também, em um plano externo através do necessário, ou ao menos prudente, reconhecimento da existência do Estado e da legitimidade de seu governo pela comunidade internacional. Este sentido da palavra enraizou-se de tal modo na sociedade que produziu, inclusive, a expressão “soberano” para referir-se aos Chefes de Estado, aos indivíduos que conduzem os destinos de um país.

Segundo Jorge Miranda (2009, p. 124), entretanto, existem diferentes teorias acerca dos meios de concretização da soberania:

As teses clássicas são as legislativas e as executivas: as primeiras encontram a essência da soberania da lei (assim Bodin, Locke, Rousseau), as segundas no momento da execução ou da coerção (assim, Hobbes). E também há quem ligue a soberania ao poder de emitir moeda, ao lançar impostos, ao de punir ou ao de recrutar tropas. Assim há quem sustente que o soberano é quem decreta o estado de exceção (Carl Schmitt).

A evolução histórica, política e filosófica do conceito de soberania acompanha *pari passu* as próprias vicissitudes da sociedade e deve ser interpretada segundo o *Zeitgeist*. Não se pode negar, entretanto, que os diferentes Estados aplicam em suas realidades internas os conceitos da forma mais conveniente aos seus interesses, exemplo disto é a sobrevivência nos tempos atuais de países teocráticos que assentem com o pensamento de Bodin e Hobbes, reconhecendo pequenas concessões. Por outro lado, emergem organismos internacionais que agem balizados pelas ideias de Kant e Rawls.

Contudo, é necessário perceber que o poder soberano deve ser exercido buscando um bem comum, agindo com a coercitividade necessária para pacificar os humores sociais, mas sempre em busca do bem da coletividade.

Quando o Estado caminha no terreno do bem comum, a obediência dos súditos torna-se fácil, obtida pela persuasão, o imperativo de um dever e jamais a imposição de uma vontade arbitrária. E sua existência depende, afinal, mais do seu poder de convicção que propriamente de seu poder de ação. Quando o Estado conforma-se com seu fim, sua força torna-se justa, ou melhor, jurídica. (PAUPÉRIO, 1987, p.62)

A soberania como poder de escolha da população de um país deve estar aliada aos valores da democracia e da liberdade. Os modelos absolutistas apresentados no século XVI não coadunam com as necessidades contemporâneas dos cidadãos.

O modelo autoritário de governo, em que a participação popular através do voto e de outros mecanismos de manifestação política direta como plebiscitos, referendos, iniciativa popular de leis, *recall*, etc. é excluída ou reduzida à ficção, não têm espaço na atualidade.

O poder dado ao soberano, ao administrador do Estado, decorre da vontade e aceitação dos cidadãos e se submete a esta mesma vontade. Além disso, até mesmo o ambiente externo tem-se rechaçado a existência de um conceito de soberania que ignore os anseios sociais e a existência de limites.

A clássica idéia de soberania como poder supremo, absoluto, que não admite nenhum outro maior que si, não mais se sustenta diante da realidade das relações internacionais. A idéia de um poder soberano cuja legitimação e limites encontram-se exclusivamente na norma por ele criada e aplicada entra em confronto com a convivência internacional das últimas décadas e o irrompimento do fenômeno da globalização. (TOMAZ, 2004, p.147)

A existência de conceitos diferentes de soberania destinados ao ambientes externo e à realidade interna atende à necessidade de classificação e alocação de diferentes formas e fontes de poder. O poder de autodeterminação e independência de um povo no cenário internacional, não se confunde com o poder que permite a um soberano governar um país.

É certo, entretanto, que os dois conceitos são regidos por uma mesma norma motriz: o respeito aos direitos humanos. Assim, quando se exige da soberania atualmente o respeito e concretização dos direitos fundamentais pretende-

-se, a um só tempo, estabelecer limites ao poder de um soberano no plano internacional e fortalecer a participação popular no processo de escolha dos líderes de um país, fomentando o modelo democrático e o respeito à vontade geral da população.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O conceito de soberania tem evoluído fortemente nos últimos séculos amoldando-se às realidades sociais e aos modelos governamentais que têm se sucedido desde então. Nesta crescente parte-se de um parâmetro personalista centrado exclusivamente no soberano (Bodin e Hobbes) até chegar-se na massificação da soberania e sua concretização pelos cidadãos (Rousseau).

De outra banda, o fortalecimento dos conceitos também foi acompanhado pela defesa de necessárias concessões em defesa dos interesses de toda a humanidade, deste modo, a defesa da paz perpétua (Kant) e dos direitos humanos (Rawls) também a passa pela fixação de um conceito mais maleável de soberania.

Nesse contexto, a soberania, seja quando compreendida como independência de uma país no plano internacional, seja quando vista como origem do poder interno, cada vez mais deve reger-se pela defesa dos direitos fundamentais, fortalecimentos da democracia e incremento da participação popular nos processos decisórios nacionais.

REFERÊNCIAS

- BOBBIO, Norberto. **A teoria das formas de governo**. Sérgio Bath (trad.). 10. ed. Brasília: UnB, 2001.
- COSTA, Nelson Nery. **Curso de ciências políticas**. Rio de Janeiro: Forense, 2001.
- KANT, Immanuel. **A paz perpétua e outros opúsculos**. Trad. Artur Morão. Lisboa: Edições 70, 2008.
- MIRANDA, Jorge. **Teoria do Estado e da Constituição**. 2. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2009.
- PAUPÉRIO, Antônio Machado. **Anatomia do Estado**. Rio de Janeiro: Forense, 1987.
- RAWLS, John. **O direito dos povos**: seguido de “A idéia de razão pública revista”. Trad. Luis Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2004.
- TOMAZ, Carlos Alberto Simões de. Metamorfoses nos conceitos de direito e soberania. O princípio da complementaridade. O Tribunal Penal Internacional e a Constituição. **Revista ESMAFE: Escola de Magistratura Federal da 5ª Região**. Recife, n. 8, p. 137-162, 2004.
- VILLAS BÔAS FILHO, Orlando. Jean-Jacques Rousseau: a supremacia da vontade geral, a unidade do corpo moral e coletivo e a sobrecarga ética do cidadão. **Prisma Jurídico**. São Paulo, v. 7, n. 1. p. 93-108, jan./jun, 2008.

Mutações Constitucionais e os processos de reforma

WALBER DE MOURA AGRA
RENATO RIBEIRO DE ALMEIDA

Sobre os autores:

Walber de Moura Agra. Mestre pela UFPE. Doutor pela UFPE e pela Uni Università degli Studio di Firenze. Pós-Doutor pela Université Montesquieu Bordeaux. Professor da Universidade Federal do Estado de Pernambuco. Professor Visitante da Università degli Studio di Lecce. Procurador do Estado de Pernambuco. Advogado.

Renato Ribeiro de Almeida. Mestre em Direito Político e Econômico pela Universidade Presbiteriana Mackenzie. Doutor em Direito do Estado pela Faculdade de Direito da USP. Membro da Academia Brasileira de Direito Eleitoral e Político. Membro da Comissão de Direito Eleitoral da OAB-SP. Professor de pós-graduação em diversos cursos. Advogado.

RESUMO

A Constituição, com a conceituação que concebemos atualmente, provém do racionalismo do século XVIII. Historicamente, ela funcionou como a ferramenta para sepultar o absolutismo feudal. A Constituição seria o substrato de validade das demais normas jurídicas, formando uma estrutura vertical, em que a norma inferior seria validada pela superior. Ela legitima os detentores do poder político, mantendo o status quo. Contudo, nenhum texto pode ser mantido eternamente da forma original como foi implementado. Toda vez que há uma modificação nos fatos sociais, ocorre um envelhecimento das leis, porque não acompanham *pari passu* os eventos ocorridos. Para manter a simetria das normas com os fatos, quando houver uma modificação e a força normativa indispor de capacidade de regulamentação, é chegada a hora da modernização das normas. Uma Constituição tem uma maior duração enquanto mantém entrelaçados o fato e a norma. Como o desenrolar dos fatos tem uma velocidade assombrosa em uma sociedade pós-moderna, esse tipo de Lei Maior passa a ser importante unicamente em uma perspectiva histórica. Se quem cria a Constituição é o Poder Constituinte Originário, apenas este mesmo poderia modificá-la. A contribuição deste artigo está na apresentação das diferentes formas de mutação do texto constitucional e os conseqüentes processos de reforma.

Palavras chave: Constituição; Reforma Constitucional; Modernização das Normas.

ABSTRACT

The Constitution comes from 18th century rationalism. Historically, it has functioned as the tool to stop feudal absolutism. The Constitution is the substratum of validity of all legal norms, forming a vertical structure, in which the inferior norm would be validated by the superior one. It legitimizes the actors of political power, maintaining the status quo. However, there is no text that remains unchanging forever. Every time there is a change in the social facts, there is an aging of the laws, in order to follow the events to come. For norms and facts to be symmetrical, when there is a social modification and norms cannot regulate it, it is time for their modernization. A constitution will be so long while keeping fact and the norm together. According to the speed of events in a postmodern society, this kind of Major Law becomes important only from a historical perspective. If the Original Constituent Power is the one who creates the Constitution, this alone could change it. The contribution of this article is the presentation of the different forms of mutation of the constitutional text and the consequent reform processes.

Keywords: Constitution; Constitution Reform; Norms Modernization.

1. A CONSTITUIÇÃO

A Constituição, com a conceituação que concebemos atualmente, provém do racionalismo do século XVIII. Com uma conotação liberal, conforme transparece no art. 16 da Declaração dos Direitos do homem e do Cidadão, a Carta Magna que não dividisse o poder, nem outorgasse direitos, não poderia ser concebida como tal. Historicamente, ela funcionou como a ferramenta para sepultar o absolutismo feudal.

Entretanto, o vocábulo Constituição (do latim *constituere, constitutio*), em seu significado de ordenamento político do Estado, existiu desde os primórdios. Aristóteles, no seu livro *Athenaton Politeia*, a Constituição de Atenas, distinguiu as leis ordinárias do Estado – *nomoi* – daquelas que estabeleciam os seus alicerces e fundamentos – *politeia*.¹ Cícero e Maquiavel a concebiam no mesmo sentido.

Para Marcel Prélot, foi o Abade Sièyes o formulador da moderna conceituação de Constituição que conhecemos.² Para Rudolf Smend, ela seria um objeto unitário, conectando sua parte formal e material através da integração pessoal, funcional e material. Doutrina Smend: “*Para la doctrina dominante la constitucion es, ante todo, una ordenación de la formación de la voluntad de un grupo social y de la situación jurídica se sus miembros.*”³ O jurista pernambucano Pinto Ferreira, prefere enfocá-la como um edifício de quatro andares, no qual cada um é ocupado respectivamente pela economia, sociologia, filosofia e pelo direito, mostrando como se configura complexo o universo constitucional.

Por qual motivo um vocábulo se reveste de tão variada pluralidade de significados, quando para a construção de um ciência a precisão semântica se reveste de forma premente, além de um objeto e metodologia próprias? A resposta nos é dada por García-Pelayo: “*por referirse a la sustancia de la existencia política de un pueblo, está particulamente abocado a convertise en uno de esos conceptos simbólicos y combativos que hallan su ratio no en la voluntad de conocimiento, in o en su adecuación instrumental para la controversia com el adversario. Sin duda que el conocimiento, sino en su adecuación instrumental para la controversia com el adversario.*”⁴

Dentro dos diversos prismas de análise da Constituição vamos enfocar os principais.

O normativismo Kelseniano, no seu intento de afirmar a pureza metodológica da ciência do direito, expurga a interferência das demais ciências sociais, estudando-o de forma pura, com objeto e método próprios. Para isso, recorre a um corte epistemológico, reduzindo o objeto do fenômeno jurídico às normas e a um corte axiológico, evitando valorações e garantindo-lhe neutralidade.⁵ Para assegurar esse desiderato ele parte da intransponibilidade do ser ao dever ser, ou seja, não existiria interferência dos fatos na concretização das normas.

A Constituição seria o substrato de validade das demais normas jurídicas, formando uma estrutura vertical, em que a norma inferior seria validada pela superior. A Lei Excelsa seria respaldada pela norma hipotética fundamental, um imperativismo categórico de formato kantiano que tem a função de dar uma lógica formal inquebrantável ao pensamento kelseniano. As normas para ter condição de existência deveriam ter validade e eficácia.

O estudo da Lei Maior poderia se dar pelo prisma lógico-jurídico e pelo jurídico-positivo. Consonante o primeiro seria dado relevo a compatibilidade das normas inferiores as leis superiores, formando o escalonamento vertical kelseniano. No segundo, seria privilegiado o aspecto de produção das normas seguindo os procedimentos expressos na Constituição.

Carl Schmitt vislumbra o Direito como uma decorrência de uma decisão política, o denominado decisionismo político. Expõe Schmitt: “*El último fundamento de toda la existencia del derecho y de todo valor jurídico se puede encontrar en un acto de voluntad, en una decisión que, como tal, crea derecho, y cuya fuerza jurídica de unas reglas de decisión; puesto que también una decisión que no se corresponde com una regla crea derecho. Esta fuerza jurídica de las decisiones no conformes a una norma es propia de todo orden jurídico.*”⁶

Ele busca eliminar o normativismo Kelseniano e a axiologia jusnaturalista. A Constituição seria moldada de acordo

¹ **ARISTÓTELES.** *A Constituição de Atenas.* Trad. Francisco Murari Pires. São Paulo: Hucitec, 1995.

² “Sièyes s’est donné pour l’inventeur de l’idée de constitution, dans son discours de l’una III sur le projet de constitution et sur la jurie constitutionnaire.” **PRÉLOT**, Marcel e **LESCUYER**, Georges. *Histoires des Idées politiques.* 12º ed., Paris: Dalloz, 1990. p. 522.

³ **SMEND**, Rudolf. *Constitucion y Derecho Constitucional.* Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1985. P. 129.

⁴ **PELAYO**, Manuel García. *Derecho Constitucional Comparado.* 3º ed., Madrid: Alianza Universidad, 1991. P. 33.

⁵ “Quando a si própria se designa como pura teoria do Direito, isto significa que ela se propõe garantir um conhecimento apenas dirigido ao Direito e excluir deste conhecimento tudo quanto não pertença ao seu objeto, tudo quanto se não possa, quanto não pertença ao seu objeto, tudo quanto se não possa, rigorosamente, determinar como Direito. Quer isto dizer que ela pretende libertar a ciência jurídica de todos os elementos que lhe são estranhos.” **KELSEN**, Hans. *Teoria Pura do Direito.* 4º ed., Trad. Dr. João Baptista Machado. Coimbra: Arménio Amado, 1976. p. 109.

⁶ **SCHMITT**, Carl. *Sobre los tres modos de pensar la ciencia jurídica.* Trad. Montserrat Herrero. Madrid: Tecnos, 1996. p. 27.

com a decisão política realizada e no seu conteúdo haveria a divisão de constituição e leis constitucionais. Constituição seria as normas dentro da Texto Maior que estruturassem o poder firmado na decisão política e leis constitucionais às demais normas que não versam sobre esse assunto e deveriam se diferenciar das demais por ter imutabilidade relativa.

Schmitt vislumbra a Carta Magna de forma absoluta, relativa, ideal e a positiva.

A forma absoluta é dividida em quatro espécies. Em uma primeira espécie, a Constituição representa a existência política de um Estado, o modo como o ente político posiciona a estrutura de poder, bem ao estilo de Constituição no sentido das *polis* gregas. Na segunda espécie, seu significado seria o de estruturar a forma de governo de um Estado, delineando a atuação do poder político na sociedade. Na terceira acepção, ela é vista como o elemento dinâmico que regulamenta o processo político, abrindo caminho para que o ordenamento seja modificado por novas decisões políticas. Na última variação, ela é individualizada como norma, a suprema do ordenamento, a lei das leis, a normatização imperiosa de toda a vida estatal.

A relativa analisa a *Lex Mater* sob uma ótica formal, como Constituição escrita, em que aquelas normas que estão inseridas no seu texto se diferenciam das demais por necessitarem de um procedimento mais difícil para sua modificação. Não havendo, entre as normas contidas na Lei Maior, distinção objetiva ou de conteúdo; são características formais, que são externas e acessórias.⁶

Pelo conceito ideal de Schmitt, a análise da Constituição é feita sob o prisma da sua sincronia com o desenvolvimento dos fatos sociais. A normalidade e a normatividade atuam de forma integralizada, tendo como finalidade básica evitar contradições da norma com a realidade.

E, finalizando, a forma positiva. Ela parte da distinção entre Constituição e leis constitucionais. Aquela são as normas pertinentes ao modo da unidade política; as demais seriam leis constitucionais. Neste sentido, a Constituição significa o ato constituinte sobre a forma e o modo da unidade política. Ela é uma decisão sobre a unidade política adotada para organizar a repartição das competências estatais, residindo sua substância no mundo do 'ser'.

Há um liame muito grande entre o pensamento de Kelsen e o de Schmitt; um prima pelo normativismo jurídico e o outro por um normativismo sociológico.

Ferdinand Lassalle tem uma visão sociológica da Constituição. Como ela é a norma suprema, estruturando o ordenamento, seria palco de embate dos mais variados interesses existentes na sociedade para a formulação de normas que atendessem aos seus propósitos. Como Schmitt, ele concebe o direito sem autonomia, dependente de fatores sociológicos ou de uma decisão política.

As normas constitucionais para ter eficácia deveriam obedecer aos fatores reais de poder, as forças dominantes em determinado período histórico, caso contrário, seriam relegadas a não possuir força normativa, a serem 'folhas de papel', figura decorativa. Ensina Lassalle: "*Se cogen esos factores reales de poder, se extienden en una hoja de papel, se les da expresión escrita, y a partir de este momento, incorporados a un papel, ya no son simples factores reales de poder, sino que se han erigido en derecho, en instituciones jurídicas, y quien atente contra ellos atenta contra la ley y es castigado.*"⁷

A crítica que se faz a teoria lassalliana é descuidar da força normativa da Constituição, da sua capacidade de produzir efeitos, da sua coercibilidade. Ela não é apêndice das influências das classes dominantes porque estas classes não atuam de forma monolítica; há fissuras no seu interior que podem ser aproveitadas pelas forças populares. As normas, ao mesmo tempo que são moldadas pelos fatos sociais, também interferem nos fatos sociais, modificando-os no sentido das suas estipulações.

Karl Loewenstein classifica a Lei Maior, segundo critério de sua realização constitucional, como normativa, nominal e semântica. O vetor eficácia foi escolhido porque as normas constitucionais não são dotadas de auto-funcionamento, tendo sido criada pelo povo, ele atua de acordo com a vontade de seus criadores.⁸

Normativas são aquelas que são efetivamente obedecidas pelos detentores das diretrizes políticas e por todas parcelas da população. Ela oferece a normatização para a estruturação dos órgãos políticos, regula a disputa partidária

⁶ Conceitua Schmitt: "Constitución, en sentido relativo, significa, pues, la ley constitucional en particular. Toda distinción objetiva y de contenido se pierde a consecuencia de la solución de la Constitución única en una pluralidad de leyes constitucionales distintas, formalmente iguales. Para este concepto formal es indiferente que la ley constitucional regule la organización de la voluntad estatal o tenga cualquier otro contenido." SCHMITT, Carl. Teoría de la Constitución. 2ª ed., Madrid: Alianza, 1985. p. 37.

⁷ LASSALLE, Ferdinand. Qué es una Constitución. Buenos Aires: Siglo veinte uno, 1969. p. 10.

⁸ LOEWENSTEIN, Karl. Teoría de la Constitución. Trad. Alfredo Ballega Anabitarte. Barcelona: Ariel, 1970. p. 217.

e outorga os direitos fundamentais que são entraves ao absolutismo estatal. O pressuposto para a sua existência é a sincronia com os fatos sociais.

O segundo tipo, as nominais, as quais não logram confirmação pela realidade. Essas representam aquelas que, no procedimento de sua formulação, desrespeitaram a realidade fática ou que, pela dinâmica dos fatos sociais, tornaram o seu texto escrito ultrapassado. Por isso carecem de força normativa, não tendo condições de impor condutas.

E por fim, a Constituição semântica, que na realidade se configura em um monumento retórico. Ela legitima os detentores do poder político, mantendo o *status quo*. Seu escopo não é limitar a concentração de poder, regulando a disputa pela hegemonia social dentre todas as classes sociais, mas sim dispor de métodos para que a classe detentora do poder possa se perpetuar sem o risco de ter que vir a compartilhar ou perder sua hegemonia. Pinto Ferreira denomina-as de alibi normativo, para ele as Constituições semânticas foram os textos de 1937 e o de 1967/69.

2. NECESSIDADE DE MODIFICAÇÃO DA CONSTITUIÇÃO

Nenhum texto pode ser mantido eternamente da forma original como foi implementado. Ao longo da história, pouquíssimos foram os que tiveram essa pretensão, com um começo definido e um ocaso indeterminado; porém, nenhum logrou êxito.

Como o fluir dos fatos é constante na sociedade, decorrência da dialética primeiramente formulada por Heráclito e depois desenvolvida por Hegel, em contradição com a imutabilidade defendida por Parmênides, toda vez que há uma modificação nos fatos sociais, ocorre um envelhecimento das leis, porque não acompanham *pari passu* os eventos ocorridos. Para manter a simetria das normas com os fatos, quando houver uma modificação e a força normativa indispor de capacidade de regulamentação, é chegada a hora da modernização das normas. Ensina-nos Miguel Reale “(...) *sejam os primeiros a reconhecer toda a vantagem que há para o jurista de não perder o contato com a realidade histórico-social.*”⁹

Não que, inexoravelmente, seja necessário modificar leis por outras. Pode haver a sua reforma ou, até mesmo, sua mutação. É interessante o desenvolver das normas atrelado aos acontecimentos sociais devido ao fato de elas não perderem eficácia concreta, podendo incidir na realidade, saindo da abstração e adentrando na esfera factual, num fenômeno denominado de subsunção.¹⁰

Uma Constituição tem uma maior duração quando entrelaçar o fato e a norma. A normatividade forma uma relação, de dupla via, com a normalidade criada pelos acontecimentos sociais, havendo uma interpenetração recíproca de influências. Ao mesmo tempo que a norma influencia a realidade, sofre os efeitos dela resultantes.

A normatividade deve ser entendida como a proeminência do conteúdo das normas jurídicas e a normalidade é a força que os eventos sociais impõem às leis.

Para Heller, haveria uma interferência recíproca entre o *sein* e o *sollen*. Ao contrário de Schmitt para quem o *sein* da decisão política determinaria o *sollen* ou Kelsen que inadmitia contatos entre a normalidade e a normatividade.

Explica Hermann Heller: “Assim como não se podem considerar completamente separados o dinâmico e o estático, tão pouco podem sê-lo a normalidade e a normatividade, o ser e o dever ser no conceito da Constituição. Uma Constituição política só se pode conceber como um ser a que são forma as normas. Como situação política existencial, como forma e ordenação concretas, a Constituição só é possível porque os partícipes consideram essa ordenação e essa forma já realizadas ou por realizar-se no futuro, como algo que deve ser e o atualizam.”¹¹

Esta simbiose deve ser levada em consideração pelo Poder Constituinte Originário na elaboração da Constituição para que suas normas possam ter uma maior preponderância. Constituições que restringiram a incidência das modificações foram as denominadas de imutáveis e as fixas, que tiveram relevância em determinados períodos históricos.

Constituições imutáveis são aquelas que tencionam ser eternas, perdurando por todo o sempre. Aquelas que estariam imunes à ação do tempo, mantendo sua vigência mesmo em detrimento da evolução das relações sociais.

⁹ REALE, Miguel. Fundamentos do Direito. 3ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998. p. 83.

¹⁰ A eficácia, dentro de uma perspectiva kelseniana, se configura como pressuposto de validade.

¹¹ HELLER, Hermann. Teoria do Estado. Trad. Lycurgo Gomes da Motta. São Paulo: Mestre Jou, 1968. p. 296.

¹² CAVALCANTE, Enoque Soares. O Poder de Reforma Constitucional. Dissertação de Mestrado. Recife: UFPE, 1981. p. 45.

¹³ CAVALCANTE, Enoque Soares. O Poder de Reforma Constitucional. Dissertação de Mestrado. Recife: UFPE, p.67.

Elas entram em contradição com o direito que o povo tem sempre de modificar sua Constituição; a população tem a prerrogativa de exercer a qualquer momento sua soberania, concretizada com o surgimento de um Poder Constituinte Originário, e consequentemente, uma nova Constituição.

Aristóteles referia-se às Constituições de Lacedemônia, Creta e Cartago como imutáveis, dado o alto nível de sua adequação com a realidade.¹² Outro exemplo são os doze mandamentos, revelados por Moisés, que, por terem conteúdo divino, não poderiam ser modificados, apesar de não serem um Texto Constitucional propriamente dito.

Como o desenrolar dos fatos tem uma velocidade assombrosa em uma sociedade pós-moderna, esse tipo de Lei Maior passa a ser importante unicamente em uma perspectiva histórica.

Constituições fixas são aquelas que podem ser modificadas exclusivamente por um Poder Constituinte Originário, ou seja, deverá haver um novo processo constituinte para que haja a modificação do seu texto. Não há, consequentemente, o Poder Constituinte Reformador.

Seu objetivo é bastante similar ao das constituições imutáveis, porque ambas têm o desiderato de se perpetuarem. Constituições deste tipo foram as napoleônicas de 1799, 1802 e 1804, que não previram reforma de seus textos.¹³ Elas partem do pressuposto que, como o Poder Constituinte cria os demais poderes tornando-os subordinados, nenhuma outra disposição normativa poderia revogar partes do seu texto, nem mesmo o Poder Reformador. Tal tarefa torna-se cabível a apenas um poder de semelhante hierarquia. Se quem cria a Constituição é o Poder Constituinte Originário, apenas este mesmo poderia modificá-la.

3. MODIFICAÇÃO PELA REFORMA

A reforma constitui qualquer modificação no Texto Constitucional realizada por meio de procedimentos jurídicos. Ela foi regulamentada por meio de normas previstas no seu interior, em que se estatuem os órgãos que têm competência para a iniciativa de sua concretização e a forma como devem ser realizadas. A modificação implícita, ao arpejo de moldes constitucionais, denomina-se de mutação. José Afonso da Silva considera que ambos os casos são espécies de mutação; sendo mutação informal quando não for realizada sob parâmetros previstos em norma e formal quando assim for prevista.¹⁴

A Constituição tem como características a supremacia, a supralegalidade (formal e material) e a imutabilidade. Por esta última, ela somente pode ser modificada por procedimentos mais dificultosos que os necessários para a modificação das normas infra-constitucionais; o que ocorre por causa da sua supremacia. Os procedimentos necessários à modificação, exclusivos da emenda e revisão, foram delineados ao Poder Constituinte Originários e deixados ao encargo do Poder Reformador, que é exercido pelo Congresso Nacional.

Canotillo e Vital Moreira nos ensinam que a reforma consiste no acréscimo, supressão ou modificação na Constituição. Quando as normas são retiradas de âmbito constitucional, temos o fenômeno da desconstitucionalização; quando são inseridas no Texto Constitucional, chamamos de constitucionalização. O que vai determinar se deve haver estes institutos e quais são as normas que eles devem atingir é uma decisão política da sociedade.¹⁵

As modificações constitucionais têm o escopo de assegurar uma razoável estabilidade da Lei Maior, possibilitando o alcance do que Canotillo denomina de *solidificação da legalidade democrática*, aumentando a sua eficácia e o seu caráter sistêmico.¹⁶ As constantes emendas à Constituição, introduzindo elementos estranhos ao sistema jurídico, possibilita o surgimento de antinomias, diminuindo a sua capacidade concreta e aviltando a sua força normativa.¹⁷

A reforma é o gênero do qual defluem duas espécies: as emendas e a revisão. A primeira foi regulamentada permanentemente no art. 60 e a segunda art. 3º do ADCT. O plebiscito, previsto no art. 2º, acerca da forma e sistema de governo, é considerado como meio de reforma porque, de acordo com seu resultado, poderia ser introduzido a monarquia e o parlamentarismo.

Sendo o Poder Reformador limitado, derivado e subordinado, a revisão está condicionada a limites. A hodierna Constituição agasalhou os limites materiais e circunstanciais. Os temporais foram estabelecidos apenas para a revisão que não poderia ocorrer antes de cinco anos da sua promulgação. O último texto que estipulou limites temporais para as emendas foi o de 1824, no seu art. 174, cerceando alterações pelo prazo mínimo de quatro anos.

¹⁴ SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 11ª ed., São Paulo: Malheiros, 1996. P. 64.

¹⁵ CANOTILHO, J. J. Gomes e MOREIRA, Vital. *Fundamentos da Constituição*. 6ª ed., Coimbra: Almedina, 1993. p. 294.

¹⁶ CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 2ª ed., Coimbra: Almedina, 1998. p. 946.

¹⁷ HESSE, Konrad. *A Força Normativa da Constituição*. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Fabris, 1991. p. 14.

Os limites materiais, também denominado de cláusulas pétreas explícitos, são os seguintes (art. 60 § 4º inc. I a IV): a forma federativa de Estado; o voto direto, secreto, universal e periódico; a separação de poderes e os direitos e garantias individuais. Os limites circunstanciais adotados foram o estado de sítio, o estado de defesa e a intervenção federal.

Ao lado das cláusulas pétreas explícitas, existem os implícitos, que não foram estruturados de forma positiva. Se existem críticas contundentes contrárias as explícitas, como as propugnadas por Ruffia e Vanossi, as intentadas contra as implícitas são maiores devido a sua indeterminação.¹⁸ Contudo, defendem-as: Pinto Ferreira, Nelson de Souza Sampaio, Paulo Bonavides, Michel Temer, Carmem Lúcia Antunes, entre outros. Como cláusulas pétreas, podemos elencar a titularidade do Poder Reformador, os procedimentos e limites da emenda e revisão e os direitos e garantias fundamentais.

4. EMENDA

A reforma, sob a modalidade de emendas, na Constituição de 1988, partindo-se do princípio de que não pode mais haver a ocorrência de uma nova revisão - pois esta já ocorreu em 1993 - constitui a única forma possível de alteração do texto jurídico maior do país.

Seu procedimento está regulamentado em sede constitucional. Compõe-se de duas fases básicas: a propositiva e a deliberativa.

A primeira explicita quais são os órgãos que dispõem de competência para propor a modificação da Constituição. Esta elencação é taxativa, não admitindo que possa provir de outros órgãos ou que novos sejam acrescentadas; a existência de restrições ao número daqueles que podem propor modificações tem o objetivo de propiciar uma maior duração à Constituição e de legitimar as reformas, garantindo-lhe estabilidade jurídica.

A segunda fase regula o modo de concretização das emendas, evidenciando os procedimentos necessários para a sua vigência jurídica.

A fase propositiva pode ser exercida: I- por iniciativa de um terço, no mínimo, dos membros da Câmara dos Deputados ou do Senado Federal; II- por iniciativa do Presidente da República; III- por iniciativa de mais da metade das Assembléias Legislativas das unidades da Federação, manifestando-se, cada uma delas, pela maioria relativa de seus membros.¹⁹

O *quorum* qualificado para as proposições partidas do Congresso se justifica no escopo de evitar as propostas demagógicas, alienadas da realidade, destituídas de apoio parlamentar e social, evitando-se emendas ocasionais que possam ferir a rigidez constitucional.

A iniciativa por parte do Presidente da República adentrou como conteúdo nas Constituições de 1937 e 1967, tendo sido agasalhada pelo texto atual. Ocorre que, enquanto as duas constituições anteriores eram típicas de períodos autoritários, esta é a Constituição mais democrática que o país já teve. Entretanto, ainda contém pequenos resquícios da ditadura.

A titularidade do Poder Reformador pertence ao Congresso Nacional, bem como a primazia da competência legislativa. Portanto, não se justifica que o Presidente da República possa exercer a competência propositiva.

Essa, mesmo que simbólica, não deveria ter sido atribuída ao Presidente devido se mostrar inócua. Se ele quisesse aprovar uma emenda, não iria se expor com uma iniciativa própria; as modificações do seu interesse poderiam ser postas por sua base parlamentar. A simbologia reside na possibilidade de intromissão do Presidente na reforma constitucional, significando o teor autoritário dessa iniciativa, intrometendo-se em uma competência que não lhe pertence.

No Brasil, o Poder Legislativo foi praticamente suprimido da competência de elaborar leis; no procedimento legislativo, a categoria que ocupa primazia são as medidas provisórias. No procedimento de reformulação constitucional,

¹⁸ RUFFIA, Paolo Biscaretti di. *Direito Constitucional*. Trad. Maria Helena Diniz. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1984. p. 231. Vanossi também dispõe contrariamente as cláusulas pétreas: "... cremos útil que las constituciones no cierren el paso de su posible reforma 'total', pues aparte de la inutilidad comprobada de cláusulas con esse fin, su único efecto visible es la excitación temeraria de quienes sostienen irracionalmente que la única forma de mejorar las cosas es provocando la destrucción y el cambio violentos del régimen existente. Las prohibiciones de reforma 'total' no consiguen aquietar los impulsos reformistas, al próprio tiempo que consiguen alentar temerarios de cambios por vías ilegales" VANOSI, Jorge Reinaldo. *Teoria Constitucional*. Buenos Aires: Depalma, 1977. p. 199.

¹⁹ Art. 60, incisos I, II e III da Constituição Federal.

podendo o Presidente propor as alterações que quiser, vemos uma preponderância do Poder Executivo em relação aos demais poderes, uma hipertrofia desse poder, que se assemelha a uma ditadura com prazo determinado, quebrando o princípio constitucional da harmonia e independência dos três poderes.

A possibilidade de emenda por parte das Assembléias Legislativas reflete uma substância do federalismo, do *pactum foederis*, podendo os Estados-Membros, integrantes da Federação, proporem alterações à Constituição que delineia os moldes da repartição do poder e serve de substrato para dar segurança contra as arbitrariedades da União. José de Oliveira Baracho dispõe que a competência para a propositura de emendas por parte dos Estados fortalece o equilíbrio federativo, pois propicia adequações constitucionais na direção do fortalecimento da federação.²⁰

Nos Estados Unidos, a força dos Estados-Membros é mais relevante que no Brasil porque lá foram treze Estados independentes que primeiramente formaram uma Confederação e, depois, a Federação, e aqui foi um Governo Unitário que se fragmentou em Entes Federativos.

Nota-se a assaz influência que têm os Estados-Membros e, conseqüentemente, a Federação, nos EUA, pois eles têm que participar sempre e diretamente para concretizar as emendas; podemos falar em uma dupla atuação, pois são representados pelo Senado e passando pelo Congresso, devem ratificar as emendas por um *quorum* de 3/4.

No Brasil, só participam da fase propositiva quando obtêm o consentimento da maioria absoluta das Entidades Federativas e, na fase deliberativa, no Senado. A Constituição americana é passível de ser modificada pelo Congresso com o *quorum* de 2/3, depois deve ser ratificado por 3/4 dos Estados.

Depois da fase denominada de propositiva vem a deliberativa. Esta fase se compõe das seguintes etapas: a proposta será discutida e votada em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos; a emenda será aprovada se obtiver, em cada Casa e em cada turno, 3/5 dos votos dos respectivos membros. Se este número exigido não for alcançado, a propositura será arquivada e não será levada, obviamente, para o segundo turno.

O Presidente da República termina sua competência em relação ao Poder Reformador na fase propositiva, quando realizar a iniciativa; ele não exara sua sanção ou veto. As emendas serão promulgadas pelas Mesas da Câmara dos Deputados e do Senado Federal, que são os órgãos que ultimam os atos do Poder Reformador, com o respectivo número de ordem. A emenda adentra no ordenamento depois da sua promulgação, e após a publicação, que é uma comunicação destinada a levar o conhecimento da Constituição ao público, torna-se exigível perante todos.

Já é pacífico, na jurisprudência e doutrina, que incide controle de constitucionalidade em relação as alterações provindas das emendas e da revisão.²¹

5. REVISÃO

A revisão, como uma das modalidades do gênero reforma, diferenciando-se das emendas, foi concebida em dois Textos Constitucionais Brasileiros, o de 1934 e o atual, de 1988.

No primeiro, de 1934, art. 178, ela foi prevista quando a reforma tratava de alterações na estrutura política do Estado, na organização ou competência dos poderes inerentes às prerrogativas da soberania e dos direitos e garantias dos cidadãos.

Na sua parte propositiva, ela deveria contar com o apoio mínimo de 2/5 dos membros do Senado ou da Câmara dos Deputados ou de 2/3 das Assembléias Legislativas, com a deliberação da maioria absoluta de cada uma delas.

Na sua parte deliberativa, seria elaborado um ante-projeto e na próxima legislatura, mediante três discussões e votações em duas sessões legislativas, em cada uma das Casas, seria aprovada se obtivesse o *quorum* de maioria absoluta e seria promulgada pelas Mesas da Câmara e do Senado.

BEÇAK, Rubens; *A hipertrofia do executivo brasileiro: o impacto da constituição de 1988*. Departamento de Direito do Estado. Tese de Doutorado. Universidade de São Paulo, São Paulo, 2005.

²⁰ BARACHO, José Alfredo de Oliveira. *Teoria Geral do Federalismo*. Rio de Janeiro: Forense, 1986. p. 60.

²¹ Nesse sentido o mandado de segurança nº 23.087-5/SP, tendo como Relator o Ministro Celso de Mello, que doutrina: o Congresso Nacional, no exercício de sua atividade constituinte derivada e no desempenho de sua função reformadora, está juridicamente subordinado à decisão do Poder Reformador (Constituição Federal, art. 60, § 1º), identificou, em nosso sistema constitucional, um núcleo temático intangível e imune à ação revisora da instituição parlamentar. As limitações materiais explícitas, definidas no § 4º do art 60, incidem diretamente sobre o poder de reforma conferido ao Poder Legislativo da União, inibindo-lhe o exercício quanto às categorias temáticas ali referidas."

A revisão de 1934 foi feita, assim, para impedir celeumas na vida constitucional, porque estas matérias deveriam gozar de maior estabilidade, propiciando segurança para o desenvolvimento e o progresso das relações jurídicas. Uma segunda linha de argumentação seria no sentido de que se constituem em normas constitucionais estipuladoras de órgãos e definidoras de competências, estando as normas conexas com elas dispostas consonante o seu posicionamento adotado.

Diferenciação entre emenda e revisão ocorre por causa que, em detrimento das emendas que sofrem influência jurídica, a revisão tem conexão política, ligando-se à conceituação de Constituição Dirigente, bem ao gosto da Constituição Portuguesa de 1976, que é considerada programática, visando à concretização de programas estipulados pelos dirigentes políticos.

A revisão disciplinada na ‘Constituição Cidadã’, ontologicamente, difere da normatizada pelo Texto de 1934.²² Para que ela pudesse ocorrer, deveria ser necessária a ocorrência de um pressuposto: que houvesse passado cinco anos da sua promulgação, após esse lapso temporal é que seria possível a sua concretização.

Uma outra diferença entre o Texto de 1934 e o de 1988 diz respeito à matéria passível de modificação. Neste ela pode incidir em todos os artigos referentes à forma e ao sistema de governo, e naquele a revisão poderia incidir na estrutura política do Estado, na organização e na competência dos poderes inerentes à soberania e nos direitos individuais. Podemos afirmar que a revisão seria pertinente apenas na parte material da Constituição e para as modificações da parte formal seria utilizado o procedimento das emendas.

Para a alteração da parte material, na Constituição de 1934, seria necessária uma deliberação mais rígida do que para a parte formal, estabelecendo-se uma verdadeira hierarquia constitucional, entre matéria constitucional formal, passível de troca por emenda, com procedimento mais fácil, e matéria constitucional material, passível de modificação por revisão, com procedimento mais dificultoso. Foi seguida a diferenciação formulada por Carl Schmitt entre constituição e leis constitucionais.²³

Os constituintes se posicionaram neste sentido porque a revisão modificava essencialmente a estrutura de poder e esta estrutura, para ter eficácia, necessitava de uma estabilidade mais perene, ficando longe das maiorias fugazes, variáveis como o correr dos ventos. Quanto maior a rigidez constitucional, maior será a diferenciação entre poderes constituídos e poderes constituintes, conforme diferenciação proposta por Sieyès.

Na revisão vigente, o *quorum* para a sua aprovação é o de maioria absoluta e ainda mais em votação unicameral, reunindo-se em conjunto os membros do Senado e da Câmara dos Deputados.²⁴ O *quorum* de maioria absoluta num total de 513 (quinhentos e treze Deputados) mais a soma de 81 (oitenta e um) Senadores perfaz o número de 297 (duzentos e noventa e sete) votos entre Senadores e Deputados, o que é muito pouco para se configurar a imutabilidade relativa do texto e sua rigidez.

Foram tolhidas as restrições da revisão de 1934; o atual texto permite quaisquer tipos de modificações, desde que sejam as limitações ao Poder Reformador respeitadas.

E por fim, no Texto de 1934, ela era estipulada como parte constitucional, indicando sua existência pelo tempo que a Constituição estivesse em vigor; no Texto de 1988, foi ensejada como parte dos Atos das Disposições Constitucionais Transitórias.

Quanto à frequência da sua utilização, foi idealizada para ser realizada uma única vez, não podendo conjecturar a existência de uma nova revisão. A revisão na Constituição de 1934 poderia ter sido realizada quantas vezes fossem entendidas como necessárias e que fossem atendidos os procedimentos necessários.

Somos de acordo que o gênero reforma tenha de modo perene duas espécies, a emenda e revisão. A emenda seria a forma adequada para modificar artigos constitucionais que não tivessem relacionamento com a parte material da Constituição; a revisão seria a forma propícia para alterações de artigos constituintes da parte material.

Pela importância da matéria objeto da alteração, a reforma na espécie revisão seria mais dificultosa, impedindo

²² Expressão Lapidar, com que o Deputado Ulisses Guimarães denominou a Constituição de 1988, no discurso proferido na sua promulgação em 05.10.88, pela prodigalidade dos direitos nela amparados.

²³ SCHMITT, Carl. *Teoría de la Constitución*. 2º ed., Madrid: Alianza Universidade, 1992. P. 49.

²⁴ Em capítulo próximo, iremos estudar a inconstitucionalidade desta reunião unicameral, que fere a forma de Estado federativa, protegida como princípio fundamental (art.1º, caput) e cláusula pétrea (art.60º, § 4º).

²⁵ MIRANDA, Pontes de. *Comentários à Constituição Federal de 1967/69*. Tomo III. 2ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 1970. p. 133.

modificações constantes, concordando com a mencionada estruturação, Pinto Ferreira, Raul Machado Horta e Meirelhes Teixeira. Para Pontes de Miranda, qualquer modificação à *Lei Mater* é denominada de reforma ou revisão, sem maior precisão terminológica.²⁵

O atual texto errou ao não inserir a revisão como forma constante de modificação constitucional, desligado do resultado plebiscitário, incidindo na parte material, contribuindo com isto para aumentar a rigidez constitucional e a sua eficácia.

A localização da reforma na Constituição de 1988 foi feita de forma separada, pois as emendas foram localizadas no processo legislativo e a revisão nos Atos das Disposições Constitucionais Transitórias. Os Constituintes cominaram o mesmo assunto, Poder Reformador, em partes diversas.

A revisão foi regulada no ADCT para ser realizada uma única vez, portanto, tem uma notória efemeridade no texto, por isso a localização escolhida foi acertada.

Mas, se a revisão fosse estipulada para modificar a sua parte material, como ocorreu em 1934, e tivesse, em decorrência, uma existência constante, deveriam as emendas e a revisão terem sido disciplinadas conjuntamente, em uma parte distinta tanto do processo legislativo, como das Disposições Constitucionais Gerais, localização adotada por várias Constituições.

A emenda foi regulamentada no processo legislativo. Não concordamos com esta localização porque avilta o Poder Reformador, confundindo-o com um procedimento legislativo.

Deveria haver uma seção para o Poder Reformador e nela seriam inseridas a revisão e a emenda. Esta seção específica preservaria os apanágios deste poder, inclusive relevando-o 'visivelmente'. Não pode ser regulamentado junto com os demais processos legislativos, simplesmente porque não se configura em um procedimento deste tipo, e sim, um processo de modificação constitucional.

Pensa em contrário, com o que defendemos, Nelson de Souza Sampaio: *"Julgamos que andaram acertadamente os elaboradores da Constituição Federal de 1967, que incluindo a reforma constitucional na seção dedicada ao processo legislativo, fugindo da sistemática tradicional que colocava essa matéria entre as disposições gerais ou em capítulos finais do Texto Constitucional."*²⁶

A respeito da revisão foram conjecturadas quatro teses: a condicionada, a restrita e a ampla. A condicionada, que tem como corifeu o professor Paulo Bonavides, parte da premissa que a revisão somente teria razão de existência se a forma ou o sistema de governo fosse modificado, por isso foi prevista no ADCT e próximo ao plebiscito. A restrita, defendida por Pinto Ferreira e José Afonso da Silva, defende que a revisão poderia ser realizada a qualquer momento depois dos cinco anos da promulgação da Lei Maior e que poderia modificar todo o seu conteúdo, afora as cláusulas pétreas e as limitações circunstanciais. A ampla, corroborada por Ives Gandra e Celso Ribeiro Bastos, partindo da assertiva que a Constituição foi criada por um Poder Reformador, a emenda 26/85, poderia modificar totalmente os dispositivos constitucionais, mormente as cláusulas pétreas.

A tese vencedora, que guiou a revisão de 1993, a despeito de defendermos a revisão condicionada, foi a da revisão restrita.

6. MODIFICAÇÃO PELA MUTAÇÃO CONSTITUCIONAL

Mutação constitucional são as modificações operadas na Constituição gradualmente no tempo, de modo informal, sem a necessidade da implementação do Poder Reformador, por meio de emendas ou revisão, ou seja, de procedimentos jurídicos.

Entende Maurício Ribeiro Lopes que ela se configura na mudança do Texto Constitucional por processos não previstos nas normas jurídicas.²⁷ Raul Machado Horta entende que a mutação constitucional, por seus predicativos, finda obnubilando a norma constitucional escrita, fragilizando a segurança do seu texto, contudo, acaba por ter relevo pro-

²⁶ SAMPAIO, Nelson de Souza. *O Processo Legislativo*. 2ª ed., Belo horizonte: Del Rey, 1996. p. 65.

²⁷ LOPES, Maurício A. Ribeiro. *Poder Constituinte Reformador. Limites e possibilidades da Revisão Constitucional Brasileira*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993. p. 128.

²⁸ HORTA, Raul Machado. *Estudos de Direito Constitucional*. Belo Horizonte: Del Rey, 1995. p. 114.

²⁹ LOEWENSTEIN, Karl. *Teoría de la Constitución*. Trad. Alfredo Gallego Anabitarte. Barcelona: Ariel, 1970. p. 165.

eminente nas Constituições consuetudinárias.²⁸ Afirma Loewenstein: “*En la mutación constitucional, por outro lado, se produce una transformación en la realidad de la configuración del poder político de la estructura social o del equilibrio de intereses sin que quede actualizada dicha transformación en el documento constitucional: el texto de la constitución permanece intacto.*”²⁹

Sua terminologia é ainda imprecisa, existindo autores que a chamam de vicissitudes constitucionais, transições constitucionais, mudança constitucional, processos de fato etc.

A norma jurídica tem que se adequar às exigências da comunidade e, para cumprir esta finalidade, deve estar em simetria com o progresso social. Por isto, as Constituições, em seu texto, preveem o procedimento de emenda ou revisão. A mutação constitucional também tem a finalidade de atualizar os preceitos do Texto Magno, somente de modo não formal, não previsto nas suas cominações.

Ela atribui diferentes diretrizes à literalidade do texto até então dada, quer pela interpretação constitucional, quer por meio da construção, quer por práticas constitucionais ou por usos e costumes. Ela pode acontecer tanto em Constituições ditas flexíveis como nas consideradas rígidas, sem diferenciação fundamental.

Nas rígidas, por ser dotada de superioridade, terá que ser mais lenta e gradual. Uadi Lammêgo Bulos classifica da seguinte forma as fontes da mutação: “a) *mutação constitucional operada em virtude da interpretação constitucional, nas suas diversas modalidades e métodos*; b) *mutações decorrentes das práticas constitucionais*; c) *mutação através da construção constitucional*; e d) *mutações constitucionais que contrariam a Constituição, é dizer, as mutações inconstitucionais.*”³⁰

Elas são ocasionadas de modo difuso, inexistindo um órgão próprio que tenha como função sua criação; podem ser oriundas da interpretação dos tribunais, dos usos e costumes, da construção judicial, da influência dos grupos de pressão, dentre outros.

Não dispõem de marco cronológico, nascem paulatinamente, de forma silenciosa, quase despercebida, espontânea, sem previsibilidade esperada, só se fazendo sentir quando já estão com plena eficácia. Por serem lentas e graduais não acarretam rupturas ou tensões no ordenamento jurídico, contribuindo assim para sua maior eficácia.

García Pelayo esboçou, embora inexistia consenso na doutrina, uma classificação das mutações constitucionais da seguinte forma: a) a mutação resulta de uma prática política que não contradiz a Constituição e incide em um fato no qual carece de cominação constitucional; b) mutação por impossibilidade de concretização normativa ou por desuso das atribuições e competências estabelecidas na Constituição; c) mutação por oposição à infração dos preceitos constitucionais e d) mutação através da interpretação constitucional, de forma a obter uma aplicação diversa da que antes tinha eficácia.³¹

O controle de constitucionalidade incide nas mutações constitucionais, da mesma forma que nos demais preceitos normativos, tanto a inconstitucionalidade formal quanto a material. Então, não a aceitamos como viável juridicamente, quando ela contraria o texto constitucional, quando for *contra-legem*, devendo ser declarada inconstitucional e expurgada do ordenamento jurídico.

A doutrina não definiu, com parâmetros claros, os limites para a concretização das mutações; entretanto, defendemos que seus limites devem ser os das cláusulas pétreas implícitas e explícitas. Se o ‘cerne inalterável’ da Constituição não é passível de modificação pelo processo de reforma, o que dirá pelo procedimento de mutação constitucional que não encontra respaldo em cominações legais.

A incidência das mutações ocorre com mais frequência nos princípios constitucionais que, por maior abstração, permite que sua extensão possa ser calibrada, de forma extensiva ou restritiva, de acordo com os fatores sociais vigentes. Os princípios podem ser calibrados no seu conteúdo, até mesmo provocando o seu esvaziamento, como o conceito da soberania contido no art. 1º, inc. I. Entretanto, as normas constitucionais são um sistema, em que os princípios se adequam um ao outro, aumentando ou diminuindo sua incidência em decorrência de uma legitimidade no tecido social; por isso a mutação constitucional não poderá tornar um princípio incompatível com o sistema, antagônico com os demais. Aumentando a eficácia de um princípio, a do outro terá que ser restrita.

³⁰ BULOS, Uadi Lammêgo. *Mutação Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 1997. p. 71.

³¹ PELAYO, Manoel García. *Derecho Constitucional Comparado*. 2ª ed., Madrid: Alianza, 1991. p. 137

³² A expressão está contida em uma carta aberta que o professor Paulo Bonavides lançou à Nação Brasileira, intitulada de “A Emenda nº554 à Constituição é Golpe de Estado”. **Manifesto à Nação**. Jornal O Judiciário. Recife, nº 12.

7. POSSIBILIDADE DE UMA NOVA REVISÃO AO TEXTO CONSTITUCIONAL

A Constituição no art. 3º do ADCT previu a revisão constitucional que se realizou, no final de 1993, na qual foram aprovadas seis emendas de revisão.

Agora, setores ligados ao poder econômico, que sempre pregaram contra a Constituição, taxando-a logo nos seus primeiros anos vida “de tornar o país ingovernável”, retornam com uma teoria que tem a finalidade de afrontá-la: a convocação de uma nova revisão.

Inexistem condições para a feitura de uma nova revisão. Segundo as palavras do jurista Paulo Bonavides “se configura como ameaça de destruição do Estado Constitucional.”³³ O instituto da revisão foi previsto no art. 3º do ADCT e não dentro do corpo constitucional, justamente porque uma vez realizado, como foi, não poderia ser novamente aventada.

A revisão estipulada no texto de 1988 foi criada para adaptar o Texto Magno à decisão do plebiscito, no qual o povo foi chamado a optar pela forma e pelo sistema de governo. Mesmo contrariando o objetivo da revisão, devido ao plebiscito não ter modificado a forma ou o sistema de governo, o Congresso a realizou, aprovando alterações na Constituição.

As normas dos Atos das Disposições Constitucionais Transitórias são partes efetivas da Constituição, não incluídas no seu texto próprio, mas suas normas gozam também de imutabilidade relativa, sendo suas alterações realizadas somente pelo procedimento inerente às emendas.

Afora a numeração própria, diferença marcante entre o Texto Constitucional e os Atos das Disposições Constitucionais Transitórias é que estes não dispõem de divisão em Títulos, Capítulos ou Seções; podemos apontar ainda sua natureza transitória ao contrário das normas contidas no corpo da Constituição que têm uma pretensão de manutenção no tempo em que for a duração da Lei Maior.

As normas contidas no ADCT tratam de questões menores, algumas de natureza administrativa, tentam fazer a transição das normas do ordenamento anterior para o atual ou, ainda, trazem exceções temporárias para a vigência das normas do Corpo Constitucional.

Depreende-se que a revisão está localizada no ADCT porque é uma disposição transitória, e uma vez realizada, não pode ser novamente configurada.

Uma modificação ou acréscimo ao ADCT significaria um ato do Poder Reformador, e, portanto, não poderia se confrontar com o disposto pelo Poder Constituinte Originário, devendo se ater aos limites nele vislumbrados. As mudanças na Constituição têm sua extensão limitada pelos preceitos dispostos no Poder Constituinte. Do contrário, ter-se-á verdadeira fraude à Constituição.

O Poder Reformador recebe delegação do Poder Constituinte Originário para realizar a sua modificação e, por isso, tem que atuar dentro dos limites dispostos pela delegação.³³ José Tarcízio de Almeida ensina que, sendo o poder revisor uma espécie de poder delegado, não pode alterar qualquer coisa nas condições de sua delegação, a não ser para tornar mais rigorosas as exigências que a Constituição Federal prescreve para sua reforma. Assertiva final da qual discordamos.³⁴

Depois da realização da revisão, o único meio propício para a reforma da Constituição são as emendas, em que cada uma das Casas, separadamente, têm que aprovar, com o *quorum* de 3/5 dos votos, em dois turnos, a sua proposta. Outro meio de reforma da Constituição seria de gritante inconstitucionalidade. E não se pode querer modificar ou acrescentar uma outra fórmula porque seria uma burla à cláusula pétrea implícita que veda modificações na titularidade e no procedimento do Poder Reformador.

A finalidade das cláusulas pétreas implícitas é manter a inviolabilidade das limitações explícitas. Se fosse possível modificar as limitações impostas pelo Poder Constituinte Originário, o Poder Reformador não teria sentido e a Constituição passaria a ser flexível. O acinte às limitações é uma afronta ao próprio Poder Constituinte. O único meio possível de modificar as cláusulas pétreas se configura na feitura de uma nova Constituição, dando ensejo ao fenômeno denominado de transconstitucionalização.

³³ Defende Pedro Vega: (...) ningún poder constituido puede salir de la órbita en que la Constitución sitúa su esfera de competencias. Lo que significa que, tan improcedente resulta la pretensión de convertir al poder constituyente en el poder de reforma, ordenado y regulado en la Constitución, como la aspiración contraria de hacer del poder de revisión un auténtico y soberano poder constituyente.” VEGA, Pedro de. *La Reforma Constitucional y la problemática del Poder Constituyente*. 3ª ed., Madrid: Tecnos, 1995. p. 235.

³⁴ MELO, José Tarcízio de Almeida. *Direito Constitucional Brasileiro*. Belo Horizonte: Del Rey, 1995. p. 134.

Acrescentando novas fórmulas de modificação, esfrangalham-se as cláusulas pétreas implícitas e quebra-se a rigidez constitucional, transmutando a Constituição de rígida para flexível. Não se pode agredir, deliberadamente, o art. 60, § 4º, da Constituição Federal.

A alegação de que a Constituição de 1988 é fruto de um Poder Reformador, a Emenda Constitucional 26/85, também não convence. Realmente, a sua causa formal foi uma emenda (a EC 26/85), contudo, a causa material foram a campanha das “Diretas Já” e a falência econômica do modelo implantado pela ditadura civil-militar. Em virtude dos fatos, não houve limites na realização dos seus trabalhos. No próprio conteúdo da emenda, no seu art. 1º, ela foi declarada como livre e soberana; então como algo que se configura em livre e soberano pode ser rotulado de reformador?

Qualquer tentativa de salvar a malsinada emenda por um plebiscito que a legitime se mostra estéril e despudorada. O plebiscito está regulamentado no art. 14, II da CF e no art. 2º do ADCT e se constitui em um tipo de democracia semi-direta, a chamada democracia participativa, em que o Congresso Nacional ausculta a vontade popular para tomar decisões.

Como criação do Poder Constituinte, o plebiscito não tem condições de suprimir cláusulas pétreas; ele serve para legitimar leis ordinárias e nunca fraudes à Constituição.

Leciona o professor Pinto Ferreira: “O plebiscito é contudo controverso. Escreve a propósito Gladio Gemma: “Ele é, pois, uma votação popular constitucional, sendo, por isto, um instrumento de democracia direta, se bem que, como todos os dispositivos deste tipo, possa ser instrumentalmente usado por correntes autoritárias ou totalitárias para legitimar o seu poder autocrítico”.³⁵

A soberania popular exige um maior grau de legitimidade do que o ofertado pelos plebiscitos, não havendo possibilidade de confundi-los. Ela atinge seu apogeu durante os trabalhos da Assembleia Constituinte, em que a população é levada a discutir a forma como a sociedade deva ser moldada. A respeito de eventual tentativa de modificar a Carta Magna através do plebiscito, são as palavras de Paulo Bonavides: “é o plebiscito das ditaduras e da democracia cesariana, dissimulando em vestes constitucionais. De estofa tão roto e esfarrapado lembra por igual o de Napoleão, há cerca de duzentos anos, instituindo a vitaliciedade do Consulado e estreando os primeiros passos de uma escalada rumo ao poder imperial e absoluto.”³⁶

8. FRAUDE À CONSTITUIÇÃO

Fraude à Constituição, ou como os franceses gostam de pronunciar *la fraude à la Constitution*, são modificações radicais ocorridas em seu texto, que, contrariando preceitos inerentes a sua modificação, infringem o procedimento da reforma constitucional, principalmente incidindo contra as cláusulas pétreas, explícitas e implícitas. São modos de burlar o Poder Reformador. São uma espécie de inconstitucionalidade que incide precipuamente no Poder Reformador.

Segundo o art. 28 da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, que, por sua importância histórica se constitui no preâmbulo das Constituições Francesas, um povo tem o direito de rever, de reformar e de mudar a sua Constituição, toda vez que achar conveniente.

Este artigo lapidar da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de forma alguma é discutível. Um povo tem sempre o direito de rever sua Constituição. Acontece que ou a modificação tem ensejo dentro dos mecanismos delineados no Texto Constitucional ou providencia-se a convocação de uma Assembleia Nacional Constituinte.

Uma modificação total da nossa Lei Maior não é factível devido às cláusulas pétreas. Estas formam o elo de ligação que garante o caráter sistêmico do texto, constituem-se na essência norteadora da interpretação constitucional.

Nas Constituições que não dispõem de cláusulas pétreas, torna-se possível sua reforma total; na nossa não, ela tem que obedecer aos limites impostos. Para modificar estes limites, a solução se configuraria em convocar uma As-

³⁵ FERREIRA, Pinto. *Comentários à Constituição Brasileira*. Vol. 1. São Paulo: Saraiva: 1989. P. 300.

³⁶ *Manifesto à Nação*. Jornal O Judiciário. Recife, nº 12.

⁴¹ FERREIRA, Pinto. *A Constituição e o Poder de Reforma Constitucional*. 3ª ed., Recife: Sopece, 1993. p. 239.

⁴² SCHMITT, Carl. *Teoría de la Constitución*. 2ª ed., Madrid: Alianza Universidad, 1992. p. 119.

⁴³ “Elle peut également établir une constitution entièrement nouvelle. Toutefois, dans ce dernier cas, le respect apparent des formes constitutionnelles joint à un chagement radical de l’esprit des institutions ne laisse pas de donner à l’activité de l’organe de révision un esprit assez paradoxal. C’est ce qui explique que l’on ait proposé de qualifier fraude à la constitution.” BURDEAU, Georges. *Droit Constitutionnel et institutions politiques*. Paris: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1957. p. 68.

No mesmo sentido: “Esse poder secundário e limitado é vedado atingir a estrutura básica da ordem constitucional...” MALUF, Sahid. *Teoria Geral*

sembléia Nacional Constituinte; do contrário, o que se estaria realizando seria um crime, um ato ilícito, uma Fraude à Constituição.

Ensina o professor Pinto Ferreira que: “*uma reforma ilimitada é um golpe contra a ordem jurídica; uma Constituição não prevê a sua autodestruição, somente prevê a sua modificabilidade, respeitando determinados elementos básicos de seu ordenamento jurídico.*”⁴¹

Carl Schmitt se posiciona de modo contrário a mudanças que alterem elementos fundamentais da Constituição, alterando a sua identidade histórica.⁴² Burdeau define que as modificações totais na Lei Excelsa, mesmo que respeitando o procedimento reformador, operando uma radical modificação no espírito constitucional, não passam de uma Fraude à Constituição.⁴³

Recasens Siches defende igualmente limitações ao Poder Reformador: “*Ahora bien, la reforma normal o legal de la constitución está limitada por barreras infranqueables: puede abarcar una serie de puntos, pero nunca el relativo a la titularidad legítima, del supremo poder. Para que una modificación de la constitución pueda ser considerada como reforma legal, normal - y no como otro tipo de alteración completamente diverso - es necesario que respete la titularidad originaria del supremo poder, que siga apoyando sobre el mismo poder primariamente consagrado como legítimo.*”⁴⁴

Exemplo de uma Constituição que permite a modificação total é a da Suíça.⁴⁵

As Constituições deveriam estar amparadas na soberania popular, na vontade popular. Esta é o alicerce legitimante mais eficaz e que propicia uma duração perene ao seu texto. Quando não estiverem amparadas pela soberania popular, inexoravelmente estarão arrimadas pela força, em uma das suas espécies. O custo para manter a legitimidade pela força é altíssimo, e ao menor arrefecimento de sua intensidade, esvai-se a concretude normativa.

As que são promulgadas propiciam à população um momento ímpar para discutir seus problemas e tomar consciência da realidade que a cerca. A sociedade, como um todo, se organiza em prol de seus interesses mais prementes e aqueles setores que se organizarem de forma mais eficiente irão fazer com que a Carta Magna em construção agasalhe direitos do seu interesse.

A Constituição nasce fruto do embate das variadas classes sociais e contempla seus anseios. Por isso, e em maior grau em uma sociedade cheia de contradições como a brasileira, ela não segue um direcionamento único, busca uma composição em torno dos interesses conflitantes.

Pelo medo de propiciar um amplo debate na sociedade, que pode levar a uma conscientização da população e à organização de segmentos marginalizados pela política governamental, há sempre o risco de setores das classes dominantes quererem modificá-la substancialmente, preferindo recorrer à fraude. De outro modo, se o contexto sócio-político-econômico propiciar e se detiver força suficiente, intentam um simples e puro golpe de Estado.

A Fraude à Constituição não suscita amplos debates sociais, nem mobiliza a atenção da população. Ela reveste aparência de legalidade, de cumprimento dos mandamentos constitucionais, quando, sem disfarce, anseia destruí-la. As discussões ficam restritas ao âmbito do Congresso Nacional, sem a participação popular e, restringindo o debate, os parlamentares ficam propícios a serem direcionados pelo poder da mídia, pelos conglomerados econômicos, pelo governo, etc.

Não querem suscitar o debate público porque as modificações intentadas são anti-populares e inconstitucionais. Tiram direitos históricos e centralizam o poder em torno do Governo Federal.

Para sua concretização, o primeiro passo é o lançamento de uma campanha difamante contra a Constituição, provocando o seu descrédito e a perda de sua concretude normativa. Culpam-na por todos os males que afligem a população. Mentem ao dizer que os direitos contidos em seu texto, muitos deles conseguidos sob muita luta e até então tidos como consensuais, tornam o país ingovernável por seu alto custo. A população menos esclarecida passa a ter uma visão deturpada de que a Constituição serve para nada, é *uma folha de papel*, e esta cai em descrédito.

do Estado. São Paulo: Saraiva, 1995. p. 185.

⁴⁴ Continua Recasens Siches: “Una reforma normal o legal de la constitución no puede llegar al punto de cambiar la esencia de la constitución, no puede modificar el supremo poder del Estado.” SICHES, Luis Recasens. *Tratado General de Filosofía Del Derecho*. 7ª ed., México: Editorial Porrúa, 1981. p. 304.

⁴⁵ Art. 120 da Constituição Federal da Suíça dispõe que se uma seção da Assembléia Federal decretar a revisão total da Constituição Federal e a outra se opuser ou se 50.000 cidadãos suíços com direito de voto pedirem a revisão total, a questão de saber se a Constituição Federal deve ser revista será submetida à votação do povo suíço, que se pronunciará por sim ou por não.

A Fraude à Constituição padece de crassa inconstitucionalidade, por descurar do procedimento que deveria ser seguido e das limitações constitucionais. Ela confronta as cláusulas pétreas, notadamente as implícitas, pertinentes ao poder reformador.

Conforme expomos anteriormente, o Poder Reformador se configura em uma cláusula pétrea implícita porque uma modificação no seu conteúdo é uma violência ao Poder Constituinte Originário e acarreta enfraquecimento na rigidez constitucional, tornando o texto mais fácil de ser modificado. A alteração freqüente da Constituição, ao talante das forças dominantes à época, gera casuísmo constitucional e contribui para o seu ocaso.

Exemplos clássicos de Fraude à Constituição foram os praticados por Hitler na Constituição alemã de Weimar de 1919, Mussolini na Constituição italiana de 1848 e o Marechal Pétain, na francesa de 1875. Neste último caso, pelo fato de a França ter sido derrotada pela Alemanha em 1940 e ter parte do seu território ocupado por forças alemãs, Pétain, colaborando com as forças de ocupação, incentivou a Assembléia Nacional a se reunir e modificar a organização constitucional francesa. Após o término da guerra, muito se discutiu acerca da validade desta alteração. A conclusão a que se chegou foi que era inconstitucional porque destoara dos procedimentos necessários à modificação.

Não há uma escala para se aferir quão acintosa é uma fraude. Tanto faz incidir em uma cláusula pétrea explícita quanto implícita: a afronta à Constituição e ao Estado Democrático de Direito é a mesma.

BIBLIOGRAFIA

- ARISTÓTELES.** *A Constituição de Atenas*. Trad. Francisco Murari Pires. São Paulo: Hucitec, 1995.
- BARACHO**, José Alfredo de Oliveira. *Teoria Geral do Federalismo*. Rio de Janeiro: Forense, 1986.
- BEÇAK**, Rubens; *A hipertrofia do executivo brasileiro: o impacto da constituição de 1988*. Departamento de Direito do Estado. Tese de Doutorado. Universidade de São Paulo, São Paulo, 2005.
- BURDEAU**, Georges. *Droit Constitutionnel et institutions politiques*. Paris: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1957.
- BULOS**, Uadi Lammêgo. *Mutação Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 1997.
- CANOTILHO**, J.J. Gomes e **MOREIRA**, Vital. *Fundamentos da Constituição*. 6ª ed., Coimbra: Almedina, 1993.
- CANOTILHO**, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 2ª ed., Coimbra: Almedina, 1998.
- CAVALCANTE**, Enoque Soares. *O Poder de Reforma Constitucional*. Dissertação de Mestrado. Recife: UFPE, 1981.
- FERREIRA**, Pinto. *Comentários à Constituição Brasileira*. Vol. 1. São Paulo: Saraiva: 1989.
- , *A Constituição e o Poder de Reforma Constitucional*. 3ª ed., Recife: Sopece, 1993.
- HELLER**, Hermann. *Teoria do Estado*. Trad. Lycurgo Gomes da Motta. São Paulo: Mestre Jou, 1968.
- HESSE**, Konrad. *A Força Normativa da Constituição*. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Fabris, 1991.
- HORTA**, Raul Machado. *Estudos de Direito Constitucional*. Belo Horizonte: Del Rey, 1995.
- KELSEN**, Hans. *Teoria Pura do Direito*. 4º ed., Trad. Dr. João Baptista Machado. Coimbra: Arménio Amado, 1976.
- LASSALLE**, Ferdinand. *Qué es una Constitución*. Buenos Aires: Siglo veinte uno, 1969.
- LOEWENSTEIN**, Karl. *Teoria de la Constitución*. Trad. Alfredo Ballego Anabitarte. Barcelona: Ariel, 1970.
- LOPES**, Maurício A. Ribeiro. *Poder Constituinte Reformador. Limites e possibilidades da Revisão Constitucional Brasileira*. São Paulo: Revista dos Tribunais. 1993.
- MALUF**, Sahid. *Teoria Geral do Estado*. São Paulo: Saraiva, 1995.
- MANIFESTO Á NAÇÃO**. Jornal O Judiciário. Recife, nº 12.
- MELO**, José Tarcízio de Almeida. *Direito Constitucional Brasileiro*. Belo Horizonte: Del Rey, 1995.
- MIRANDA**, Pontes de. *Comentários à Constituição Federal de 1967/69*. Tomo III. 2ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 1970.
- PRÉLOT**, Marcel e **LESCUYER**, Georges. *Histoires des Idées politiques*. 12º ed., Paris: Dalloz, 1990.
- PELAYO**, Manuel García. *Derecho Constitucional Comparado*. 3º ed., Madrid: Alianza Universidad, 1991.
- REVISÃO CONSTITUCIONAL**. Jornal do Conselho Federal. Brasília, nº 60/1998.
- REALE**, Miguel. *Fundamentos do Direito*. 3ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.
- RUFFIA**, Paolo Biscaretti di. *Direito Constitucional*. Trad. Maria Helena Diniz. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1984.
- SAMPAIO**, Nelson de Souza. *O Processo Legislativo*. 2ª ed., Belo horizonte: Del Rey, 1996.
- SCHMITT**, Carl. *Sobre los tres modos de pensar la ciencia jurídica*. Trad. Montserrat Herrero. Madrid: Tecnos, 1996.
- , *Teoria de la Constitución*. 2ª ed., Madrid: Alianza, 1985.

SICHES, Luis Recasens. *Tratado General de Filosofia Del Derecho*. 7ª ed., México: Editorial Porrúa, 1981.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 11º ed., São Paulo: Malheiros, 1996.

SMEND, Rudolf. *Constitucion y Derecho Constitucional*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1985.

VANOSSI, Jorge Reinaldo. *Teoria Constitucional*. Buenos Aires: Depalma, 1977.

VEGA, Pedro de. *La Reforma Constitucional y la problemática del Poder Constituyente*. 3ª ed., Madrid: Tecnos, 1995.

Soberania popular, mídia e violência

MAURICIO DA SILVA DUARTE

Sobre o autor:

Maurício da Silva Duarte. Graduado em Jornalismo (UFF) e História (UFF), mestre em Sociologia (IUPERJ) e doutor em Comunicação e Cultura (UFRJ), com posdoutorado em Comunicação Social (UFRJ). Pesquisador do NEPCOM-UFRJ.

RESUMO

Neste breve artigo, procuramos refletir sobre como a pesquisa em Comunicação Social pode participar do diagnóstico sobre dois temas cada vez mais centrais na cena carioca e na sua vida política. Trata-se da violência diariamente relatada nos meios de comunicação e do seu uso como forma de reafirmar preconceitos contra o voto popular.

Palavras chave: Mídia, direitos humanos, violência, análise do discurso.

ABSTRACT

In this brief article, we seek to reflect on how media research can participate in the diagnosis of two increasingly central themes in the Rio de Janeiro everyday scene and in its political life. It is the daily violence reported in the media and its use as a way to reaffirm prejudices against popular vote.

Keywords: humans rights, violence, media discourse analysis

INTRODUÇÃO

No Brasil e no mundo, a violência e o desprestígio do voto popular têm múltiplas causas: econômicas, sociais, culturais e políticas. Estudos de Comunicação Social, entretanto, auxiliam a fazer emergir a função que os discursos têm na construção, reprodução e transformação das representações do mundo pelos indivíduos e grupos sociais, além das relações e identidades produzidos nos processos de comunicação. Como escreveu um autor caro a esse estudo, Milton José Pinto: “Pois é por meio dos textos que se travam as batalhas que, no nosso dia-a-dia, levam os participantes de um processo comunicacional a procurar ‘dar a última palavra’, isto é, a ter reconhecido pelos receptores o aspecto hegemônico do seu discurso” (Pinto, 2002, p. 28).

Toda a parte factual será retirada das análises de jornais realizadas em minha tese de doutorado (Duarte, 2003), que tratou da cobertura jornalísticas da criminalidade violenta no Rio de Janeiro. As relações entre eleições e violência remete a um estudo posterior, de 2015, realizado a título de relatório de conclusão do posdoutorado (Duarte, 2015). A “confusão conceitual” é um aspecto significativo das disputas ideológicas (Werneck Sodré, 1988, p. 15). Em razão disso, trataremos inicialmente da questão da soberania popular.

SOBERANIA POPULAR

Chomsky (2017, p. 9-10) expõe sinteticamente duas concepções de democracia prevalentes no mundo ocidental. A primeira define-se pela autonomia do povo para participar de maneira significativa na condução dos seus assuntos pessoais. Nessa definição de democracia, os canais de informação são acessíveis e livres. A outra concepção de democracia é aquela que impede o povo de conduzir os assuntos pessoais com autonomia e controla rigidamente os meios de informação. Abstratamente, o primeiro sentido de democracia é mais conhecido. Entretanto, a concepção realmente predominante é a segunda, que Chomski chama de “democracia de expectadores” (idem, p.14). Esse tipo de democracia baseia-se na noção de que os grupos muito instruídos da sociedade possuem condições de compreender o funcionamento do mundo. A essa pequena elite intelectual compete administrar o interesse geral, os assuntos relevantes que escapam à compreensão das pessoas comuns.

A possibilidade dessa vanguarda de notáveis gerir interesse geral abriu-se com a propaganda política governamental nos Estados Unidos, durante a Primeira Guerra (1914-18). Esse ponto de vista é particularmente interessante se acompanharmos a reflexão de um teórico da democracia liberal e do papel da imprensa, Walter Lippmann.

Ele acreditava que “as questões de substância deveriam ser decididas por administradores instruídos, cujo acesso a informações confiáveis os tornava imunes aos ‘símbolos’ e ‘estereótipos’ emocionais que dominavam o debate público. O público era incompetente para se autogovernar, e parecia não se importar com isso.” (Lasch, 1995, p. 196). Lippmann seguia a distinção platônica entre opinião e ciência. Para ele, o debate era “um mal desnecessário”, tendo em vista a “ignorância popular”. A partir do momento em que os governantes (os notáveis ultrainstruídos) estivessem informados, tomariam as decisões “científicas”. Há uma clara relação com o positivismo clássico. A geração positivista chega ao governo no Brasil em 1930, com Vargas, e cria, por exemplo, o serviço público por concurso, o Dasp, etc.

Uma das consequências do pensamento de Lippmann é que, para ele, o papel da imprensa é fornecer informações e não incentivar o debate. Lasch (1995, p. 16-18) lembra que, na época, a posição de Lippmann era oposta ao filósofo democrata John Dewey. Seguindo a tradição de William James, Dewey defendia que nossa própria busca de informações confiáveis é guiada pelos pontos de vista levantados na discussão de determinados acontecimentos. Só quando submetemos nossas preferências e projetos ao debate é que chegamos a compreender o que sabemos e o que ainda temos que aprender. Enquanto não for necessário defender em público nossos pontos de vista, eles permanecem opiniões no sentido pejorativo, de mero “achismo”, para usar um termo atual.

Dewey foi suscetível à propaganda de da I Guerra. Ele esteve ao lado da “classe instruída que favoreceu mudança da opinião pública americana, que antes rejeitava a participação no conflito europeu e se transformou num consenso belicista (Chomsky, 2017, p. 15). Mesmo assim, Dewey aponta para o papel que seria o mais importante da imprensa. Esse papel não é apenas “informar” para formar “certezas”. A imprensa deve se orientar como uma “esfera pública” como apontado por Habermas, deve principalmente provocar o debate público, oferecer a pluralidade de pontos de vista para que o público forme a sua opinião com autonomia.

Lippmann, portanto, é um dos primeiros teóricos da “democracia de expectadores”, que tem como base a existência de uma minoria de pessoas intelectualmente preparadas, que se interessam por política, pelos assuntos econômicos, pelos debates legislativos. São esses notáveis que devem governar ou, no caso dos jornalistas, orientar o debate público. A outra face da moeda, segundo Lippmann, é a multidão desinteressada pela política, que não passa de “um rebanho assustado”, a massa que não se importa em deixar o governo aos especialistas, desde que perceba que está melhorando de vida (Lippmann, 2008).

Nosso maior interesse na obra de Lipman não é a evidente unilateralidade das suas proposições, mas a percepção de que os pressupostos dela estão presente até hoje na ação da propaganda política dos partidos e governos, mas também no comportamento dos jornalistas. São um ponto de vista sobre a realidade que se transformou, portanto, num grande “senso comum” em relação à participação eleitoral e política das classes populares.

O conceito de “senso comum” está associado à obra do pensador marxista italiano Antonio Gramsci e pode ser sintetizado aqui como um ponto de vista que se manifesta como “dato”. Estratégias retóricas empregadas pelos meios de comunicação em geral e os jornalistas, em particular, constroem representações da violência e da participação política popular que, como uma espécie de conta-gotas mental, tendem a se enraizar nos corações e mentes da maioria das pessoas. Passam a ser valores assumidos como “dados”, o modo “normal” e “natural” de interpretar a realidade. As negociações de sentido e outros aspectos relevantes que contribuíram na universalização desse ponto de vista acaba por desaparecer. Nossa hipótese é que o senso comum e a naturalização dos estereótipos disseminados nessas representações convergem na justificativa de práticas repressivas abusivas na imposição da ordem pública e na desqualificação do voto popular.

MÍDIA, PODER E DISCURSO

Utilizamos aqui o conceito de discurso proposto por Milton José Pinto (2002), que o define como um objeto de conhecimento construído a partir de produtos culturais empíricos, que o autor exemplifica: anúncios publicitários, capas de periódicos, programas televisivos e de rádio, entrevistas médicas, entrevistas de emprego, textos jornalísticos impressos, discursos políticos, cartilhas para prevenção de doenças, organização dos espaços de uma cidade, de repartições públicas, de empresas, ou de nossas casas, entre outros. Esse material empírico é chamado de texto (que inclui linguagens variadas, como textos verbais, orais ou escritos, mas também imagens, gestos, comportamentos e toda a linguagem não-verbal).

Outra característica da noção de discurso é relacionar os textos empíricos à situação imediata de comunicação ou gênero (Bakhtin) e ao contexto político, econômico mais amplo (as ordens do discurso, de Foucault). Ainda segundo Milton José Pinto, a análise de discursos, portanto, interpreta os textos empíricos a partir de informações (1) do contexto situacional (o ambiente físico e institucional em que o texto é produzido, circula e é consumido); (2) do cotexto (outros textos que circulam no ambiente físico ao redor do texto ou de qualquer fragmento dele; (3) dos contextos das ordens de discursos ou interdiscursos (outros textos produzidos no mesmo quadro institucional ou relativos à mesma área de conhecimento e afins, que são mobilizados intertextualmente na interpretação).

A partir de Michel Foucault (1969), Milton José Pinto associa discurso à prática social de produção de textos que surge vinculada a práticas sociais no interior das instituições sociais (família, escola, trabalho etc) nas quais estamos engajados. A partir de Bakhtin, Pinto define o discurso como prática social com sendo assumido por um sujeito (que aparece como responsável pelo ponto de vista, orientação ou perspectiva que o texto apresenta sobre o mundo representado), ao mesmo tempo que, polifonicamente, outros pontos de vista concorrentes são atribuídos aos possíveis receptores ou a terceiros, para serem reforçados ou refutados (dialogismo).

Sendo uma prática social no interior de instituições, o discurso é constrangido pelas estruturas sociais, portanto, regido por regras, normas e convenções mais ou menos estáveis e tem uma finalidade social previamente determinada. Mas o discurso é ainda uma forma de ação individual, como foi estabelecido pela teoria dos atos de fala de John Austin e pelos estudos das leis do discurso desenvolvidos por Henry Paul Grice e seguidores. Pinto (2002) enfatiza a possibilidade de transformação das estruturas sociais pela agência humana. Em determinadas situações históricas e sociais, a ação individual pode levar à modificação das regras, normas e convenções estabelecidas. Como prática social, o discurso é portanto constitutivo das práticas sociais, age criativamente sobre o social e contribui significativamente para as transformações sociais e estruturais.

Ness sentido, as práticas sociais que hoje definem a soberania popular e a violência hoje são também construídas pelos discursos, especialmente os da mídia e da imprensa. Para análise dos textos, é fundamental entender que as normas, regras e convenções que formam o gênero do discurso e as estruturas sociais deixam indícios, pistas materiais nos textos, que devem ser analisados segundo a relação tridimensional do texto com o cotexto (ambiente da comunicação ou gênero) e contexto (estruturas sociais ou interdiscurso).

ESTEREÓTIPOS NA MÍDIA

Formulado por Foucault, o conceito de dispositivo estratégico traduz o foco analítico de sua análise de discursos. O pensador francês centra-se nas “condições de possibilidade do discurso” e sobre as “regras de formação” que definem possíveis objetos, modalidades enunciativas, sujeitos, conceitos e estratégias de um tipo particular de discurso (o dispositivo estratégico). Trata-se de um circuito em que o sujeito ou a instituição constrói o problema (ou recorte do ob-

jeto) e os saberes sobre as causas e a normalização dos seus efeitos. O vínculo interpretativo entre a questão social e a violência urbana é ilustrativo desse mecanismo. Zaluar (1994:178-180) mostra que os argumentos e interpretações que associam de forma linear e monocausal a pobreza e violência formam o senso comum da população sobre a política institucional e social considerada adequada para combater a violência urbana. Travado principalmente na mídia, esse debate fixou o vínculo interpretativo a pobreza como causa dos problemas da violência urbana, sem que estudiosos e críticos atentassem para suas consequências ideológicas disso.

Como explica Misse (1998:3), explicações deterministas como a relação monocausal pobreza-crime passam a constituir o processo de construção do objeto (violência é efeito direto da pobreza, por exemplo). Assim, quando um tipo de comportamento é recortado como “crime”, logo um saber se constituirá sobre as suas causas. Tal saber fica vinculado ao desenvolvimento do controle dos efeitos e também à construção de dispositivos de controle sobre os efeitos. Quando, por exemplo, naturalizamos a relação pobreza-crime, mas sabemos que o Estado não possui recursos para erradicar de imediato a pobreza. O dilema é resolvido com reforço de políticas repressivas sobre os locais de pobreza, pois há a necessidade de coibir a violência e parece “evidente” que o foco desse combate são os pobres, invariavelmente com o sacrifício de direitos básicos dessa população. Por sua vez, os resultados obtidos nesse controle dos efeitos (mais violência) reforçam necessariamente o saber sobre suas causas: pobres tendem a ser uma ameaça. Em resumo, a relação mecânica e automática entre pobreza e criminalidade é tratada como uma das causas da violência e, como forma de contornar a impossibilidade de propor soluções imediatas para o fim da pobreza, controlam-se os pobres. O resultado é um maior aprisionamento e redução de direitos dos pobres, o que reforça o vínculo entre pobreza e crime.

Uma das consequências foi a produção, no senso comum, de um deslizamento de sentido em relação à interpretação determinista do crime. O criminoso biológico (ao estilo Lombroso) cede lugar ao bandido “irrecuperável”, que “não tem jeito” porque nascido na pobreza, que passa a ser avaliada como o “meio de cultura” para o aparecimento do criminoso. Essa noção predomina nos discursos sobre os meninos de rua, apesar de os dados indicarem que eles participam muito pouco dos crimes violentos (Zaluar, 1994:180).

A segunda tendência seria a perda do valor espiritual superior do auxílio à pobreza por uma tradição do cristianismo. A antiga proteção ao pobre pela caridade privada reduziu-se drasticamente nos tempos altamente consumistas e individualistas da modernidade atual. A filantropia privada sobrevive hoje principalmente como instrumentalização e assistencialismo (ibidem). Essas modificações produzem efeitos nas identificações sociais. A pobreza adquiriu mais claramente um sentido social negativo, inclusive no plano moral. Com isso, as fronteiras entre o “pobre honesto” e o “marginal” ou “criminoso” começam a desaparecer. Não ter dinheiro para consumir os bens cada vez mais oferecidos no mercado equivale socialmente a ser suspeito de cometer atos ilegais ou ilícitos, especialmente os negros, favelados e os menores de rua

Os estereótipos simplificam as interpretações e ocultam questões complexas. Não se pretende defender que a violência não seja de alguma forma afetada pela pobreza, mas é preciso entender as formas complexas como se relacionam com a opção criminosa a negação de direitos básicos como moradia, saúde, educação de qualidade e mesmo de ir e vir, ou a pressão consumista e o acesso a bens de consumo, a ausência de valores religiosos, a estrutura familiar. A relação entre criminalidade violenta e a exclusão ao acesso aos bens de cidadania, por exemplo, é uma possibilidade obscurecida pelo senso comum. Não se trata de defender uma política de direitos humanos contra uma política punitivista, de “tolerância zero” com as ações delituosas. Num Estado Democrático de Direito o imperioso é que os agentes públicos atuem estritamente em obediência à ordem legal. Mas temos assistido a um crescente estímulo a uma ação violenta do Estado, muitas vezes sem respeito aos direitos de cidadania, ampliando ainda mais o fosso da exclusão social dos pobres.

LINGUAGEM E IDEOLOGIA

A relação entre pobreza e crime e a democracia de expectadores (o cidadão comum, em especial os pobres) formam o pressuposto. Tenham ou não consciência disso, também os jornalistas recortam e interpretam a realidade a partir de pressupostos que materializam modelos explicativos da realidade. Estes se manifestam e deixam marcas na superfície textual, que podem ser reconhecidos por uma leitura crítica e atenta. As noções de implicatura e pressuposto remetem à produção de sentido resultante da exploração de informações e expectativas dos participantes de um contexto de comunicação e tem profundo valor ideológico. Em geral, os enunciados proferidos numa situação atendem a uma expectativa dos interlocutores de que haja informações relevantes, que devem ser interpretadas na sua literalidade.

No célebre exemplo de Grice, as regras “conversacionais” obedecem a uma lógica própria, quando os falantes engajam-se numa conversa (ser breve, relevante, tão informativo quanto exigido no momento da conversa, etc.). Por dominarem de algum modo as regras, os interlocutores podem explorá-las para produzir sentidos diferentes.

Assim, ao receber de um conhecido o pedido para que redigisse uma carta de indicação a um emprego para o qual o candidato não tinha as qualidades exigidas, um professor escreve que se trata “de um bom homem, com uma boa

caligrafia”. O sentido implícito produzido é, claramente, o oposto do elogio pretendido originalmente.

Rebelo (2000:96) mostra que em frases como “Bela e bandida” (manchete do jornal O Dia, de 15 de maio de 2002), a conjunção “e” expressa uma significação só apreensível pela leitura em conjunto do texto ou pela verificação de uma relação de habitualidade ou convivência em alto grau entre emissor e receptor, capaz de habilitá-lo à interpretação. É preciso confiar que o receptor faça as inferências necessárias para preencher as lacunas automaticamente. No caso, ao fazer a análise textual, mostrei que a reportagem reafirma preconceitos ao propor como motivo de destaque o ato delituoso ser praticado por uma jovem universitária, estudante de Direito, com origem social de classe média. Presa por roubar um automóvel, o caso da jovem foi tratado de forma hiperbólica e sensacionalizado. Por denegação, o jornal reafirmava como “natural” o crime praticado por um negro, do sexo masculino, pobre e favelado, que forma o tradicional “roteiro da polícia”.

Trata-se de uma relação não dita: o implícito discursivo. É uma forma de dizer sem os riscos de fazê-lo explicitamente, num apelo à cumplicidade do receptor. De transferir ao receptor a responsabilidade que seria do enunciador, beneficiado pela eficácia da palavra e a inocência do silêncio (Ducrot). Neste caso, trata-se de um “subentendido”, quando é necessário fazer relações de contexto para apreender o sentido do enunciado.

Já a pressuposição remete ao que está na própria frase e foi teorizada por Frege. Observemos a oração: “Kepler morreu na miséria”. Há aí dois enunciados distintos, “Kepler morreu” e “quando Kepler morreu, ele estava na miséria”. Além do desdobramento, Frege chama atenção para dois pontos fundamentais.

1- A negação da frase original (ele estava na miséria), afeta o segundo enunciado (ele morreu na miséria), mas não o primeiro (Kepler morreu). A pressuposição, portanto, é de que Kepler morreu, porque isso não pode ser negado na frase. Uma oração pressupõe outra quando a verdade ou a negação da primeira afeta a verdade da segunda. A relação de pressuposição resiste à negação ou à interrogação (em “Kepler morreu na miséria?”, a dúvida fica sobre o estado financeiro em que ele se encontrava ao morrer, sem colocar em dúvida a morte).

2- A informação pressuposta é a condição de emprego da oração que a pressupõe. Não se discutiria se Kepler morreu ou não miserável, sem a certeza de que ele morreu nem de que isso de alguma forma seja de conhecimento dos interlocutores.

Uma vez que as pressuposições não são passíveis de negação, o falante (locutor) as utiliza para impor ao seu interlocutor um quadro em que o discurso necessariamente vai se desenvolver (pobres são uma ameaça; ou o voto dos pouco instruídos não é consciente, por exemplo). Trata-se de um recurso que o locutor emprega ativamente para direcionar a comunicação, para impor uma “verdade” por trás das informações passadas.

Em “a favela pede paz” (EXTRA, 28 de maio de 2002), é imposto ao leitor o pressuposto de que nas favelas se vive uma guerra sem fim. Uma verdade que não pode ser contestada. O mesmo se pode dizer em relação à seguinte pergunta, estampada em letras garrafais na primeira página de um caderno especial: “O Rio está perdendo a guerra contra o tráfico?”. Toda pergunta ou “pedido” envolve um contexto e, mais ainda, uma resposta ou possibilidade já ofertadas como pressuposto. A pergunta e o pedido parecem inocentes, mas obrigam o interlocutor a compartilhar o preconceito (a idéia historicamente inverídica) de que as favelas sempre viveram em guerra ou ainda, que os favelados constituem a população de um território à parte da cidade, cuja ocupação se submete não à lógica da cidadania, mas à do apartheid e da guerra. O leitor é estimulado a dividir os mesmos estereótipos que orientam as redações dos jornais. O resultado é um apelo maior a políticas repressivas nessas comunidades.

Quando o relato do jornal descreve que o Comando Vermelho ameaça a sociedade, está implícito o seguinte ato: “(eu afirmo que) o Comando Vermelho ameaça a sociedade”. Isso significa que relatos, descrições e constatações e outras atribuições a falantes podem trazer a autoridade institucional, quando, por exemplo, reproduzidas dentro da notícia. Assim, há o pressuposto da objetividade jornalística, de que a notícia foi checada, apurada e relatada por um repórter profissional, que teve o aval do editor etc, incorporando à narrativa a credibilidade da empresa de jornalismo.

A partir dos estudos de H. L. Hart, Danilo Marcondes (1992, p. 64) propõe ir além. Classificar como apenas “descriptivas” as orações da forma “ele fez isto”, seria inadequado. A principal função destas orações seria atribuir a alguém a responsabilidade de um ato, de determinada ação. Assim, enunciar que “tráfico comanda ataque no bairro, com ônibus queimados e lojas apedrejadas” (O GLOBO, 11/9/2002), não significa descrever meramente a participação do tráfico no acontecimento, mas atribuir aos traficantes uma liderança e uma responsabilidade nesse episódio. Como assinala Marcondes, trata-se da coexistência de um duplo caráter descritivo-atributivo. As duas categorias não são excludentes e a atribuição de responsabilidade, na maioria dos casos, é a dimensão mais profunda da descrição.

Essa é uma questão fundamental para a discussão sobre linguagem e ideologia. Desde a Teoria da Argumentação de Ducrot, os estudos linguísticos associam, nas enunciações (contexto em que se profere o enunciado), “lugares” a “falas”. Assim, o enunciado-estereótipo “só tem bandido na favela” corresponde, certamente, a alguém que assume

um lugar de fala de “fora da favela”. Ou “não tenho nada contra gays, só não quero que sejam meus amigos” é uma fala de alguém que assume o lugar de um “não-gay”. Isso significa que não há enunciados abstratos. Nossa fala sempre é estruturada pelas relações do contexto social em que existimos e revelam nossas escolhas (inclusive existenciais).

Um exemplo disso ocorreu nas eleições municipais 2008, quando a imprensa passou a semantizar as comunidades faveladas do Rio como “currais eleitorais do crime”, já incluindo aí as milícias, em especial após o episódio da tortura a jornalistas na comunidade do Batan. Assume-se de uma vez o lugar da não-favela e do voto autônomo consciente, provavelmente dos ambientes da zona sul e de classe média. Na época, o Tribunal Superior Eleitoral e o Tribunal Regional Eleitoral do Rio de Janeiro solicitaram a presença de tropas das Forças Armadas para garantia das eleições e da liberdade do exercício do voto nessas localidades, na chamada “Operação Guanabara”.

Essa foi a segunda intervenção de tropas federais em eleições no Rio de Janeiro. Em 1994, as eleições proporcionais no estado foram anuladas, após a prisão de uma quadrilha de fraudadores. A nova eleição ocorreu na data do segundo turno das eleições presidenciais, quando o eleitor fluminense votou no candidato à Presidência da República e também em deputados federais e estaduais. Tanto a anulação da eleição proporcional como a intervenção das Forças Armadas tiveram como motivação a ação de quadrilha especializada em fraudes eleitorais. Mesmo o Rio de Janeiro tendo vivido a experiência de tropas federais atuando na segurança pública dois anos antes, na Eco-92, a criminalidade violenta não estava na pauta da presença das tropas em 1994. A segurança pública se torna “pressuposto” da intervenção a partir de 2008, quando o pressuposto de uma guerra entre traficantes, milícias e o Estado já havia sido naturalizado.

Outro aspecto da lexicalização que é muito importante na análise de discursos é o uso das figuras de retórica de substituição ou tropos, como a metáfora, a sinédoque (tomar a parte pelo todo) e outras formas de metonímia. A metonímia é a forma usual de fazer generalizações. Como esclarece Milton José Pinto (2002), as interpretações que os receptores fazem dos textos sempre levam em conta elementos dos interdiscursos, para suprir as lacunas que os textos apresentam, ligando entre si as frases e partes do texto e relacionando-os a um universo de discurso coerente ou “mundo”. Estes elementos originam-se do senso comum, compreendido como informações “evidentes”, comunicadas em geral por um repertório de frases feitas sobre todas as áreas de conhecimento, obtidas a partir de um já dito em textos anteriores que se tornou hegemônico, ou por meio de generalizações indevidas que utilizaram amplamente a metonímia.

Ainda segundo Milton Pinto, as metáforas seja em geral são estudadas em textos com função estética, como em poesia. Porém, desde o trabalho *Metaphors we live by* de George Lakoff e M. Johnson (1980), começou-se a dar mais relevância ao seu papel estruturante do modo como pensamos, do modo como agimos e do modo como construímos nossos conhecimentos e crenças. Como esclarece Norman Fairclough (2001: p.241):

As metáforas penetram em todos os tipos de linguagem e em todos os tipos de texto, mesmo nos casos menos promissores, como os textos científicos e técnicos. Além disso, as metáforas não são apenas adornos estilísticos superficiais dos textos. Quando nós significamos coisas por meio de uma metáfora e não de outra, estamos construindo nossa realidade de uma maneira e não de outra. (...) Algumas metáforas estão tão profundamente naturalizadas no interior de uma cultura particular que as pessoas não apenas deixam de percebê-las na maior parte do tempo, como consideram extremamente difícil escapar delas em seus textos, pensamento ou ação, mesmo quando se chama atenção para isto.

Lakoff e Johnson estudam a construção metafórica de uma discussão como uma guerra, pelo uso de expressões como ‘suas afirmações são indefensáveis’, ‘ele atacou cada ponto fraco do meu argumento’, ‘suas críticas foram direto ao alvo’ ou ‘eu demoli seu argumento’. E comentam que não é apenas uma questão superficial de lexicalização, como se poderia pensar, pois “muitas coisas que fazemos ao discutir são parcialmente estruturadas pelo conceito de guerra” (1980, p. 4). A cobertura de uma campanha eleitoral pela mídia, por exemplo, está repleta de expressões que retomam e reforçam esta metáfora (‘ataque’, ‘defesa’, ‘contra-ataque’, ‘ofensiva’, ‘frentes’, ‘retaguarda’).

No caso das notícias sobre a violência urbana, estudei duas metáforas quase sempre presentes: a da ‘guerra’ e a do ‘Estado paralelo’. No dia 15/05/2002, o *Jornal do Brasil* publicou uma matéria sobre violência urbana ligada às drogas cujo título era ‘Tráfico ataca Estado’, com o subtítulo ‘Tiros e granada contra prédio do Desipe e dos Direitos Humanos’ (Duarte, 2003: p.228). A metáfora da ‘guerra’ transparece na escolha das palavras ‘ataca’, ‘tiros’, ‘granada’, ‘contra’ e a do ‘Estado paralelo’ na fórmula exemplar do título construído à semelhança de frases como ‘Estados Unidos atacam Afeganistão’.

O título se constrói ainda sobre duas sinédoques forçadas, ‘Tráfico’, que estende à totalidade dos traficantes a ação realizada por uma determinada facção, e ‘Estado’, sem restritivos, que estende a ação exercida contra duas repartições públicas do estado do Rio de Janeiro ao governo estadual no seu todo e mesmo ao governo do país, pois a palavra ‘Estado’, escrita com maiúscula, envia para a noção teórica de ‘organização político-administrativa de um país’.

Dessa forma, o jornal dá a entender que o tráfico de drogas é um Estado em beligerância contra o Estado nacional, numa hipérbole tendenciosa e alarmista. Como alertei anteriormente, a atuação como um “conta-gotas mental” da mídia em construções assim impõe o pressuposto e contribui para formatar o senso comum sobre a guerra, a ousadia e falta de limites do tráfico de drogas. Senso comum que atinge, inclusive, os próprios policiais e traficantes, estimulando a beligerância e agressividade, entre outros motivos por interpretarem na forma literal, ao pé da letra, o que não passa de figuras de retórica que circulam nos jornais. O efeito é o desrespeito aos direitos humanos, a restrição em geral aos direitos de cidadania dos moradores de favela e a interpretação que torna aceitável morte de inocentes (‘civis’), algo inevitável numa guerra.

A partir de 2008, com a Operação Guanabara, o noticiário político do Rio de Janeiro passou a se confundir, a cada eleição, com o noticiário de crime. O novo dispositivo estratégico (produção do objeto pobreza em território de guerra = voto desqualificado) dissemina o pressuposto de que os moradores de favela formam um imenso curral eleitoral do crime. Antes, o voto do pobre já era questionado por razões de submissão a políticas clientelistas. Agora, coagidos e controlados nesses territórios sem lei, os moradores de favela têm mais uma razão para serem tratados como subcidadãos na questão da legitimidade do voto.

Não se deseja negar o óbvio, que é a presença totalitária dos grupos criminosos nesses territórios. O que se propõe é levantar uma questão concorrente à solução repressiva, uma vez que esse pressuposto endossa e reforça o senso comum que estimula a beligerância nos morros da cidade. A agenda concorrente é, novamente, a questão dos direitos, da inclusão social, da necessidade de garantir políticas públicas que permitam o desenvolvimento e a liberdade da população pobre do Rio de Janeiro e do País. É esse debate que está sendo silenciado pelas políticas públicas repressivas e pela lugar de fala ocupado pelos jornais.

BIBLIOGRAFIA

DUARTE, M. da S. *Cidadania obstruída – Jornais cariocas e a construção discursiva da violência no Rio*. Rio de Janeiro: ECO/UFRJ, Tese de Doutorado, 2003, mimeo.

_____. *Caso de polícia: eleições e a cobertura da imprensa no Rio de Janeiro*. Rio de Janeiro: ECO/UFRJ, relatório final do posdoutorado, 2015, mimeo.

FAIRCLOUGH, N. *Discurso e mudança social*. Brasília: UNB, 2001; original inglês publicado em 1992.

LAKOFF, G & JOHNSON, M. *Metaphors we live by*. Chicago: University of Chicago Press, 1980.

LASCH, Christopher. *A rebelião das elites e traição da democracia*. Rio de Janeiro: Ediouro, 1995.

LIPPMANN, Walter. (Opinião Pública). Petrópolis RJ: Vozes, 2008.

MARCONDES, Danilo. *Filosofia, linguagem e comunicação*. São Paulo: Cortez Editora, 1992.

MISSE, Michel (1995). “Cinco Teses Equivocadas sobre a Criminalidade Urbana no Brasil — Uma Abordagem Crítica, Acompanhada de Sugestões para uma Agenda de Pesquisas”. in.: IUPERJ. *Violência e participação política no Rio de Janeiro*. Rio de Janeiro, IUPERJ, Série Estudos n°. 91, agosto de 1995.

_____. (1995a) *Crime e pobreza: velhos enfoques, novos problemas*. Mimeo.

PINTO, M. J. *Comunicação e Discurso – Introdução à análise de discursos*. São Paulo: Hacker Editores, 1999, segunda edição revista e aumentada em 2002.

ZALUAR, A. A globalização do crime e os limites da explicação local. In: Alvito, M. & Velho,

ZALUAR, A. A globalização do crime e os limites da explicação local. In: Alvito, M. & Velho, G. (orgs.). *Cidadania e violência*, Rio de Janeiro: UFRJ/FGV, 1996.

A democracia como regime político: breve ensaio em busca de uma definição teórica

JAIME BARREIROS NETO

Sobre o autor:

Jaime Barreiros Neto. Membro Titular da Cadeira nº. 06 da Academia de Letras Jurídicas da Bahia. Doutor em Ciências Sociais (UFBA). Mestre em Direito (UFBA). Professor da Faculdade de Direito da UFBA e da Faculdade Baiana de Direito. Analista Judiciário do Tribunal Regional Eleitoral da Bahia

RESUMO

Como ideia e como realidade política, a democracia é essencialmente polêmica. Conceito de difícil definição, a democracia comporta uma diversidade de interpretações, as quais geram, constantemente, dúvidas acerca do seu efetivo conteúdo. Este breve ensaio tem como objetivo estabelecer premissas básicas à compreensão do conteúdo, das características essenciais e das finalidades do regime democrático, almejando colaborar para a melhor compreensão didática deste importante tema do cotidiano político.

Palavras-chave: Democracia, ideologias políticas, cidadania, participação, pluralismo

ABSTRACT

As an idea and as a political reality, democracy is essentially controversial. A concept that is difficult to define, democracy has a diversity of interpretations, which constantly generate doubts about its effective content. This brief essay aims to establish basic premises for the understanding of the content, essential characteristics and purposes of the democratic regime, aiming to contribute to a better didactic understanding of this important theme of political daily life.

Palavras-chave: Democracy - political ideologies - citizenship - participation - pluralism

No mundo de hoje, vivemos a parêmia da unanimidade democrática: a maior parte dos governos e dos povos de todo o planeta desejam se intitular, ou mesmo autoproclamam-se, como democráticos! A democracia, assim, se tornou um dos grandes fetiches da modernidade, aclamada por liberais, socialdemocratas, socialistas e até mesmo por autocratas como um valor fundamental da sociedade contemporânea.

Sob o mesmo adjetivo de “Estado democrático” se aglutinam, ou se aglutinaram, nas últimas décadas, países como o Brasil, os Estados Unidos, a antiga União Soviética, a extinta Alemanha Oriental (República Democrática da Alemanha), e, até mesmo, o Iraque, à época de Saddam Hussein (eleito presidente pelo voto popular, com votação recorde de quase 100% do eleitorado). Sociedades com características culturais e políticas tão díspares entre si louvam o discurso da democracia, juntamente com todo o seu valor simbólico, gerando, naqueles que buscam compreender racionalmente os sentidos deste regime político, grandes perplexidades. Afinal de contas, o que é uma democracia? Quais as suas características essenciais? Quais seriam os pontos de partida para uma reflexão acerca da melhoria da qualidade e do funcionamento deste regime político?

Como destaca David Held², como ideia e como realidade política, a democracia é essencialmente polêmica. Não por outro motivo, uma das mais conhecidas definições do regime político democrático é aquela cuja autoria é atribuída a Winston Churchill, estadista e historiador britânico que governou o Reino Unido durante a maior parte da II Guerra Mundial, transformando-se em um dos mais importantes personagens políticos do século XX, segundo a qual a democracia seria “o pior de todos os regimes políticos, à exceção de todos os demais já testados”.

Abraham Lincoln, presidente dos Estados Unidos no século XIX, durante a Guerra da Secessão, em um histórico discurso, proferido em Gettysburg³, em 1863, definiu, de forma sintética, a democracia como sendo “o governo do povo, pelo povo e para o povo”. José Afonso da Silva⁴, comentando a famosa conceituação de democracia firmada pelo antigo presidente estadunidense, leciona que a ideia de “governo do povo” indica que a democracia é um regime político em que a soberania popular é o princípio fundamental, sendo, portanto, o povo a fonte de todo o poder. A ideia de “governo pelo povo”, por sua vez, segundo esse autor, perfaz a ideia de que “governo democrático é o que se baseia na adesão livre e voluntária do povo à autoridade, como base da legitimidade do exercício do poder”. Finalmente, a expressão “governo para o povo”, ainda para José Afonso da Silva, representa a perspectiva de que o regime democrático “há de ser aquele que procure liberar o homem de toda imposição autoritária e garantir o máximo de segurança e bem-estar”⁵.

Segundo Charles Tilly⁶, os observadores da democracia costumam defini-la, a partir de uma ou mais dessas quatro espécies de definições: a constitucional, a substantiva, a procedimental e a orientada pelo processo. A primeira perspectiva, de ordem constitucional, centra-se no critério legal, a partir da análise do sistema normativo que rege a atividade política em um determinado Estado. Este critério, contudo, como lembra Tilly, potencialmente produz distorções, tendo em vista que, muitas vezes, a realidade cotidiana se distancia da realidade deôntica (mundo do ser distante do mundo do dever ser), situação em que se verifica “grandes discrepâncias entre os princípios afirmados e as práticas cotidianas, o que faz com que as constituições sejam uma evidência enganosa”.

As abordagens substantivas, por sua vez, têm como fio condutor a análise das condições de vida e de política promovidas, em concreto, por um determinado regime. Como bem destaca Tilly, há de ser observado se um determinado

² David Held, *Modelos de Democracia*. 3. ed. p. 15, Madrid: Alianza Editorial, 2012.

³ Eis a íntegra do famoso discurso de Abraham Lincoln, proferido em Gettysburg (In: Carlos Figueiredo, 100 Discursos Históricos, 3. ed. p. 248-249, Belo Horizonte – MG: Leitura, 2002): “Há 87 anos nossos antepassados criaram neste continente uma nova nação, concebida em liberdade e consagrada a idéia de que todos os homens nascem iguais. Estamos no presente envolvidos em uma grande guerra civil testando se esta nação, ou qualquer outra nação assim concebida e consagrada, pode perdurar. Encontramo-nos agora reunidos em um grande campo de batalha dessa guerra. Aqui viemos para dedicar parte deste campo como um lugar de repouso eterno para aqueles que aqui deram as suas vidas para que esta nação pudesse viver. E é conveniente e apropriado que prestemos juntos essa homenagem. Mas, num sentido mais amplo, não podemos dedicar, não podemos consagrar nem santificar este chão. Os homens de coragem, vivos e mortos, que aqui combateram, já o consagraram, muito além do que nossas parcas forças poderiam contribuir para engrandecê-lo ou diminuí-lo. O mundo pouco irá notar e cedo esquecerá o que dizemos aqui, mas jamais poderá esquecer o que aqueles homens aqui fizeram. É para nós, vivos, que antes de mais nada devemos nos consagrar ao trabalho inacabado, tão nobremente iniciado por aqueles que aqui lutaram, que caberia tal dedicatória. Sim, é para nós, que aqui estamos entregues à grande tarefa que nos defronta, que isso se endereça mais do que a esses mortos honrados, dos quais tomaremos a alta devoção àquela causa pela qual esgotaram a última reserva de dedicação – tarefa essa que devemos assumir para que esses mortos não tenham morrido em vão, para que esta nação, sob a proteção de Deus, renasça em liberdade e que o governo do povo, pelo povo e para o povo não desapareça da face da Terra”.

⁴ José Afonso da Silva, *Curso de Direito Constitucional Positivo*, 5. ed. p. 139, São Paulo – SP: Malheiros, 1998.

⁵ Idem, mesma página.

⁶ Charles Tilly, *Democracia*. 1. ed. p. 21-24. Petrópolis-RJ: Vozes, 2013.

regime político é ou não capaz de promover o bem-estar, a liberdade, a segurança, a igualdade, a deliberação pública e a resolução pacífica dos conflitos. Em caso positivo, é possível, nesta perspectiva, definir tal regime como democrático, independentemente do que está previsto nas leis e na constituição.

As abordagens procedimentais, por sua vez, têm como elemento norteador a análise de um determinado conjunto de práticas governamentais como critério para a classificação do regime político em estudo como democrático ou não. Neste sentido, vislumbra-se a análise do potencial do processo eleitoral para produzir mudanças nas políticas governamentais, significativas ou não. Caso tal processo seja apto a produzir tais mudanças, o regime poderá, a partir de uma abordagem procedimental, ser considerado democrático. Caso contrário, em situações, por exemplo, em que as eleições não se mostram como competitivas, servindo como instrumento de massacre das oposições pelo governo, o analista procedimental rechaça a existência de uma democracia no país analisado.

Por fim, as abordagens orientadas para o processo apresentam-se como mais complexas, por exigir a presença de um conjunto mínimo de processos (ou critérios), que devem funcionar e estar presentes continuamente, para que uma sociedade seja considerada democrática. Neste sentido, destaca-se o argumento clássico de Robert Dahl⁷, que prevê a necessidade da presença de cinco características fundamentais, em uma sociedade, para que esta seja classificada como democrática. São elas a participação efetiva do povo na vida política, a igualdade de voto, a inclusão de adultos (sufrágio universal), o controle do planejamento (transparência e accountability) e o entendimento esclarecido.

Filiando-se a uma definição de democracia vinculada a uma abordagem orientada para o processo, Charles Tilly⁸ defende que um regime é democrático “na medida em que as relações políticas entre os Estado e seus cidadãos engendram consultas amplas, igualitárias, protegidas e mutuamente vinculantes”. Assim, para Tilly, o processo de democratização significa um real movimento em busca da promoção de aumento da participação política, com uma maior igualdade, proteção contra a ação arbitrária do Estado e vinculação das decisões, enquanto que a “desdemocratização” seria o processo inverso.

Nelson de Sousa Sampaio⁹, buscando descrever quais seriam as “ideias-força de democracia”, defendeu, em trabalho publicado em 1941, que “a ideia nuclear da concepção democrática é o pressuposto ético que condena a utilização de qualquer indivíduo humano como simples instrumento ou meio para os fins de outros indivíduos ou grupos”. Desta forma, para Sampaio o direito de todos os indivíduos à participação na formação da vontade coletiva e na organização do Estado seria o grande corolário da democracia. Na sua visão, a democracia não poderia se resumir ao reconhecimento dos direitos das maiorias, mas sim na defesa intransigente dos direitos minoritários, revelada no reconhecimento de direitos fundamentais do indivíduo, dentre os quais se destacam o direito à vida, à honra, à educação, ao fruto do seu trabalho, à inviolabilidade do domicílio e correspondência, à legalidade e à ampla defesa, e às liberdades públicas (palavra falada e escrita, reunião e associação, e participação na organização do Estado).

Seguindo linha semelhante à desenvolvida por Nelson de Sousa Sampaio, Robert Dahl, em sua clássica obra “Poliarquia: participação e oposição”, defende que um governo só poderá ser considerado democrático se alcançar a qualidade de ser inteiramente ou quase inteiramente responsivo a seus cidadãos. Para que isto aconteça, segundo Dahl¹⁰, todos os cidadãos deverão ser capazes de formular preferências, a partir do exercício da liberdade de expressão, da liberdade de associação, do direito de voto, e da liberdade de informação; de expressar suas preferências a seus concidadãos e ao governo, individualmente e coletivamente; e de ter suas preferências consideradas na conduta do governo, requisito que pressupõe a existência de eleições livres e de instituições aptas a responder aos anseios populares, por meio das políticas governamentais.

Criticando, ao mesmo tempo, aqueles que defendem o “messianismo político”, revelado na supervalorização do Estado, tornado onipotente, e os defensores do ultraliberalismo, que, ao contrário, defendem uma supremacia absoluta do indivíduo, Tzvetan Todorov destaca, por sua vez, que, através de leis e normas, é possível e necessária a restrição da liberdade, a fim de esta não se torne uma ameaça. O caminho da moderação, assim, se revelaria como o mais seguro, ao buscar repelir, ao mesmo tempo, a tirania dos indivíduos e a tirania das instituições.

Para Todorov, a democracia se define menos pelas instituições e mais pela maneira como o poder é exercido. A forma ideal de exercício do poder democrático, na perspectiva de Todorov, revela-se no pluralismo, uma vez que nenhum poder, por mais legítimo que seja, deve ser confiado às mesmas pessoas ou confiados às mesmas instituições. É fundamental para uma democracia, segundo Todorov, que o Poder Judiciário não seja submetido ao poder político; que o poder midiático seja plural e independente do governo; que o poder econômico e o poder político sejam indepen-

⁷Robert Dahl, *Sobre a Democracia*, p. 49-59, Brasília: UNB, 2001.

⁸Charles Tilly, *Democracia*. 1. ed. p. 40. Petrópolis-RJ: Vozes, 2013.

⁹Nelson de Sousa Sampaio, *As ideias-forças da democracia*. 1.ed. p. 187-190. Bahia: Imprensa Regina, 1941.

¹⁰Robert Dahl A., *Poliarquia: participação e oposição*. p 26-27. São Paulo: EDUSP, 1997.

dentes entre si; e que a vontade do povo seja limitada pelos “grandes princípios definidos após uma reflexão madura e inscritos na Constituição do país, ou simplesmente herdados da sabedoria dos povos”¹¹.

Contrariando a ideia de que a busca do consenso nos espaços de deliberação democrática seria viável, Joseph Schumpeter, economista austríaco que viveu na primeira metade do século XX (1883-1950) e, em 1942, escreveu a obra “Capitalismo, socialismo e democracia”, defende a concepção segundo a qual a sociedade vive de interesses antagônicos e, muitas vezes, inconciliáveis. A ideia de um bem comum a todos, assim, seria, para Schumpeter, uma falácia, uma vez que a realidade social seria competitiva, sendo a política, tão somente, um jogo a ser disputado por grupos e facções em busca do poder, não passando a democracia, neste contexto, de um método de escolha das elites governantes.

Em visão oposta à apresentada por Schumpeter, ou mesmo por Weber, acerca do conteúdo da democracia, Karl Marx, defendeu, no século XIX, a ideia de que na “verdadeira democracia”, o homem, e não as instituições, seria o verdadeiro conteúdo. Na visão marxiana, a democracia parte do homem, a partir da sua ação política. A revolução, neste diapasão, como expressão da ação política transformadora, se revelaria compatível com a “verdadeira democracia”, ao permitir um reencontro do homem com ele mesmo. O comunismo, finalmente, como afirmado em 1844 por Marx, em seus “Manuscritos Econômicos e Filosóficos”¹², representaria o “completo retorno do homem a ele mesmo como um ser social, isto é, humano; um retorno tornado consciente, e realizado no contexto de toda a riqueza do desenvolvimento precedente”, ou seja, a verdadeira essência da democracia.

A grande diversidade de interpretações e ideologias que cercam a definição do regime político da democracia, apresentadas até aqui, revela a grande complexidade e dificuldade existentes na busca de uma caracterização objetiva do que seria a essência deste regime político. Para que seja possível, contudo, uma análise profícua das tendências e possibilidades do debate em torno da reforma política no Brasil, com os seus possíveis impactos na construção do futuro da sociedade brasileira, faz-se necessário o esforço, ante esta referida complexidade, de definição de um conteúdo mínimo essencial do regime democrático, bem como da exposição dos seus principais problemas e vantagens.

De tudo quanto o exposto durante os tópicos anteriores, reveladores das mais diversas tendências ideológicas que, ao longo da história, construíram e continuam a edificar os contornos da democracia, é possível se afirmar, seguindo lição de Robert Dahl, que o regime político democrático exige a inclusão de adultos, a participação efetiva dos cidadãos na política, a igualdade do voto, o controle do programa do planejamento e o conhecimento esclarecido do povo¹³. Tal perspectiva revela a necessidade de que, em uma democracia, todos os membros de uma comunidade tenham oportunidades iguais e efetivas para fazer os outros membros conhecerem suas opiniões; que seus votos, nos processos eleitorais e de escolhas, tenham o mesmo peso e valor; que cada membro da comunidade tenha oportunidades iguais e efetivas de aprender sobre as políticas alternativas importantes e suas prováveis consequências; e que haja transparência da coisa pública. Em sua clássica obra “Poliarquia: participação e oposição”, Robert Dahl¹⁴ defende que um governo só poderá ser considerado democrático se alcançar a qualidade de ser inteiramente ou quase inteiramente responsivo a seus cidadãos. Para que isto aconteça, segundo Dahl, todos os cidadãos deverão ser capazes de formular preferências, a partir do exercício da liberdade de expressão, da liberdade de associação, do direito de voto, e da liberdade de informação; de expressar suas preferências a seus concidadãos e ao governo, individualmente e coletivamente; e de ter suas preferências consideradas na conduta do governo, requisito que pressupõe a existência de eleições livres e de instituições aptas a responder aos anseios populares, por meio das políticas governamentais.

Corroborando com muitas das afirmações de Robert Dahl acerca das características essenciais da democracia, Norberto Bobbio afirma que todos os cidadãos que tenham alcançado a maioria etária, sem distinção de raça, religião, condição econômica, sexo, devem gozar de direitos políticos, exercendo o direito de “expressar sua própria opinião ou de escolher quem a expresse por ele”¹⁵. Afirma, ainda, Bobbio que, na democracia, o voto de todos os cidadãos deve ter peso igual, a disputa entre os diversos grupos políticos deve ser livre, liberdade esta que deve ser concedida também aos cidadãos, para que estes possam formar suas opiniões e tomar suas decisões, decisões estas que, por sua vez, não podem nunca representar uma limitação dos direitos das minorias¹⁶.

¹¹ Tzvetan Todorov. Os inimigos íntimos da democracia. p. 18, São Paulo: Companhia das Letras, 2012.

¹² Karl Marx, Manuscritos econômico-filosóficos e outros textos escolhidos. Coleção Os Pensadores. Rio de Janeiro: Abril Cultural, 1974.

¹³ Robert Dahl, Sobre a Democracia, p. 49-50, Brasília – DF: UNB, 2001.

¹⁴ Robert Dahl, Poliarquia: participação e oposição. p. 26-27, São Paulo: EDUSP, 1997.

¹⁵ Norberto Bobbio, Teoria Geral da Política: A Filosofia Política e as Lições dos Clássicos. 1. ed. 6. tiragem, organizado por Michelangelo Bovero; tradução: Daniela Baccaccia Versiani, p. 427, Rio de Janeiro - RJ: Campos, 2000.

¹⁶ Uma questão de extrema importância que se impõe é a de dissociar a democracia da ditadura da maioria. Em uma verdadeira democracia, se impõe como necessário o respeito às minorias, para que assim prevaleça o interesse geral e não apenas os interesses de uma determinada parcela do povo. É um pressuposto para que o princípio (ou técnica) da maioria se consolide e se imponha que a minoria seja ouvida e relevada, pois, como observa Hans Kelsen (Teoria Geral do Direito e do Estado. Tradução: Luís Carlos Borges, 3. ed. p. 411, São Paulo - SP: Martins Fontes, 1998), “a maioria pressupõe, pela sua própria definição, a existência de uma minoria (...) Não é democrático, por ser contrário ao princípio da maioria, excluir qualquer minoria da criação da ordem jurídica, mesmo se a exclusão for decidida pela maioria”.

O pressuposto de que o indivíduo singular, como pessoa moral e racional, é o melhor juiz do seu próprio interesse, é outra característica essencial para a configuração do regime político da democracia. Em uma democracia, o respeito à diversidade e às particularidades individuais, através da aceitação de que todos os homens, embora iguais em direitos e obrigações fundamentais, são diferentes na forma de pensar e agir, não cabendo a ninguém o direito de impor um estilo de vida a outrem, sob o argumento de que tal conduta seria mais benéfica a todos, é fundamental. Assim, pode-se afirmar que não existem “senhores” em uma democracia! O “senhor” da democracia é o próprio povo.

Cultuada, na contemporaneidade, como o regime político ideal, por representar a única forma teórica de poder na qual o povo se torna o único e verdadeiro senhor do seu destino, a democracia, contudo, sempre foi, e continua sendo, objeto de críticas e desconfianças, as quais suscitam recorrentes debates relativos à necessidade de sua transformação e aprimoramento. Conforme lição de Bobbio¹⁷, na história da política as críticas à democracia sempre se fizeram presentes. Para Platão, por exemplo, apenas a tirania seria uma forma de governo inferior à democracia, facilmente dominável, na sua visão, pelos demagogos, como bem observa Bobbio. Ainda na antiguidade, Aristóteles, em sua obra “Política”, define a figura do demagogo como o “adulador do povo”, personagem frequentemente presente nos governos democráticos, também observado por Max Weber, na figura do chefe carismático¹⁸. Outro crítico feroz da democracia foi Thomas Hobbes, que considerava a democracia uma forma de governo inferior à monarquia e à aristocracia, classificação esta atribuída em razão da “influência que a retórica, a eloquência, podem ter sobre a multidão ignara, fazendo com que o bem e o mal, o útil e o nocivo, o honesto e o desonesto apareçam maiores ou menores do que são na realidade”, conforme lição de Bobbio¹⁹.

Como bem ressalta Frank Cunningham²⁰, são frequentes os ataques à democracia daqueles que interpretam este regime político como propício a promover a massificação cultural e moral, com repercussões indesejáveis, a produzir governos ineficazes, a favorecer o surgimento de demagogos, habilitados a executar medidas autoritárias em nome do povo e a produzir governantes incapazes, movidos por interesses egoístas ou impulsos emocionais.

Analisando as principais críticas opostas ao regime democrático, e, ao mesmo tempo, defendendo este regime político como o melhor dentre todos os demais já testados, Bobbio²¹, em obra intitulada “O Futuro da democracia: uma defesa das regras do jogo”, aponta a existência de “seis promessas não cumpridas” pela democracia, geradas pela não concretização do ideal de “soberania popular”, próprio de uma sociedade monística, ante ao pluralismo de centros de poder das sociedades reais; pela prevalência, em muitas ocasiões, da representação dos interesses de grupos e pessoas sobre a representação política dos interesses da nação; pela persistência dos poderes oligárquicos; pelo espaço limitado de sua atuação e sua consequente incapacidade de ocupação de todos os espaços nos quais de exerce o poder; pela permanência de um poder invisível, capaz de influenciar decisivamente a tomada de decisões em uma sociedade, à revelia de controles efetivos da sociedade política; e pela excessiva apatia política. Tais “promessas não cumpridas”, contudo, ainda segundo o filósofo político italiano, seriam, na verdade, promessas impossíveis de serem cumpridas, ante as transformações ocorridas na sociedade civil moderna, na qual os problemas técnicos se tornaram muito mais complexos, exigindo, assim, uma especialização cada vez maior dos agentes políticos; o processo de burocratização da sociedade se ampliou, como consequência da própria passagem do Estado liberal para o Estado social; e o rendimento do sistema democrático se tornou gradativamente menor, ante o processo de emancipação da sociedade civil, vinculada à própria democratização, a partir do qual uma fonte cada vez maior de demandas dirigidas ao governo passou a ser observada, gerando, assim, um visível déficit entre o mecanismo de emissão dessas demandas e de emissão de respostas por parte dos governos. O não cumprimento das referidas promessas, contudo, para Bobbio, não foram suficientes para transformar os regimes democráticos em autocráticos, uma vez preservado o núcleo essencial da democracia, pautado na defesa da liberdade, na existência de eleições periódicas e na prevalência das decisões coletivas ou concordadas.

¹⁷ Norberto Bobbio, *Três ensaios sobre a democracia*, p. 27, São Paulo: Cardim & Alario Editora, 1991.

¹⁸ Nas palavras de Aristóteles, proferidas no livro VI, capítulo IV, da sua obra “Política” (ARISTÓTELES. *Política*, p. 181-182, São Paulo: Martin Claret, 2002), “nos governos democráticos em que a lei é senhora, não existem demagogos; os cidadãos mais dignos é que tem precedência. Uma vez, porém, perdida a soberania da lei, aparece uma multidão de demagogos. Então o povo transforma-se numa espécie de monarca de mil cabeças: é soberano, não de modo individual, porém em corpo. (...) Um povo assim, verdadeiro soberano, quer governar como monarca; liberta-se do domínio da lei e faz-se tirano: o que dá como resultado que os aduladores sejam aí respeitados. Tal democracia é em seu tipo o mesmo que a tirania para a monarquia. De ambas as partes há igual opressão dos homens de bem; aqui, os decretos, lá as ordens arbitrárias. O demagogo e o adulator constituem apenas um indivíduo; trazem, entre eles, uma semelhança que os confunde. Os aduladores e os demagogos possuem, do mesmo modo, uma influência muito grande, uns sobre os tiranos, outros sobre os povos que ficam reduzidos a esse estado. Os demagogos são a razão pela qual a autoridade suprema fique depositada nos decretos, e não nas leis, pelo cuidado que têm em que tudo seja conduzido ao povo; disso advém que se fazem fortes, pois o povo é senhor de tudo, e eles mesmo são donos da opinião da massa, que apenas a eles atende”.

¹⁹ Norberto Bobbio, *Três ensaios sobre a democracia*, p. 27, São Paulo: Cardim & Alario Editora, 1991.

²⁰ Frank Cunningham, *Teorias da democracia*, p. 28-31, Porto Alegre: Artmed, 2009.

²¹ Norberto Bobbio, *O futuro da democracia: uma defesa das regras do jogo*, 13. ed. p. 40-65, São Paulo: Paz e Terra, 2015.

Além destas “promessas não cumpridas”, elencadas por Bobbio, outro problema relativo à democracia, apontado por alguns autores, a começar pelo próprio Bobbio, diz respeito à chamada “hiperdemocratização”, processo que passa pela defesa da formação do “cidadão total”, considerada uma ameaça à preservação da liberdade individual. Para Bobbio, “o cidadão total nada mais é que a outra face igualmente ameaçadora do Estado total”²², ao buscar reduzir todos os interesses dos homens aos interesses da pólis, promovendo, assim, o risco de eliminação da esfera privada de poder.

Também criticando as tendências de “hiperdemocratização” suscitadas, muitas vezes, pelos defensores da maximização da democracia, Giovanni Sartori²³ alerta sobre a possibilidade de que “mais voz” se transforme em “violência”. Lembrando Rousseau, que afirmava que “o povo quer um bem que muitas vezes não entende”, Sartori critica a ideia segundo a qual seria possível, mesmo diante da complexidade das sociedades modernas, que pessoas isoladas pudessem, no exercício de vontades individuais discretas, sobre tudo opinar e decidir, uma vez que, muito provavelmente, tais pessoas decidiriam as questões mais difíceis a partir de juízos de valores superficiais, desprovidos de uma análise acurada e motivadas meramente por interesses individuais, com um instrumento de “soma zero”.

Ainda na linha das críticas ao processo de “hiperdemocratização”, Roger Scruton²⁴, finalmente, opondo-se ao “fetiche da eleição”, o qual, na sua visão, faz surgir a crença de que o bom cidadão é aquele que coloca em votação todas as questões, afirma que, ao contrário, “o bom cidadão é aquele que sabe quando o voto é a forma equivocada de decidir uma questão bem como quando o voto é a forma correta”. Sustenta Scruton, lembrando de Tocqueville e Stuart Mill, que a ditadura do voto pode levar à tirania da maioria e que o grande legado do liberalismo político para a civilização ocidental foi a elaboração de condições de proteção das opiniões dos dissidentes, a possibilidade de discussão racional entre antagonistas.

Contrapondo-se, de certa forma, aos críticos das supostas tendências de “hiperdemocratização”, Jacques Rancière, por outro lado, entende que a democracia contemporânea tem, aparentemente, dois adversários: o adversário tradicional, claramente identificado, representado pelo governo do arbitrário, pelas tiranias e ditaduras. O outro adversário, por sua vez, mais íntimo e discreto, é a crença, cada vez mais presente, de que o bom governo democrático seria aquele capaz de controlar a intensidade da própria vida democrática, vista como um instrumento desestabilizador do regime.

Para Rancière, a democracia reside no movimento que desloca, de forma contínua, os limites do público e do privado, do político e do social, constituindo-se, assim, na rejeição à pretensão dos governos de estabelecer um princípio uno da vida pública. Segundo Rancière, há uma tendência natural e espontânea de qualquer governo em reduzir a esfera pública, sendo, assim, a democracia o processo de reação a esta lógica, ao se caracterizar pela luta pela ampliação desta esfera. Para o autor a democracia é a “ação que arranca continuamente dos governos oligárquicos o monopólio da vida pública e da riqueza a onipotência sobre a vida”²⁵. Seria o movimento democrático, portanto, para Rancière, um movimento essencialmente transgressor de limites.

A defesa, por alguns, de uma maior contenção dos limites da ação política, em vista do risco de uma suposta “hiperdemocratização” ameaçadora da estabilidade social e da liberdade individual, contraposta pela defesa da necessidade de uma ampliação do espectro democrático da sociedade, capaz de “romper o domínio dos interesses oligárquicos sobre a sociedade”, revela, em poucas palavras, um dos aspectos mais notáveis e característicos do regime democrático: a imprecisão da sua definição e limites e as dificuldades inerentes à sua implementação, tendo em vista a existência de obstáculos não somente externos, mas também internos à sua plena satisfação.

De toda a teoria exposta ao longo deste breve ensaio, contudo, é possível chegarmos a algumas conclusões acerca do que pode ser considerado essencial à definição do regime político democrático, de forma a que seja possível um avanço na discussão acerca do seu aprimoramento por meio de um processo de reforma política.

A democracia, nos seus moldes contemporâneos, exige que, tal como afirmam os liberais, haja o respeito à liberdade individual e à pluralidade de ideias, consubstanciadas na defesa da liberdade de expressão, da liberdade de imprensa, bem como da preservação da esfera privada frente às sempre presentes ameaças totalizadoras. Por outro lado, conforme bem destacam os adeptos do republicanismo, a democracia contemporânea também exige o exercício de deveres fundamentais, fundados em uma maior interação dos indivíduos com a esfera pública, bem como a existência de um sistema de freios e contrapesos, que possibilite o equilíbrio necessário entre as instituições políticas e entre as diversas representações da sociedade civil.

²² Norberto Bobbio, *O futuro da democracia: uma defesa das regras do jogo*. 13. ed. p. 71, São Paulo: Paz e Terra, 2015.

²³ Giovanni Sartori, *A teoria da democracia revisitada: volume I – O debate contemporâneo*. p. 328-329, São Paulo: Ática, 1994.

²⁴ Roger Scruton, *Como ser um conservador*. 1. ed. p. 110, Rio de Janeiro: Record, 2015.

²⁵ Idem, p. 121.

Tal como é possível se extrair do pensamento socialista, a democracia também pressupõe a valorização dos laços de coesão e solidariedade social, caros também ao pensamento conservador, o qual oferece o legado da defesa de um senso de identidade comunitária, necessário à constituição das bases culturais fundamentais ao regime político de qualquer sociedade, além da noção da imperfeição humana, que também se revela nas instituições e no cerne do pensamento democrático.

A partir das lições dos pluralistas, não podemos negligenciar a importância do respeito ao contraditório, à diversidade e aos direitos das minorias, fundamentos necessários à consolidação das bases culturais do regime democrático. Lembrando dos elitistas, por sua vez, devemos reconhecer a importância crucial das instituições para o bom funcionamento do regime democrático moderno, que guarda, na representação política, um dos seus principais alicerces.

Os participacionistas e os teóricos do modelo democrático deliberativo, por outro lado, oferecem uma importante releitura da forma representativa de democracia, revelada como insuficiente, tendo em vista a necessidade, cada vez mais iminente, de uma maior interação entre as instituições do Estado e a sociedade civil, de forma a que seja garantida uma maior legitimação da soberania popular, através de um redimensionamento do conceito de cidadania, vislumbrado a partir da valorização do pluralismo político e da contenção do domínio da burocracia tecnocrática sobre o poder do povo. É fundamental, na busca de uma definição contemporânea do regime democrático, que se atente para o fato de que a democracia deve pressupor a expressão legítima da vontade popular, cuja feição meramente representativa tem se mostrado deficiente e crítica.

Ante o exposto, podemos compreender que, no cerne da democracia, ponto de partida para qualquer reflexão acerca da necessidade e das possibilidades de uma reforma política, encontra-se uma conjunção de fatores como a preservação da liberdade individual e do pluralismo, o respeito às minorias, a solidariedade social, a importância do cumprimento de deveres fundamentais como corolário ao exercício dos direitos essenciais, o incentivo à formação de uma cultura política cívica e a defesa da transparência pública. Além disso, não se pode negligenciar o fato de que a democracia é um regime dinâmico, um processo em constante construção, dotado de imperfeições, cujo desenvolvimento, contudo, deve repousar em bases sólidas, enraizadas nas tradições de um povo e no equilíbrio e eficiência das suas instituições.

Da comunicação ao órgão partidário para a eficácia da desfiliação: discutindo uma antinomia à luz de bobbio

ARY JORGE AGUIAR NOGUEIRA
FERNANDO PEREIRA DA SILVA

Sobre os autores:

Ary Jorge Aguiar Nogueira. Mestre em Direito pela Universidade Federal do Estado do Rio de Janeiro – UNIRIO.
Analista Judiciário do Tribunal Regional Eleitoral do Estado do Rio de Janeiro.

Fernando Pereira da Silva. Mestre em Direito pela Universidade Federal do Estado do Rio de Janeiro – UNIRIO. Adjunto da Assessoria Jurídica do Comando Militar do Leste (Exército do Brasil). do Tribunal Regional Eleitoral do Estado do Rio de Janeiro.

RESUMO

A pesquisa pretende discutir a necessidade de comunicação pelo filiado ao órgão partidário de seu interesse em se desfiliar para a eficácia do ato. A hipótese de trabalho principal é a de que, diante da nova redação do parágrafo único do artigo 22, da Lei n.º 9.096/95 (Lei dos Partidos Políticos), não haveria mais a necessidade de comunicação ao órgão partidário quando da desfiliação. O marco teórico utilizado é baseado na hermenêutica proposta por Bobbio (1982, 2008). Espera-se comprovar por meio da utilização do método argumentativo a fortiori que não seria mais necessária a comunicação ao partido político quando da desfiliação partidária, a fim de se manter a coerência entre as normas eleitorais.

Palavras chave: partidos; filiação; desfiliação; antinomia; bobbio

ABSTRACT

The research intends to discuss the necessity of communication by the affiliate to the party organism of its interest in defiliating. The main working hypothesis is that, given the new wording of the sole paragraph of article 22 of Law No. 9,096 / 95 (Law on Political Parties), there would no longer be a need for communication to the party organ when the defiliation occurred. The theoretical framework used is based on the hermeneutics proposed by Bobbio (1982, 2008). It is hoped to prove by using the a fortiori argumentative method that communication to the political party would no longer be necessary at the time of party defiliation in order to maintain coherence between electoral norms.

Keywords: parties; affiliation; defiliation; antinomy; bobbio.

INTRODUÇÃO

A pesquisa que ora se apresenta pretende discutir a necessidade de comunicação pelo filiado ao órgão partidário de seu interesse em se desfiliar para a eficácia da desfiliação partidária. A hipótese de trabalho principal é a de que, diante da nova redação do parágrafo único do artigo 22, da Lei n.º 9.096/95 (Lei dos Partidos Políticos), criou-se uma antinomia em relação ao preconizado no artigo 21 da mesma Lei, com aquela norma dispensando a comunicação da desfiliação ao diretório partidário, enquanto esta, continua obrigando-a.

O marco teórico utilizado é baseado na hermenêutica proposta por Bobbio em suas obras *Teoria do Ordenamento Jurídico* (2008) e *Teoria da Norma Jurídica* (1982). Pretende-se utilizar o método argumentativo *a fortiori*, também conhecido como *a minori ad maius*, modalidade de argumentação de origem latina, cuja máxima expressão repousa no brocardo latino “quem pode o mais, pode o menos”.

Desta forma, o objetivo da pesquisa é sugerir que a interpretação dos dispositivos legais parta da norma mais grave em direção àquela mais simples, no sentido de fundamentar a desnecessidade de comunicação ao órgão partidário quando da desfiliação por parte do eleitor.

O artigo encontra-se dividido em cinco seções, além desta introdução e da conclusão. Na primeira é apresentado o conceito de partido político, situando-o historicamente. A segunda seção apresenta brevemente a história dos partidos políticos no Brasil. A seção seguinte trata do conceito de filiação partidária, enquanto a quarta seção discute a natureza jurídica da desfiliação partidária. A quinta seção traz o problema de pesquisa e sua discussão.

DOS PARTIDOS POLÍTICOS

Uma das definições mais conhecidas do conceito de partido vem de Max Weber (1974, p. 282), segundo o qual por partidos devem ser entendidas as associações fundadas sobre uma adesão (formalmente) livre, constituídas sob a finalidade de atribuir aos próprios chefes uma posição de potência no interior de um grupo social e aos próprios militantes ativos a possibilidade (ideal ou material) de persecução de objetivos ou vantagens pessoais, ou para todos.

Della Porta (2015, p. 13) assevera que o partido se caracteriza por ser uma associação orientada a influenciar o poder. A mesma autora salienta que, antes de tudo, o partido é uma associação, no sentido de ser um grupo formalmente organizado e baseado em formas voluntárias de participação.

Já Michels (2001, p. 47) ensina que partido significa separação, diferenciação; *pars non totum*, explicando ainda que partido implica, pois, delimitação. Mas ao mesmo tempo haveria outras circunstâncias – a saber, a força do número e o objetivo de todo e qualquer partido que é o de tomar conta do Estado – que fariam com que os partidos seguissem uma tendência imanente no sentido de não apenas se ampliarem, mas de extravasarem para lá do contingente que geneticamente lhes cabe ou do que é definido pelos programas com que foram fundados.

O surgimento dos partidos políticos é um fenômeno social lento, cuja concepção pode ser identificada a partir dos séculos XVII e XVIII, sendo, portanto, contemporânea ao surgimento do regime democrático representativo (ALVIM, 2013). Partindo-se de um conceito amplo de partido, no sentido de agremiação com fins políticos, seria possível então vislumbrar um princípio do fenômeno partidário nas atividades de *tories* (conservadores) e *whigs* (liberais), por ocasião da Revolução Gloriosa, na Inglaterra em 1688; nos federalistas e republicanos dos Estados Unidos pós-independência; ou, ainda, em jacobinos e girondinos, no levante revolucionário francês.

Os partidos surgem, portanto, como uma alternativa à violência para a conquista do poder, permitindo a alternância dos grupos que o disputam. Assim, nas democracias o partido político é um instrumento para que se alcance o poder, sem derramamento de sangue entre os diversos grupos que disputam o seu exercício.

DOS PARTIDOS POLÍTICOS NO BRASIL

Como salienta Ferreira (2001, p. 167), até 1831, não havia partido político no Brasil. A contenda eleitoral era estabelecida entre governo e oposição. Na realidade colonial brasileira, apenas os “homens bons” podiam ser eleitos (PORTO, 1989, p. 10). Segundo Herculano (1854, p. 313) “homens bons” eram todos os chefes de família do lugar e desta classe só eram excluídos os servos e indivíduos assalariados, que serviam em casa alheia.

Em 1831, aparecem os primeiros partidos na cena política: Restaurador, Republicano e Liberal. O primeiro pleiteava a volta de D. Pedro I; o segundo, a abolição da monarquia; e o terceiro, a reforma da Constituição de 1824. Entretanto, a cena política do Segundo Império foi dominada pelos partidos Liberal e Conservador. Entre 1862-1864 foi constituído o Partido Progressista, fruto da cisão da ala liberal do Partido Conservador. Já em 1868 foi constituído o novo Partido

Liberal, que unia progressistas e liberais radicais. O Partido Republicano, por sua vez, foi fundado em 1870.

A Constituição Republicana de 1891 não mencionava a palavra “partido”, mas assegurava ao Congresso Nacional a responsabilidade para regular as condições gerais do processo eleitoral. Permitiam-se as candidaturas independentes, não havendo restrições legais para a competição entre as forças políticas existentes (ZULINI; RICCI, 2014).

Com a revolução de 1930, verificou-se uma tentativa de reorganização partidária e a formação de importantes grupos de opinião, com o surgimento do Partido Comunista Brasileiro e a Aliança Integralista Brasileira (MENDES; COELHO; BRANCO, 2009, p. 816). A Constituição de 1934 refletia as contradições da época, contando em seu processo de elaboração com a participação de grupamentos políticos e instituições de representação profissional. No entanto, não chegou a ser implementada ante o advento do golpe de estado de 10/11/1937 e a criação do Estado Novo por Getúlio Vargas.

A ditadura Vargas não dependia das forças partidárias para se consolidar, contando com o poder das Forças Armadas e das oligarquias estaduais (MENDES; COELHO; BRANCO, 2009, p. 816). No ocaso do período ditatorial, Vargas convocou a Constituinte por meio do Decreto-Lei n.º 7.586/45, que continha disposições sobre o alistamento e processo eleitoral, além de prever a formação de instituições partidárias. Surgiram a União Democrática Nacional (UDN), formada por forças de oposição à ditadura Vargas e o Partido Social Democrático (PSD), liderado pelos interventores estaduais do Governo Vargas e o Partido Trabalhista, incentivado por Getúlio. Outras organizações partidárias formaram-se ou reestruturaram-se, neste período, como o Partido Comunista Brasileiro (PCB), o Partido Democrata Cristão (PDC) e o Partido Libertador (PL).

Uma das principais exigências da Constituição de 1946, no que diz respeito aos partidos políticos, era o caráter necessariamente nacional que eles deveriam ter. Essa exigência, mantida até os dias de hoje, tinha como objetivo evitar a estadualização da política nacional, nos moldes conhecidos durante a Primeira República (SILVA, 2005).

Com o novo regime de exceção instituído em abril de 1964, foi editada a Lei Orgânica dos Partidos Políticos (Lei n.º 4.740/65), que fixou critérios mais rígidos para a formação de partidos políticos. Em 27/10/1965 foi editado o Ato Institucional n.º 2, que extinguiu os partidos políticos existentes. O Ato Complementar n.º 4, de 20/11/1965, impôs então ao país o bipartidarismo, fazendo com que as forças políticas tivessem que se aglutinar na Aliança Renovadora Nacional (ARENA), que apoiava o governo e no Movimento Democrático Brasileiro (MDB), de oposição. Tanto a Constituição de 1967, quanto a Emenda Constitucional n.º 1/69 não alteraram substancialmente o quadro institucional em relação à organização partidária.

A Constituição de 1988 atribuiu grande relevo à participação dos partidos no processo eleitoral, estabelecendo como condição de elegibilidade a filiação partidária descrita no seu artigo 17, inciso V. Como ressalta Da Silva (2005, p. 225), para que alguém possa concorrer a uma função eletiva é necessário que preencha requisitos gerais, denominados “condições de elegibilidade”, e não incida em quaisquer das inelegibilidades, que precisamente constituem impedimentos à capacidade eleitoral passiva.

Assegurou a Carta Magna, ainda, a liberdade de criação, fusão, incorporação e extinção dos partidos políticos, reconhecendo-os como importantes instituições na formação da vontade popular por meio do voto. Por fim, conferiu aos partidos autonomia para definir sua estrutura interna e funcionamento (artigo 17, parágrafo primeiro).

Atualmente há 33 (trinta e três) partidos políticos registrados no Tribunal Superior Eleitoral, número por muitos considerado alto e que seria responsável por criar nos eleitores uma dificuldade em diferenciá-los (PAIVA; BRAGA; PIMENTEL JR., 2007).

DA FILIAÇÃO PARTIDÁRIA

A filiação estabelece um vínculo jurídico entre o cidadão e a entidade partidária (GOMES, 2017, p. 3228-3229). Heidar (2006) sugere que seria o registro formal de indivíduos como membros de partidos políticos e que haveria três formas distintas de filiação partidária: individuais, auxiliares e coletivas. A adesão individual seria estabelecida pela simples filiação de um indivíduo a um partido. Filiações auxiliares seriam organizações auxiliares a partidos, como por exemplo, para jovens e mulheres. Já as filiações coletivas corresponderiam àquelas vinculadas a organizações próximas aos partidos, como sindicatos e associações, por exemplo. Interessa ao presente trabalho a modalidade de filiação individual.

Como lembra Fávila Ribeiro (1990, p. 34), para funcionamento do processo competitivo democrático nos Estados contemporâneos é necessário que os indivíduos se arremetam em partidos políticos, evitando a dispersão que os enfraquece, consolidando solidariedades, a fim de dar expressão aos antagonismos de cada momento histórico. Ao contrário da suposição de parte da literatura especializada de que a filiação partidária seria um fenômeno meramente

formal, desprovido de significado para os filiados no Brasil, há estudos que apontam lealdades e laços de identidade mais estáveis com o eleitorado (SPECK; SOUSA; COSTA, 2015).

DA NATUREZA JURÍDICA DA DESFILIAÇÃO PARTIDÁRIA

Quanto à natureza jurídica da desfiliação partidária, faz-se premente tecer algumas considerações importantes. Na esteira das lições de Chiovenda (1960), haveria duas grandes modalidades de direitos: direitos a uma prestação e direitos potestativos. Enquanto naqueles há sempre um sujeito passivo obrigado a uma prestação, seja positiva (dar ou fazer), como nos direitos de crédito, seja negativa (abster-se), como nos direitos de propriedade; nestes a lei confere poderes a determinadas pessoas de influírem, com uma declaração de vontade, sobre situações jurídicas de outras, sem o concurso da vontade dessas.

A desfiliação partidária, ato ao qual a lei nomeia desligamento (art. 21, Lei 9.906/95), trata-se de um direito potestativo do eleitor. A principal característica dos direitos potestativos é que tendem à produção de um efeito jurídico a favor de um sujeito e a cargo de outro, o qual nada deve fazer, mas nem por isso pode esquivar-se àquele efeito, permanecendo sujeito à sua produção. A sujeição é um estado jurídico que dispensa o concurso da vontade do sujeito, ou qualquer atitude dele (AMORIM FILHO, 1960, p. 307).

O direito de se desfiliar de um partido político não constitui um direito a uma prestação, visto que não há um sujeito passivo obrigado a uma prestação. Diante da manifestação volitiva do filiado nada poderá alegar o partido, afinal, ninguém pode ser obrigado a permanecer associado contra sua vontade. Mais que um princípio moral, a vedação à obrigatoriedade de associação encontra guarida na Constituição Federal, na forma do direito individual previsto no art. 5º, XX.

Conquanto a natureza jurídica da desfiliação seja de direito potestativo, a Lei prevê requisitos formais para que o ato se aperfeiçoe. Dispõe o artigo 21, da Lei de Partidos Políticos que, para desligar-se do partido, o filiado fará comunicação escrita ao órgão de direção municipal e ao Juiz Eleitoral da Zona em que for inscrito. Decorridos dois dias da entrega da comunicação, o vínculo tornar-se-á extinto, para todos os efeitos.

Como aponta Gomes (2017, p. 3245-3246), a Justiça Eleitoral mantém banco de dados, no qual são alistados todos os filiados. Este banco é alimentado periodicamente pelos próprios partidos. Na segunda semana dos meses de abril e outubro de cada ano, os partidos deverão remeter, aos juízes eleitorais, para arquivamento, publicação e cumprimento dos prazos de filiação partidária, para efeito de candidatura a cargos eletivos, a relação dos nomes de todos os seus filiados, da qual constará a data de filiação, o número dos títulos eleitorais e das seções em que estão inscritos. Verifica-se, portanto, que a Justiça Eleitoral compila e dá publicidade às informações pertinentes às filiações partidárias.

A Constituição Federal elenca como uma das condições de elegibilidade a filiação partidária, à luz do que dispõe seu artigo 14, parágrafo 3º, inciso V. Portanto, dentro do atual regime constitucional, não há a possibilidade jurídica de candidaturas avulsas. Diante disso, a base de dados da Justiça Eleitoral ganha extrema relevância, servindo como principal fiador da garantia de regularidade da filiação partidária, quando do registro de candidaturas. Neste sentido, a jurisprudência pátria é pacífica:

“[...] 1. De acordo com a jurisprudência do Tribunal Superior Eleitoral, nem a ficha de filiação partidária nem a declaração unilateral de dirigente de partido são aptas a comprovar a regular e tempestiva filiação. [...]” (TSE – AgR-REspe no 195855/ AM – PSS 3-11-2010).

“[...] 4. Documentos produzidos unilateralmente por partido político ou candidato – na espécie, ficha de filiação, ata de reunião do partido e relação interna de filiados extraída do respectivo sistema – não são aptos a comprovar a filiação partidária, por não gozarem de fé pública. Não incidência da Súmula 20/ TSE. [...]” (TSE – AgR-REspe no 338745/ SP – PSS 6-10-2010).

O dispositivo legal do cancelamento da filiação partidária poderia nos levar, em princípio, a vislumbrar um ato jurídico de natureza complexa, cujo aperfeiçoamento dar-se-ia, portanto, após a manifestação de vontades de órgãos diversos. No entanto, a similaridade entre o ato de desfiliação partidária e o ato complexo, cuja caracterização decorre do Direito Administrativo, é apenas aparente.

O ato jurídico complexo, instituto típico do Direito Administrativo, decorre da conjugação de vontade de diversos órgãos (SOUZA JÚNIOR, 2005, p. 87), ou seja, trata-se de ato que só se aperfeiçoa com o alinhamento de vontades autônomas num mesmo sentido. Como visto anteriormente, há apenas uma manifestação de vontade no procedimento de desfiliação partidária, qual seja, a do eleitor. Ao partido cabe apenas a sujeição à vontade manifestada pelo ex-filiado e ao Judiciário, o registro pertinente no banco de dados.

DA DESNECESSIDADE DE COMUNICAÇÃO AO ÓRGÃO PARTIDÁRIO

A questão que se coloca então, diz respeito à obrigatoriedade de comunicação ao órgão partidário, uma vez que a publicidade da desfiliação é conferida pela inclusão da informação no banco de dados da Justiça Eleitoral.

Cabe aqui explicar o motivo da dúvida, uma vez que o texto legal disposto no artigo 21, da Lei dos Partidos Políticos, em princípio, apresenta-se inequívoco e indica a necessidade de se comunicar partido e juiz eleitoral.

A redação original do parágrafo único do artigo 22, da mencionada lei, previa que quem se filiasse a outro partido deveria fazer comunicação ao partido e ao juiz de sua respectiva Zona Eleitoral, para cancelar sua filiação e se não o fizesse no dia imediato ao da nova filiação, ficaria configurada dupla filiação, sendo ambas consideradas nulas para todos os efeitos. Ou seja, a lei previa expressamente uma sanção àquele eleitor que se filiasse a outro partido sem comunicar ao partido anterior e ao juiz eleitoral, qual seja, a nulidade de ambas as filiações. Como a Lei das Eleições prevê um prazo mínimo para o domicílio eleitoral e para a filiação partidária antes do pleito, a decretação da nulidade das filiações poderia significar a impossibilidade de uma candidatura, nos casos em que não fosse possível cumprir esta quarentena legal.

Ocorre que, a Lei 12.891/2013 conferiu nova redação ao parágrafo único do artigo 22 da Lei dos Partidos, o qual passou a dispor que, em havendo coexistência de filiações partidárias, prevaleceria a mais recente, devendo a Justiça Eleitoral determinar o cancelamento das demais. Assim, deixou a Lei de sancionar a conduta do eleitor que deixava de comunicar ao partido anterior e à Justiça Eleitoral sua nova filiação partidária. O artigo 22, inciso V, da Lei dos Partidos é expresso ao apontar o cancelamento imediato da filiação partidária nos casos de filiação a outro partido, desde que a pessoa comunique o fato ao juiz da respectiva Zona Eleitoral.

Observa-se, portanto, que o Legislador acolheu o entendimento de que a desfiliação partidária constitui um direito potestativo do eleitor, ao qual o partido preterido tem que se sujeitar. Entendeu o legislador que a manifestação de vontade do eleitor de se filiar a novo partido basta para comprovar o animus de desfiliação ao partido anterior. Por fim, privilegiou o aspecto da publicidade do ato, centralizado na figura da Justiça Eleitoral. Ou seja, reafirmou a relevância do banco de dados da Justiça Eleitoral como prova da manifestação de vontade do eleitor.

Percebe-se, então, que atualmente há duas situações distintas: quando o eleitor se desvincula de um partido sem a vinculação imediata a outro e; quando o eleitor se vincula a um novo partido ainda estando vinculado a outro. No primeiro caso, o artigo 21 da Lei dos partidos prevê a comunicação ao partido e ao juiz eleitoral, enquanto no segundo caso; o artigo 22, inciso V, prevê apenas a comunicação ao juiz eleitoral.

Trata-se de uma contraditoriedade evidente, na forma preconizada por Bobbio (2008, p. 85), na qual uma norma permite não fazer algo, enquanto outra obriga fazer. O artigo 21 obriga o eleitor a fazer a comunicação partidária, enquanto o artigo seguinte, permite-lhe a inércia.

A incompatibilidade entre duas normas é um mal a ser eliminado, pois trata-se de uma antinomia, figura não condizente com a regra de coerência de um ordenamento jurídico (BOBBIO, 1982, p.110). Espera-se que um ordenamento não produza ou que resolva as contradições entre normas, a fim de manter a coerência.

No caso em análise, propõe-se um argumento a fortiori, também conhecido como a *minori ad maius*, modalidade de argumentação de origem latina, cuja maior expressão encontra-se no brocardo latino “quem pode o mais, pode o menos” como solução à antinomia. Tal modalidade de argumento se baseia numa forma de analogia, na qual se pressupõe que a hipótese proposta é uma forma “maior”, mais ampla, da hipótese paradigma. Na verdade, o argumento a fortiori trabalha com uma ponderação de valores, relacionando duas hierarquias: a hipótese proposta para qual se quer a aceitação é apresentada como uma forma mais grave ou mais evidente da hipótese-paradigma, que se sabe previamente aceita.

Aplicando-se então ao caso concreto, chega-se ao seguinte: o legislador deixou de sancionar com nulidade a duplicidade de filiação partidária. Esta decorria da não comunicação da nova filiação ao partido anterior e ao juiz. Portanto, havendo coexistência de filiações, a lei passou a entender que prevalecerá a manifestação de vontade mais recente, ou seja, permanecerá válida a última filiação.

O artigo 22, da Lei dos Partidos, em seu inciso V, elenca como um dos casos de cancelamento imediato da filiação partidária, a filiação a outro partido, desde que a pessoa comunique o fato ao juiz da respectiva Zona Eleitoral. No entanto, inexistente sanção. A inércia do filiado em não comunicar a justiça eleitoral (observe-se que não se menciona o partido anterior) resultará unicamente na manutenção da filiação mais recente, que constar do banco de dados eleitoral.

Não é preciso grande ilação para se perceber que a situação mais grave, do ponto de vista jurídico, ocorre nas situações em que haveria duplicidade de filiações, eis que repercutiam anteriormente na elegibilidade do candidato a

pleito eleitoral. Logo, a situação mais grave foi atenuada pelo legislador, prevalecendo a necessidade de comunicação à Justiça Eleitoral, a qual pode ser, inclusive, prescindível em havendo nova filiação partidária.

Sendo assim, a hipótese na qual o eleitor deseja unicamente a desfiliação partidária parece-nos se enquadrar em circunstância jurídica de menor complexidade que a narrada anteriormente. No entanto, a esta situação “mais simples”, a norma obriga fazer o que no caso “mais grave” permite não fazer. A contradição é evidente e constitui antinomia, apta a ser sanada pela aplicação do argumento a fortiori de que ao caso menos complexo, qual seja, a simples desfiliação partidária, aplicar-se-á a mesma normativa que ao caso mais complexo, qual seja, a coexistência de filiações.

Por este motivo, à luz da hermenêutica proposta do Bobbio (1982, 2008), vislumbra-se a desnecessidade de comunicação da desfiliação partidária ao partido político, bastando a comunicação à Justiça Eleitoral, para fins de eficácia do ato. A prática jurídica eleitoral nos ensina que, em muitas cidades brasileiras, diretórios partidários mantêm efetivo funcionamento unicamente em períodos eleitorais, fazendo com que muitos filiados não consigam contato com os dirigentes em outras épocas.

A exigência de prova de comunicação ao partido, muitas vezes, torna-se um ônus por demais gravoso ao eleitor, que não mais deseja manter-se filiado, o que não se coaduna com o direito fundamental expresso no art. 5º, inciso XX da Constituição Federal.

CONCLUSÃO

Os partidos políticos ganharam uma grande relevância na Constituição de 1988 e a exigência da filiação partidária como condição de elegibilidade tem a finalidade de fortalecer estas instituições, reconhecendo-as como os elos entre a sociedade civil e o poder em nosso ordenamento.

Por outro lado, a Justiça Eleitoral do Brasil, que é o maior legado da Revolução de 1930, constitui o grande fiador da legitimidade do processo eleitoral. Sua criação e posterior institucionalização significaram uma mudança de qualidade nas inúmeras tentativas de despolitizar a administração das eleições (SADEK, 2010, p. 80). O papel desta justiça especializada na publicização dos atos de filiação é inequívoco e inarredável na atual conjuntura institucional brasileira.

O direito do cidadão de se desvincular das agremiações partidárias, conforme visto anteriormente, tem a natureza jurídica de direito potestativo. Desta forma, a manifestação de vontade do eleitor implica a sujeição do partido preterido, afinal, por força de Norma Constitucional, ninguém poderá ser coagido a manter-se associado (art. 5º, XX, CRFB).

A questão que se coloca, então, diz respeito à obrigatoriedade de comunicação do órgão partidário por parte do eleitor, conjuntamente à Justiça Eleitoral. De fato, sob o ponto de vista ético, não parece adequada a conduta do eleitor de não comunicar ao partido sua vontade de não mais permanecer filiado.

No entanto, há que se considerar a realidade prática, a qual muitas vezes denota a precariedade dos diretórios municipais partidários no Brasil, que muitas das vezes, funcionam de forma efetiva apenas em períodos eleitorais. Sendo assim, parece-nos exagerado impor ao eleitor o ônus de procurar dirigentes apenas para cumprir uma formalidade que se revela inócua, tendo em vista que a desfiliação se aperfeiçoa com a comunicação ao juízo eleitoral.

Se a própria lei e a jurisprudência deixam claras que a desfiliação comunicada à Justiça Eleitoral goza de presunção iuris et de iure, valendo como prova do ato jurídico praticado, não mais se justifica aplicar integralmente o disposto no caput do artigo 21, da Lei n.º 9.096/95.

A ponderação axiológica recomenda que, no confronto entre a permissividade do artigo 22 e a obrigatoriedade de comunicação ao órgão partidário do artigo 21, prevaleça a norma que se revela, sob o ponto de vista teleológico, mais afinada com a vontade do Legislador. Assim, a aparente antinomia pode ser sanada com a derrogação do artigo 21, permitindo-se que a mera comunicação à Justiça Eleitoral sirva ao propósito de dar eficácia à desfiliação partidária pretendida pelo eleitor.

Esperam os autores que este pequeno libelo possa contribuir com o debate jurídico-acadêmico acerca deste importante aspecto do sistema democrático nacional.

REFERÊNCIAS

ALVIM, Frederico. A evolução histórica dos partidos políticos. Revista Eletrônica da Escola Judiciária Eleitoral do Tribunal Superior Eleitoral. Brasília, n. 6, ano 3, 2013.

AMORIM FILHO, Agnelo. Do critério científico para distinguir a prescrição da decadência e para identificar as ações

- imprescritíveis. Revista da Faculdade de Direito da Universidade da Paraíba. 1960.
- BOBBIO, Norberto. Teoria da Norma Jurídica. São Paulo: Edipro, 2008.
- BOBBIO, Norberto. Teoria do Ordenamento Jurídico. 10ª ed. Brasília: Editora da UNB, 1982.
- CHIOVENDA, G. Istituzioni di diritto processuale civile, vol. I. Napoli: Eugenio Jovene Editore, 1960.
- DA SILVA, José Afonso. Comentário contextual à Constituição. São Paulo: Malheiros, 2005.
- DELLA PORTA, Donatella. I partiti politici. Bologna: Il Mulino, 2015.
- FERREIRA, Manoel Rodrigues. A evolução do sistema eleitoral brasileiro. Brasília: Conselho Editorial do Senado Federal, 2001.
- GOMES, José Jairo. Direito Eleitoral. 13. ed. São Paulo: Atlas, 2017. (Edição Digital)
- HEIDAR, K. Party membership and participation. In: KATZ, Richard S.; CROTTY, William. Handbook of party politics. Londres: SAGE, 2006.
- HERCULANO, Alexandre. História de Portugal. Lisboa, 1854.
- MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Curso de Direito Constitucional. 4ª ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2009.
- MICHELS, Roberts. Para uma sociologia dos partidos políticos na democracia moderna: investigação sobre as tendências oligárquicas na vida dos agrupamentos políticos. Trad. José M. Justo. Brasília: Edições Antígona, 2001.
- PAIVA, Denise; BRAGA, Maria do Socorro S.; PIMENTEL JR., Jairo Tadeu Pires. Eleitorado e partidos políticos no Brasil. Opin. Publica, Campinas, v. 13, n. 2, p. 388-408, nov. 2007. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0104-62762007000200007&lng=en&nrm=iso>. Acesso em: 19 ago. 2019. <http://dx.doi.org/10.1590/S0104-62762007000200007>.
- PORTO, Walter Costa. História Eleitoral do Brasil. V. 1. Brasília: Gráfica do Senado Federal, 1989.
- RIBEIRO, Fávila. Pressupostos Constitucionais do Direito Eleitoral. No caminho da sociedade participativa. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1990.
- SADEK, Maria Tereza. A Justiça Eleitoral e a consolidação da democracia no Brasil. Rio de Janeiro: Centro Edelstein de Pesquisas Sociais, 2010.
- SILVA, Virgílio Afonso da. Partidos e reforma política. Revista Brasileira de Direito Público. São Paulo, n. 11, 2005. p. 9-19.
- SOUZA JÚNIOR, Paulo Roberto de. Curso de Direito Administrativo. 2ª ed. Rio de Janeiro: Livraria Freitas Bastos Editora, 2005.
- SPECK, Bruno Wilhelm; BRAGA, Maria do Socorro Sousa; COSTA, Valeriano. Estudo exploratório sobre filiação e identificação partidária no Brasil. Rev. Sociol. Polit., Curitiba, v. 23, n. 56, p. 125-148, dez. 2015. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0104-44782015000400125&lng=en&nrm=iso>. Acesso em: 18 ago. 2019. <http://dx.doi.org/10.1590/1678-987315235606>.
- VISCARDI, Cláudia Maria Ribeiro; SOARES, Livia Freitas Pinto Silva. Votos, partidos e eleições na primeira república: a dinâmica política a partir das charges de o malho. Rev. Hist. (São Paulo), São Paulo, n. 177, a04517, 2018. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0034-83092018000100322&lng=en&nrm=iso>. Acesso em: 17 ago. 2019. Epub Feb 04, 2019. <http://dx.doi.org/10.11606/issn.2316-9141.rh.2018.134470>.
- WEBER, Max. Wirtschaft und Gesellschaft. Tübingen: Mohr, 1922.
- ZULINI, Jaqueline; RICCI, Paolo. The Use of Electoral Manipulation by Political Parties in Oligarchic Regimes: The Case of Brazil (1900-1930) (August 29, 2014). Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=2456216> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2456216>.
- Acesso em: 17 ago. 2019.

