



ESTUDOS ELEITORAIS

Volume 6 Número 2 maio/ago. 2011



A GARANTIA FUNDAMENTAL DA ANTERIORIDADE ELEITORAL: ALGUMAS REFLEXÕES EM TORNO DA INTERPRETAÇÃO DO ART. 16 DA CONSTITUIÇÃO

ANDRÉ RUFINO DO VALE¹

Resumo

O artigo sugere algumas bases teóricas de possíveis técnicas de interpretação e modos de argumentação jurídica em torno do artigo 16 da Constituição. Ao longo das reflexões desenvolvidas sobre a garantia fundamental da anterioridade eleitoral, as seguintes perspectivas são trabalhadas: 1) a norma constitucional do art. 16 como *regra* que fornece *razões peremptórias*; 2) a garantia fundamental da anterioridade eleitoral como *trunfo contra a maioria*; 3) a interpretação e a argumentação jurídicas fundadas em direitos fundamentais; 4) o papel da jurisdição constitucional na proteção dos direitos fundamentais.

Palavras-chave: Direitos e garantias fundamentais. Anterioridade eleitoral. Interpretação constitucional. Argumentação jurídica. Jurisdição constitucional.

Abstract

The article suggests some theoretical basis for possible techniques of interpretation and forms of legal reasoning at the article 16 of the

¹ Mestre em Direito pela Universidade de Brasília. Especialista em Argumentação Jurídica pela Universidade de Alicante, Espanha. Professor do Instituto Brasiliense de Direito Público. Editor-chefe do Observatório da Jurisdição Constitucional. Procurador federal cedido ao STF para o cargo de assessor de ministro.

Constitution. In the course of the reflections about the fundamental guarantee of electoral anteriority, the following perspectives are worked: 1) the constitutional norm of the article 16 as a *rule that* provides peremptory reasons; 2) the fundamental guarantee of electoral anteriority as a trump against the majority; 3) interpretation and legal reasoning based on fundamental rights; 4) the role of the judicial review on the protection of fundamental rights.

Keywords: Fundamental rights and guarantees. Electoral anteriority. Constitutional interpretation. Legal reasoning. Judicial review.

1 A divergência interpretativa

O art. 16 da Constituição, que consagra o denominado princípio da anterioridade ou da anualidade eleitoral, sempre foi objeto de profunda divergência interpretativa entre os juristas. Três dos julgamentos mais representativos da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal (STF) sobre o tema² foram decididos por uma maioria apertada de 6 votos a 5, o que pode configurar uma amostra fidedigna do desacordo que paira na comunidade jurídica em torno do que seja a melhor interpretação dessa norma constitucional.

A divergência pode ser originada de diversos fatores. Um jurista pragmático diria que ela é eminentemente política e que também pode resultar do fato de os casos mais relevantes serem julgados pelo STF em circunstâncias fáticas muito peculiares³.

² ADI 354 Rel. Min. Octavio Gallotti, julg. em 24.9.1990; RE 129.392, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, julg. em 17.6.1992; RE 633.703, Rel. Min. Gilmar Mendes, julg. em 23.3.2011.

³ Por exemplo, os pragmáticos afirmariam que, uma vez o período eleitoral já iniciado e sob a plena vigência da lei eleitoral contestada, os ministros da Corte Suprema que também compõem o Tribunal Superior Eleitoral acabam defendendo a interpretação do art. 16 que mantenha a aplicação da lei eleitoral e assim possibilite o transcurso da competição eleitoral sem maiores sobressaltos. E, de fato, foi isso que ocorreu nos julgados mais importantes da Suprema Corte sobre o assunto: ADI 354 Rel. Min. Octavio Gallotti, julg. em 24.9.1990; RE 129.392, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, julg. em 17.6.1992; RE 633.703, Rel. Min. Gilmar Mendes, julg. em 23.3.2011. A exceção está apenas no voto do Ministro Marco Aurélio no julgamento do RE 633.703.

Nessa perspectiva, o pragmático também diria que a prática judicial de se observar a *teleologia* da norma constitucional⁴ – e assim tentar identificar o *casuismo* da lei eleitoral questionada – em verdade termina por ocultar as preferências políticas pessoais dos eminentes magistrados⁵. A divergência, nesse sentido, seria tão natural quanto aquela desenvolvida entre as pessoas sobre temas políticos. O recorrente placar de 6 a 5 na mais alta Corte do país, portanto, não encontraria nenhuma solução no aperfeiçoamento das técnicas da metodologia jurídica (ou da argumentação jurídica, em termos atuais) aplicáveis à interpretação do art. 16 da Constituição. No jargão mais radical professado pelos denominados “realistas”, a decisão concreta sobre a norma constitucional continuaria a depender do que “os juízes tomaram no café da manhã”, e nada mais do que isso.

O ceticismo dos juristas pragmáticos (ou “realistas”) desestimula qualquer pretensão de racionalidade das decisões formadas em torno do art. 16 da Constituição. Por isso, ele deve ser de pronto abandonado, se o desejo da comunidade jurídica for alcançar o aperfeiçoamento cada vez maior das técnicas de justificação dessas decisões. De toda forma, pode ser útil a ideia de que a interpretação teleológica comumente praticada pelos tribunais acabe camuflando o que na verdade é apenas o resultado da diversidade de opiniões políticas dos magistrados.

Por outro lado, os juristas (a maioria deles) realmente acreditam que os problemas interpretativos em torno do art. 16 decorrem da falta de consenso na comunidade jurídica sobre o significado semântico da expressão “processo eleitoral”. Assim, eles discutem enfaticamente sobre os melhores sentidos linguísticos desse componente textual do dispositivo

⁴ Essa prática encontra sua origem na própria jurisprudência do STF: ADI n° 3.345, Rel. Min. Celso de Mello, julg. 25.8.2005; ADI n.º 3.741, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, DJ 23.2.2007; ADI 3.685, Rel. Min. Ellen Gracie, DJ 10.8.2006; ADI-MC 4.307, Rel. Min. Cármen Lúcia, DJ 5.3.2010.

⁵ Na prática, diria o pragmático, o que é *casuismo* para um não o é para o outro, como sói ocorrer nos casos em que o *casuismo* vem camuflado pelas melhores intenções de se fazer prevalecer a ética na política.

constitucional. Alguns defendem que o seu significado estaria restrito às normas eleitorais de caráter processual ou instrumental; outros argumentam que isso seria uma visão tacanha da garantia constitucional e sustentam que ela também abarcaria o direito eleitoral de índole material ou substantiva. Dessa forma, eles continuam trabalhando com a hipótese de que a verdadeira solução para o problema está na construção de um consenso entre a maioria dos juristas sobre o significado semântico da expressão “processo eleitoral”, o que poderia ser impulsionado por uma firme jurisprudência do STF – e também do Tribunal Superior Eleitoral – a respeito do tema.

Talvez esses juristas estejam completamente equivocados. Primeiro, parece óbvio que, a menos que se acredite tanto na força do efeito vinculante, as decisões da Corte Suprema não teriam a condição de impor tal consenso. Segundo, é bem provável que a almejada construção de um sentido semântico específico do dispositivo textual do art. 16, em vez de oferecer um caminho de solução, em verdade seja exatamente o foco principal de toda a instabilidade interpretativa que há mais de duas décadas (desde a Constituição de 1988) paira em torno desse denominado princípio da anterioridade eleitoral. Terceiro, essa forma de interpretar a norma constitucional é própria de uma teoria semântica do Direito (tal como o positivismo jurídico)⁶ que parece pouco se adequar às demandas da interpretação e da argumentação jurídicas no contexto do constitucionalismo atual.

O fato é que os juristas precisam refletir sobre suas próprias práticas argumentativas a respeito do art. 16 da Constituição de 1988. Os modos de argumentação, que se voltam primordialmente para o sentido semântico da expressão “processo eleitoral” e para a identificação do casuísmo da legislação, poderiam dar lugar a uma atitude interpretativa desenvolvida em torno do significado da

⁶ Sobre as críticas ao positivismo como teoria semântica do direito, vide: DWORKIN, Ronald. *Law's Empire*. Cambridge: Belknap-Harvard; 1986.

garantia fundamental da anterioridade eleitoral no contexto do Estado Democrático de Direito.

O propósito do presente artigo é apenas sugerir algumas bases teóricas de possíveis técnicas de interpretação e modos de argumentação em torno do art. 16 da Constituição. Ao longo das reflexões desenvolvidas sobre a interpretação do art. 16 – algumas, deve-se reconhecer, meramente repetitivas do que já se encontra na doutrina –, as seguintes perspectivas serão trabalhadas: 1) a norma constitucional do art. 16 como *regra* que fornece *razões peremptórias*; 2) a garantia fundamental da anterioridade eleitoral como *trunfo contra a maioria*; 3) a interpretação e a argumentação fundadas em direitos fundamentais; 4) o papel da jurisdição constitucional na proteção dos direitos fundamentais.

2 O art. 16 da Constituição de 1988

O art. 16 da Constituição positiva o princípio da anualidade ou princípio da anterioridade eleitoral. Na redação originária de 1988, o referido dispositivo prescrevia que “a lei que alterar o processo eleitoral só entrará em vigor um ano após a sua promulgação”. Nesses termos, a norma constitucional estabelecia que a lei modificadora do processo eleitoral, uma vez publicada, ficaria com sua vigência condicionada ao transcurso do prazo de um ano após a publicação. Atingia-se, com isso, a própria vigência da lei eleitoral, em qualquer tempo que fosse publicada. A *vacatio legis* de um ano acabou criando dificuldades para a devida regulamentação dos processos eleitorais, na medida em que impedia a vigência imediata da legislação editada mesmo em períodos não eleitorais.

A Emenda Constitucional nº 4, de 1993 (DOU, 15.9.1993), alterou a redação do art. 16, o qual passou a estabelecer que “a lei que alterar o processo eleitoral entrará em vigor na data de sua publicação, não se aplicando à eleição que ocorra até um ano

da data de sua vigência". O aperfeiçoamento técnico-redacional teve o propósito de conferir plena vigência à lei eleitoral, condicionando apenas a sua eficácia jurídica (aplicabilidade) em relação às eleições que se realizarem até um ano após a sua publicação (início da vigência). A correção técnica foi salutar, na medida em que permitiu realizar, de forma mais adequada, a intenção do constituinte de impedir mudanças abruptas na legislação no transcurso do ano eleitoral.

De toda forma, o conteúdo e a teleologia do princípio consagrado no art. 16 não foram modificados pela EC 4/93. Tal como assegurado no texto originário da Constituição de 1988, o princípio da anterioridade eleitoral traduz um postulado de *segurança jurídica* para as eleições, que impõe a sustação da eficácia jurídica (aplicabilidade) de toda lei que, publicada no transcurso do ano eleitoral, altere o processo eleitoral. Levando-se em consideração que, de acordo com a Lei Eleitoral (Lei 9.504/97, art. 1º), as eleições realizam-se no primeiro domingo do mês de outubro do ano eleitoral, isso significa, na prática, que a lei que altere o processo eleitoral deverá ser publicada até o início do mês de outubro do ano anterior. Em suma, o ano eleitoral transcorre de outubro a outubro, e, dentro desse período, a lei que altere o processo eleitoral será publicada e entrará em vigor, mas não poderá ser aplicada ao pleito eleitoral em curso. Daí a metáfora que comumente é utilizada para explicar o significado dessa regra constitucional: não se podem alterar as regras do jogo uma vez o jogo iniciado. Em suma, não se podem modificar as regras do processo eleitoral uma vez este já foi iniciado.

O princípio da anterioridade constitui uma inovação do constituinte de 1988. As Constituições anteriores não previam norma desse jaez. Ela foi inserida no texto constitucional de 1988 com um objetivo muito claro e conhecido: pôr um ponto final no costume então vigente de se alterar a legislação eleitoral no ano das eleições, muitas vezes para se favorecer o grupo político majoritário. Assim, a partir de 1988, a regra da anualidade eleitoral passou a constituir uma barreira constitucional contra as *leis casuísticas* editadas no curso do processo eleitoral.

Na medida em que tem por objetivo primordial impedir o casuísmo e assim dar efetividade à exigência de segurança jurídica para os pleitos eleitorais, o princípio da anterioridade assume um inegável conteúdo ético e moralizador. Como bem destaca Manoel Gonçalves Ferreira Filho, “trata-se de norma moralizadora que impede mudanças *ad hoc* no processo eleitoral”⁷. Fávila Ribeiro também ressalta que esse preceito constitucional “revela elevado propósito moralizador e do mais alto sentido estratégico para evitar continuem a ser empregadas leis, emitidas às vésperas dos pleitos, para proveito das forças políticas dominantes”⁸. Nesse sentido, não se pode negar que a segurança jurídica, como exigência do Estado de Direito, também dispõe de um elemento componente de ética jurídica, tal como já dizia Karl Larenz em sua conhecida obra sobre o “Direito Justo” (*Richtiges Recht*)⁹. O princípio da anterioridade eleitoral, portanto, tem um dos seus fundamentos axiológicos no princípio da segurança jurídica, na qualidade de *princípio da confiança*. A vigência da legislação eleitoral na data de início do ano eleitoral gera nos cidadãos (eleitores e candidatos) e nos partidos políticos um sentimento de confiança na sua imutabilidade; a confiança de que as regras do jogo não serão modificadas; e se o forem, tais modificações não terão aplicabilidade ao pleito eleitoral em curso. No Estado Democrático de Direito, a proteção dessa confiança assume um valor ético jurídico fundamental.

A submissão das mudanças legislativas quanto ao processo eleitoral à regra da anualidade também busca fundamento na necessidade de se preservar a *igualdade de oportunidades* nas competições eleitorais. A garantia de que o pleito será regido por um conjunto preciso e delimitado de normas previamente conhecidas e consolidadas desde o início do ano eleitoral promove a isonomia de condições entre os

⁷ FILHO, Manoel Gonçalves Ferreira. *Comentários à Constituição brasileira de 1988*. Vol. 1. 2ª Ed. São Paulo: Saraiva; 1997, p. 130.

⁸ RIBEIRO, Fávila. *Comentários à Constituição*. 2º Vol. Rio de Janeiro: Freitas Bastos; 1988, p. 273.

⁹ LARENZ, Karl. *Derecho Justo. Fundamentos de Ética Jurídica*. Madrid: Civitas; 2001, p. 95.

diversos grupos políticos, os quais ficam todos igualmente submetidos ao mesmo conjunto de normas regulatórias da disputa eleitoral. O princípio da anterioridade, dessa forma, contém uma presunção de que qualquer mudança no processo eleitoral configura um fator de desequilíbrio entre as diversas forças políticas adversárias. Parte-se do pressuposto de que a alteração legislativa poderá ser utilizada por um ou outro grupo político em proveito próprio. Como se verá adiante, a regra da anualidade não distingue entre leis gerais e abstratas que sejam editadas com vistas à moralização das eleições e outras leis específicas supostamente destinadas ao favorecimento de certos segmentos políticos. A eficácia do princípio da anterioridade eleitoral, como corolário da igualdade de oportunidades, não fica condicionada a qualquer diferenciação entre as leis eleitorais gerais e abstratas (as quais atingem a todos de forma igual) e leis casuísticas (destinadas a favorecer um grupo político específico). Qualquer lei que altere o processo eleitoral, por constituir uma ameaça à isonomia entre os concorrentes, está submetida à regra da anualidade.

O caráter fundamental dessa norma constitucional para o sistema do Direito Eleitoral torna-a um princípio vinculante para toda a atividade estatal, seja legislativa, executiva ou judicial. Em razão de sua fundamentalidade formal e material para a ordem jurídica do Direito Político-Eleitoral, convencionou-se denominá-la de *princípio* da anualidade ou da anterioridade eleitoral, apesar de apresentar estrutura normativa de *regra*, com condições de aplicação bem delimitadas, que fornecem *razões peremptórias* para sua incidência nos casos concretos¹⁰. Dessa forma, ela não se submete, pelo menos em princípio, a ponderações com outros valores e princípios constitucionais que visem relativizá-la ou afastá-la em circunstâncias especiais. A norma constitucional do art. 16 apresenta hipótese de incidência bem definida (publicação de lei alteradora do processo eleitoral), com a consequência jurídica detalhada

¹⁰ Cfr.: DO VALE, André Rufino do. Estrutura das normas de direitos fundamentais. São Paulo: Saraiva; 2009.

(suspensão da aplicabilidade dessa lei na eleição que ocorrer até um ano da data do início de sua vigência). Ocorridos os pressupostos fáticos para sua incidência, não poderá (*prima facie*) ser afastada ou superada em razão da aplicação de outros princípios constitucionais. Assim, não se poderá alegar que uma determinada lei eleitoral não se submete à regra da anualidade porque visa efetivar valores constitucionais de maior peso ou importância, como a ética, a moralidade ou a probidade na política. A norma do art. 16 fornece uma razão peremptória para a sustação da eficácia jurídica de qualquer lei que altere o processo eleitoral e seja publicada no decurso do ano eleitoral.

A função do princípio da anterioridade eleitoral no sistema jurídico se assemelha àquela cumprida pela norma do art. 150, inciso III, alíneas b e c, da Constituição, que traduz o princípio da anterioridade tributária como limite ao poder estatal de tributação. Segundo esse princípio da ordem jurídica tributária, a lei que instituir ou aumentar tributo não poderá ser aplicada no mesmo exercício financeiro (1º de janeiro a 31 de dezembro do ano respectivo) em que for publicada, ou, no caso de ser publicada nos 3 meses finais do exercício financeiro (outubro, novembro e dezembro do ano respectivo), antes de decorridos noventa dias da data dessa publicação.

O Supremo Tribunal Federal considera o princípio da anterioridade tributária como uma garantia fundamental do cidadão-contribuinte¹¹ e assim também tem considerado o princípio da anterioridade eleitoral¹². O princípio da anterioridade eleitoral, dessa forma, constitui uma *garantia fundamental* do cidadão-eleitor, do cidadão-candidato e dos partidos políticos. A jurisprudência do STF fixou a noção de que o art. 16 é garantia de um “devido processo legal eleitoral”, expressão originada do voto do ministro Sepúlveda Pertence no julgamento da ADI 354¹³.

¹¹ ADI 939, Rel. Min. Sydney Sanches, DJ 17.12.1993.

¹² ADI 3.685, Rel. Min. Ellen Gracie, julg. em 22.3.2006.

¹³ ADI 354, Rel. Min. Octavio Gallotti, julg. em 24.9.1990.

Com efeito, a efetividade dos direitos fundamentais apenas pode ser assegurada por meio de um sistema de normas de organização e procedimento que conceda aos indivíduos os instrumentos aptos a tornar viável o pleno exercício dos direitos, assim como os mecanismos processuais destinados à impugnação das lesões ou ameaças de lesão a esses direitos. O pleno exercício de direitos políticos por seus titulares (eleitores, candidatos e partidos) é assegurado pela Constituição brasileira por meio de um sistema de normas que conformam o que se poderia denominar de *devido processo legal eleitoral*. Na medida em que estabelecem as garantias fundamentais para a efetividade dos direitos políticos, essas regras também compõem o rol das normas denominadas cláusulas pétreas e, por isso, estão imunes a qualquer reforma que vise restringi-las ou subtraí-las. O art. 16 da Constituição, ao submeter a alteração legal do processo eleitoral à regra da anualidade, constitui uma garantia fundamental para o pleno exercício de direitos políticos. Por isso, compõe o plexo de garantias constitucionais que conformam o devido processo legal eleitoral.

Na qualidade de garantia fundamental do pleno exercício de direitos políticos, o princípio da anterioridade eleitoral representa, dessa forma, uma genuína *cláusula pétrea*, e assim está protegida contra o poder de reforma constitucional¹⁴. Emendas constitucionais podem modificar aspectos técnico-redacionais do dispositivo do art. 16, tal como o fez a EC 4/93, mas não podem atingir o conteúdo essencial da norma constitucional que preserva a regra da anualidade como garantia da cidadania política.

Apesar de apresentar estrutura de regra, com condições de aplicação e consequências jurídicas detalhadas, a norma do art. 16 da Constituição suscita controvérsias quanto ao significado de palavras e expressões textuais nele empregadas pelo legislador constituinte. Discute-se, em suma, o alcance da palavra “lei” e da expressão “processo eleitoral”. Os parâmetros para a interpretação desses signos linguísticos foram fixados

¹⁴ ADI 3.685, Rel. Min. Ellen Gracie, julg. em 22.3.2006.

ao longo dos anos pela jurisprudência do Supremo Tribunal Federal.

3 A jurisprudência do STF

Desde o advento da Constituição de 1988, o Supremo Tribunal Federal construiu uma robusta jurisprudência sobre o princípio da anterioridade eleitoral¹⁵, da qual podem ser extraídos os parâmetros para a interpretação da norma do art. 16 da Constituição.

O primeiro critério relaciona-se ao significado da palavra “lei”. De acordo com a jurisprudência do STF, o vocábulo “lei” contido no texto do art. 16 da Constituição tem sentido amplo, isto é, abrange a *lei ordinária*, a *lei complementar*, a *emenda constitucional* e qualquer espécie normativa de caráter *autônomo, geral e abstrato*, que seja emanada do Congresso Nacional no exercício da competência privativa da União para legislar sobre Direito Eleitoral (art. 22, I, da Constituição)¹⁶.

Quanto à interpretação da expressão “processo eleitoral”, é possível identificar duas fases na jurisprudência do STF. Na primeira fase, os votos dos ministros que capitanearam as teses vencedoras na ADI 345 desenvolveram o raciocínio segundo o qual a expressão “processo eleitoral” contida no art. 16 da Constituição abrangeria apenas as normas eleitorais de caráter instrumental ou processual e não aquelas que dizem respeito ao

¹⁵ RE 129.392, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, julg. em 17.6.1992; ADI n.º 733, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJ 16.6.1995; ADI n.º 718, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJ 18.12.1998; ADI n.º 354, Rel. Min. Octavio Gallotti, DJ 22.6.2001; ADI n.º 3.345, Rel. Min. Celso de Mello, julg. 25.8.2005; ADI n.º 3.741, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, DJ 23.2.2007; ADI 3.685, Rel. Min. Ellen Gracie, DJ 10.8.2006; ADI-MC 4.307, Rel. Min. Cármen Lúcia, DJ 5.3.2010; RE 633.703, Rel. Min. Gilmar Mendes, julg. em 23.3.2011.

¹⁶ ADI n.º 733, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJ 16.6.1995; ADI n.º 718, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJ 18.12.1998; ADI 3.685, Rel. Min. Ellen Gracie, DJ 10.8.2006. ADI-MC 4.307, Rel. Min. Cármen Lúcia, DJ 5.3.2010.

Direito Eleitoral material ou substantivo¹⁷. Esse entendimento, no entanto, perdeu relevância e ficou praticamente esquecido quando a Corte, com a composição substancialmente modificada, passou a adotar como prevalecente a interpretação do art. 16 levada a efeito pelos ministros que na referida primeira fase ficaram vencidos¹⁸.

Assim, a partir do julgamento da ADI 3.345 – e, em seguida, nas ADI 3.685, 3.741 e ADI-MC 4.307 – o Tribunal passou a considerar que a interpretação do art. 16 da Constituição deve levar em conta o significado da expressão “processo eleitoral” e a *teleologia* dessa norma constitucional, de acordo com os seguintes parâmetros:

1. O processo eleitoral constitui um complexo de atos que visa receber e transmitir a vontade do povo e que pode ser subdividido em três fases: a) a *fase pré-eleitoral*, que vai desde a escolha e apresentação das candidaturas até a realização da propaganda eleitoral; b) a *fase eleitoral* propriamente dita,

¹⁷ Vide, por exemplo, os votos dos ministros Paulo Brossard, Moreira Alves, Néri da Silveira no julgamento da ADI 354 Rel. Min. Octavio Gallotti, DJ 22.6.2001.

¹⁸ No julgamento da ADI 354, em 24.9.1990, os votos vencedores (ministros Octavio Gallotti – relator, Paulo Brossard, Célio Borja, Sydney Sanches, Moreira Alves e Néri da Silveira) basearam-se em fundamentos que podem ser agrupados em três vertentes: 1) a norma eleitoral que trata de um determinado modo de apuração de votos e, dessa forma, diz respeito apenas à interpretação da vontade do eleitor, pode ter eficácia imediata sem desrespeitar o princípio da anterioridade eleitoral (Octavio Gallotti e Célio Borja); 2) a expressão “processo eleitoral” contida no art. 16 da Constituição abrange apenas as normas eleitorais de caráter instrumental ou processual e não aquelas que dizem respeito ao direito eleitoral material ou substantivo (Paulo Brossard, Moreira Alves, Néri da Silveira); 3) o art. 16 visa impedir apenas alterações casuísticas e condenáveis do ponto de vista ético, e sua interpretação deve levar em conta as peculiaridades nacionais, o “Brasil real e não o Brasil teórico” (Sydney Sanches). Na ocasião, ficaram vencidos os ministros Marco Aurélio, Carlos Velloso, Celso de Mello, Sepúlveda Pertence e Aldir Passarinho, cujos votos, vistos em conjunto, entenderam que a interpretação do art. 16 deve levar em conta dois aspectos fundamentais: o significado da expressão “processo eleitoral” e a teleologia da norma constitucional. Após o julgamento da ADI 354, no início da década de 1990, a Corte somente voltou a se pronunciar sobre o art. 16 da Constituição no ano de 2005, ao apreciar a ADI 3.345, Rel. Min. Celso de Mello. Com a composição da Corte modificada substancialmente, iniciou-se uma segunda fase na jurisprudência sobre o art. 16, na qual passaram a prevalecer os parâmetros de interpretação definidos pelos votos vencidos na ADI 354, especialmente os dos ministros Celso de Mello, Sepúlveda Pertence, Carlos Velloso e Marco Aurélio.

que compreende o início, a realização e o encerramento da votação; c) a *fase pós-eleitoral*, que se inicia com a apuração e a contagem de votos e finaliza com a diplomação dos candidatos;

2. A teleologia da norma constitucional do art. 16 é impedir a *deformação* do processo eleitoral mediante alterações nele inseridas de forma *casuística* e que interfiram na *igualdade de participação* dos partidos políticos e de seus candidatos¹⁹.

Como se vê, o STF compreende o processo eleitoral como sendo composto por três fases. Em verdade, tal entendimento jurisprudencial deve ser interpretado de forma a compreender o processo eleitoral *em sentido amplo*, formado por fases eleitorais cujo início coincide com o marco inicial do ano eleitoral (primeiro domingo de outubro do ano anterior) e vai até a diplomação dos eleitos. Alterar o processo eleitoral, nesse sentido, significa modificar as regras que disciplinam todas essas fases eleitorais, desde o alistamento, a fixação do domicílio eleitoral e a filiação partidária, passando pela escolha e pelo registro de candidaturas, regime de desincompatibilização, condições de elegibilidade e causas de inelegibilidade, funcionamento dos partidos, até a disciplina da propaganda e campanha eleitorais, normas de votação e critérios de apuração de votos, proclamação dos resultados e diplomação dos eleitos²⁰.

¹⁹ Nesses termos, vide voto do Min. Gilmar Mendes, Relator, no RE 633.703, julg. em 23.3.2011.

²⁰ Tal entendimento coincide com o de Fávila Ribeiro, cujo pensamento pode ser apreendido em suas próprias palavras, como descrito a seguir: “Mas, por verdade, em que consiste alterar o processo eleitoral, objeto de vedação constitucional? São mudanças adotadas, em preceitos ordinários, atingindo o sistema eleitoral em qualquer de seus elementos constitutivos, percorrendo todas as suas fases, do alistamento, registro de candidaturas, funcionamento das seções de votação, regime de inelegibilidade, disciplinamento de domicílio eleitoral, permuta do campo da disputa com base em circunscricional ou distrital, desincompatibilizações, regras de impugnações, filiações partidárias, fundação, funcionamento e regime disciplinar dos partidos, distribuição das sobras no cociente eleitoral, acessibilidade e limitações nas atividades de propaganda, culminando na proclamação e diplomação dos eleitos, com os procedimentos pertinentes a cada uma dessas esferas funcionais”. RIBEIRO, Fávila. *Comentários*

Esse sentido amplo da expressão “processo eleitoral” foi confirmado no julgamento da ADI 3.685, no qual o Supremo Tribunal considerou que a EC nº 52, publicada no dia 8 de março do ano eleitoral de 2006, para alterar o regime de formação das coligações partidárias (“verticalização” das coligações), interferia no processo eleitoral e, dessa forma, deveria respeitar a regra da anualidade eleitoral²¹.

Na jurisprudência mais recente do STF, o caso mais importante sobre a interpretação do art. 16 da Constituição, indubitavelmente, é o denominado “caso Ficha Limpa” (RE 633.703²²), no qual o Tribunal decidiu que a LC 135/2010 (mais conhecida como “Lei da Ficha Limpa”), que alterou as regras de inelegibilidade constantes da LC 64/90, não poderia ser aplicada às eleições de 2010, em razão de ter sido publicada no dia 4 de junho desse mesmo ano de 2010. No voto condutor da posição majoritária e vencedora no Tribunal, o relator, ministro Gilmar Mendes, teceu considerações contundentes sobre o significado da expressão “processo eleitoral” contida no art. 16 da Constituição, confirmando, novamente, o sentido amplo já acolhido em julgados anteriores, especialmente o da referida ADI 3.685²³.

à Constituição. 2º Vol. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1988. p. 273.

²¹ ADI 3.685, Rel. Min. Ellen Gracie, julg. em 22.3.2006.

²² RE 633.703, Rel. Min. Gilmar Mendes, julg. em 23.3.2011.

²³ Estas são as palavras do ministro: “Nesse sentido, com todas as vênias, não pode ser coerente o argumento, adotado no Tribunal Superior Eleitoral, segundo o qual a LC 135/2010 é aplicável a esta eleição porque publicada antes das convenções partidárias, data na qual se iniciaria o processo eleitoral. Esse sequer é o conceito de processo eleitoral presente na jurisprudência do STF, como já analisado. Se levarmos a sério a jurisprudência, teremos de concluir que a LC 135/2010 interferiu numa fase específica do processo eleitoral, qualificada na jurisprudência como a *fase pré-eleitoral*, que se inicia com a escolha e a apresentação das candidaturas pelos partidos políticos e vai até o registro das candidaturas na Justiça Eleitoral. E, frise-se, essa fase não pode ser delimitada temporalmente entre os dias 10 e 30 de junho, no qual ocorrem as convenções partidárias, pois o processo político de escolha de candidaturas é muito mais complexo e tem início com a própria filiação partidária do candidato, em outubro do ano anterior. A EC nº 52, que tratou da chamada “verticalização” das coligações, foi publicada em 8 de março de 2006, isto é, muito antes das convenções partidárias. E o STF, no julgamento da ADI 3.685, considerou que ela interferia no processo eleitoral e, portanto, deveria respeitar o princípio da anterioridade eleitoral. Isso porque o processo eleitoral, no entendimento do Tribunal, abarca o processo de definição das coligações e de articulação política de

A decisão no caso Ficha Limpa é extremamente importante não exatamente por ter consolidado tal entendimento em torno da expressão “processo eleitoral”, mas, especialmente, por ter aberto uma nova linha de interpretação do art. 16 da Constituição, qualificando-o como uma garantia fundamental das minorias, a qual exige a atuação firme da jurisdição constitucional na sua proteção²⁴.

estratégias eleitorais, que não ocorre somente nas convenções partidárias. [...] Como se vê, a fase pré-eleitoral de que trata a jurisprudência desta Corte não coincide com as datas de realização das convenções partidárias. Ela começa muito antes, com a própria filiação partidária e a fixação de domicílio eleitoral dos candidatos, assim como o registro dos partidos no Tribunal Superior Eleitoral. A competição eleitoral se inicia exatamente um ano antes da data das eleições e, nesse interregno, o art. 16 da Constituição exige que qualquer modificação nas regras do jogo não terá eficácia imediata para o pleito em curso”. RE 633.703, Rel. Min. Gilmar Mendes, julg. em 23.3.2011.

²⁴ Essa face especial do art. 16, não vislumbrada em julgados anteriores, foi destacada pelo voto do ministro Gilmar Mendes: “O princípio da anterioridade eleitoral constitui uma garantia fundamental também destinada a assegurar o próprio exercício do direito de minoria parlamentar em situações nas quais, por razões de conveniência da maioria, o Poder Legislativo pretenda modificar, a qualquer tempo, as regras e os critérios que regerão o processo eleitoral. Se hoje admitirmos que uma nova lei pode ser publicada dentro do prazo de um ano que antecede a eleição para aumentar os prazos de inelegibilidade e atingir candidaturas em curso, amanhã teremos que também admitir que essa mesma lei possa ser novamente alterada para modificar os mesmos prazos de inelegibilidade com efeitos retroativos. E assim a cada pleito eleitoral os requisitos de elegibilidade ficariam à mercê das vontades políticas majoritárias. Nesse caminho, que pode seguir ao infinito, os direitos de participação política invariavelmente serão atingidos em seu núcleo essencial, que funciona como limite dos limites (*Schranken-Schranken*) aos direitos fundamentais. E não se utilize o argumento de que a lei tem fundamentos éticos evidentes, porque amanhã essas bases morais poderão camuflar perigosos interesses políticos. A aplicação do princípio da anterioridade não depende de considerações sobre a moralidade da legislação. O art. 16 é uma barreira objetiva contra abusos e desvios da maioria, e dessa forma deve ser aplicada por esta Corte. Não se pode descartar, nesse contexto, a necessidade de proteção das minorias. E a proteção das minorias parlamentares exige reflexão acerca do papel da jurisdição constitucional nessa tarefa. [...] A jurisdição constitucional cumpre a sua função quando aplica rigorosamente, sem subterfúgios calcados em considerações subjetivas de moralidade, o princípio da anterioridade eleitoral previsto no art. 16 da Constituição, pois essa norma constitui uma garantia da minoria, portanto, uma barreira contra a atuação sempre ameaçadora da maioria. O argumento de que a lei é de iniciativa popular não tem aqui peso suficiente para minimizar ou restringir o papel contramajoritário da jurisdição constitucional. É compreensível a ação das várias associações e das várias organizações sociais tendo em vista a repercussão que esse tema tem na opinião pública. Sabemos que, para temas complexos em geral, há sempre uma solução simples e em geral errada. E para esse caso a população passa a acreditar que a solução para a improbidade administrativa, para as mazelas da vida política, é a Lei da Ficha Limpa. A partir daí há, na verdade, a tentativa de aprisionar, o que nos dificulta enormemente a missão nesta Corte, como em outros casos, porque acabamos tendo de nos pronunciar de forma contramajoritária, claro,

A partir desses entendimentos, delineados no julgamento do caso Ficha Limpa, é possível fazer novas reflexões sobre a garantia fundamental da anterioridade eleitoral no Estado Democrático de Direito, que podem dar início a uma paulatina construção de um novo paradigma de interpretação do art. 16 da Constituição.

4 Trunfo contra a maioria

No Estado Democrático de Direito, a garantia fundamental da anterioridade eleitoral constitui um *trunfo contra a maioria*.

tendo em vista a opinião pública, segundo as pesquisas manifestadas de opinião. Mas esta é a missão desta Corte: aplicar a Constituição, ainda que contra a opinião majoritária. Esse é o *ethos* de uma Corte Constitucional. É fundamental que tenhamos essa visão. [...] Tenho a impressão de que este é um caso exemplar que nós temos de tensão entre jurisdição constitucional e democracia. Evidente que a expectativa dessa chamada opinião pública era no sentido de que nós nos pronunciássemos pela aplicação imediata da Lei da Ficha Limpa, até que descobrissem que essa solução seria um atentado contra a própria democracia. A Lei da Ficha Limpa (LC 135/2010) resultou de projeto de iniciativa popular, subscrito por mais de um milhão e seiscentos mil cidadãos brasileiros. O fato é apresentado pelos diversos meios de comunicação como representativo de uma pujante vontade popular de retirar do processo eleitoral cidadãos que tenham vida pregressa não condizente com a probidade e a moralidade necessárias para o exercício dos cargos políticos. Dessa forma, acabou-se construindo e estimulando um sentimento popular extremamente negativo em torno do julgamento da constitucionalidade dessa lei no Supremo Tribunal Federal. Toda a população passa a acreditar que se esta Corte, ao se aprofundar no exame da Lei da Ficha Limpa, decide pela não aplicação dessa lei às eleições de 2010 ou encontra em um ou outro dispositivo específico da lei problemas de constitucionalidade, é porque ela é a favor ou pelo menos compactua com a corrupção na política. O fato de a lei estar sob o crivo da Suprema Corte do Brasil é levado ao público em geral como uma ameaça à Lei da Ficha Limpa e à moralidade nas eleições. É dever desta Corte esclarecer, por meio deste julgamento, o papel que cumpre na defesa da Constituição. Por isso, acredito que nós estamos, hoje, cumprindo bem a missão, o *ethos* para o qual esta Corte se destina. O catálogo de direitos fundamentais não está à disposição; ao contrário, cabe a esta Corte fazer esse trabalho diuturno, exatamente porque ela não julga cada caso individualmente, mas, quando julga o caso, ela o faz nessa perspectiva de estar definindo temas. Cabe a esta Corte fazer, diuturnamente, essa pedagogia dos direitos fundamentais, contribuindo para um processo civilizatório elevado”. RE 633.703, Rel. Min. Gilmar Mendes, julg. em 23.3.2011.

O *trunfo*, como metáfora representativa de uma concepção forte de direitos individuais, pode ser encontrado na obra de Ronald Dworkin²⁵. Um dos pontos centrais da teoria do Direito de Dworkin está na defesa da fundamentalidade e primordialidade dos direitos em face dos cálculos utilitaristas do Estado²⁶. A partir dessa ideia, Dworkin formula um *conceito antiutilitarista dos direitos*²⁷, o qual pode ser assim descrito: se um indivíduo tem direito a algo, então o Estado não pode privá-lo desse direito com fundamento na realização de um interesse geral da comunidade²⁸. Nessa concepção antiutilitarista, os direitos são verdadeiros “trunfos” (*trumps*) em face de decisões políticas tomadas com base na persecução de objetivos

²⁵ DWORKIN, Ronald. *Taking rights seriously*. Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press; 1978. Para uma crítica a essa concepção, vide: WALDRON, Jeremy. *Law and disagreement*. New York: Oxford University Press, 1999.

²⁶ Este é o autêntico leitmotiv da teoria de Dworkin, como ressalta Javier de Lucas. Vide: LUCAS, Javier de. Una consecuencia de la tesis de los derechos: la desobediencia civil segun R. Dworkin. *Doxa*, n. 2, p. 197, 1985. Sobre a centralidade da tese dos direitos na teoria de Dworkin, vide também: TOLONEN, Hannu. Reglas, principios y fines: la interrelación entre derecho, moral y política. AARNIO, Aulis; GARZÓN VALDÉS, Ernesto; UUSITALO, Jyrki. La normatividad del derecho. Barcelona: Gedisa, 1997. p. 73.

²⁷ O conceito antiutilitarista de Direito formulado por Dworkin também não escapou às críticas de Herbert Hart. A respeito do debate entre Dworkin e Hart sobre utilitarismo e direitos, vide: HART, Herbert. *Entre utilidad y derechos*. Bogotá: Universidad Externado de Colômbia, 2002. DWORKIN, Ronald. *Temos direito à pornografia?* In: *Uma questão de princípio*. São Paulo: Martins Fontes, 2001. p. 497.

²⁸ Os seguintes trechos da obra de Dworkin bem expressam este conceito: “Se uma pessoa tem um direito a alguma coisa, então é errado que o governo a prive desse direito, mesmo que seja do interesse geral proceder assim. Este sentido do que constitui um direito – que poderia ser chamado de conceito antiutilitarista de um direito – parece-me muito próximo do sentido de direito que, nos últimos anos, tem sido empregado principalmente nos escritos e na argumentação políticos e jurídicos. Esse sentido destaca o conceito bem definido de um direito individual contra o Estado, conceito que está, por exemplo, no cerne da teoria constitucional nos Estados Unidos. [...] Nos casos em que a restrição à liberdade for suficientemente grave ou severa, é verdadeiro afirmar que o governo não está autorizado a impor essa restrição, apenas porque ela seria imposta no interesse geral. O governo não está autorizado, por exemplo, a restringir a liberdade de expressão sempre que lhe parecer que isso contribuirá para o aumento do bem-estar geral. [...] Essa ideia – a de que os direitos individuais podem conduzir à utilidade geral – pode ou não ser verdadeira, mas ela é irrelevante para a defesa dos direitos enquanto tais, pois quando afirmamos que alguém tem um direito de expressar livremente suas opiniões, no sentido político relevante, queremos dizer que ele tem o direito de fazê-lo, mesmo quando isso não for de interesse geral. Se queremos defender os direitos individuais no sentido em que os reivindicamos, devemos tentar descobrir alguma coisa que, além da utilidade, sirva de argumento em favor deles”. DWORKIN, Ronald. *Taking rights seriously*. Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press, 1978.

coletivos da comunidade. A teoria de Dworkin, dessa forma, é representativa de uma “concepção deontológica dos direitos”²⁹.

A metáfora do trunfo foi recentemente reformulada por Jorge Reis Novais para enfatizar a vocação contramajoritária dos direitos fundamentais no Estado Democrático de Direito³⁰. Segundo o constitucionalista português, no Estado Democrático de Direito, ter um direito fundamental significa possuir um trunfo contra o Estado, ou seja, contra o governo democraticamente legitimado, o que pressupõe, num regime político fundado na regra da maioria, ter um trunfo contra a maioria, mesmo quando esta toma decisões seguindo os procedimentos democráticos instituídos. Essa imagem dos direitos fundamentais como trunfos – que, tal como no jogo de cartas, prevalecem sobre todos os naipes – remete à conhecida tensão imanente (que, em verdade, também pode ser traduzida como uma relação de reciprocidade e complementaridade) entre direitos fundamentais e democracia, constitucionalismo e democracia ou, em última análise, entre jurisdição constitucional e democracia.

A noção dos direitos como trunfos adquire pleno sentido quando expressa a ideia de proteção da autonomia e da liberdade da minoria, que não podem ser restringidas pela maioria pelo simples fato de ser maioria, pelo fato de essa autonomia se orientar num sentido rejeitado ou hostilizado pela maioria. Não pode a maioria política, ainda que formada democraticamente, impor ao indivíduo ou aos grupos minoritários as concepções de vida, de política ou de ideologia com as quais tais indivíduos e grupos não concordem, por mais valiosas que essas concepções sejam para a maioria³¹. Dessa forma, como trunfos políticos, os direitos e as garantias fundamentais concedem à minoria uma posição juridicamente

²⁹ Como bem observado por Rodolfo Arango Rivadeneira, em prefácio à tradução para o castellano do artigo de Herbert Hart “Between utility and rights” (1979). HART, Herbert L. A.. Entre utilidad y derechos. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2003.

³⁰ NOVAIS, Jorge Reis. *Direitos fundamentais: trunfos contra a maioria*. Coimbra: Coimbra Ed., 2006.

³¹ NOVAIS, Jorge Reis. *Direitos fundamentais: trunfos contra a maioria*. Coimbra: Coimbra Ed., 2006.

protegida contra a maioria; uma posição forte, a qual atua como uma trincheira de defesa contra as pretensões hegemônicas da maioria política. A ideia do trunfo reforça, assim, a importância dos direitos fundamentais na defesa dos indivíduos e grupos minoritários no Estado Democrático de Direito. Como ressalta Jorge Reis Novais,

[...] é precisamente quando se sustenta uma posição que não tem o apoio da maioria, ou, mais ainda, que é impopular aos olhos da maioria ou merece a sua rejeição ativa e até violenta, que os direitos fundamentais são verdadeiramente úteis e o conceito de Estado de Direito revela a mais-valia, a força e autonomia relativamente ao conceito de democracia.³²

E, a seguir, prossegue Reis Novais no mesmo raciocínio:

São precisamente as posições minoritárias, as posições de um indivíduo isolado ou acompanhado de outros que como ele se sentem discriminados, que estão sujeitos à pressão, muitas das vezes avassaladora e tendencialmente abusiva, por parte da maioria, que têm necessidade de se socorrer da proteção e das garantias do Estado de Direito. Essa ajuda é tão mais necessária quanto mais a posição que sustentam é impopular ou gera sentimentos de rejeição mais fortes. Pois é aí que se revela a natureza e a força do Estado de Direito e das suas instituições: o Estado de Direito, os direitos fundamentais, vêm em auxílio da posição mais débil, mais impopular ou mais ameaçada, não para a fazer prevalecer ou impor à maioria, mas para garantir ao indivíduo ou à minoria isolada o mesmo direito que têm todos a escolher livre e autonomamente os seus planos de vida, a expor e divulgar as suas posições junto dos concidadãos, a ter as mesmas possibilidades e oportunidades que quaisquer outros para

³² NOVAIS, Jorge Reis. Direitos Fundamentais: trunfos contra a maioria. op. cit., p. 34.

apresentar e defender as suas concepções, opiniões ou projetos, isto é, a competir com armas iguais no livre mercado das ideias³³.

A ideia dos direitos como trunfos, longe de ser uma mera construção teórica, constitui uma exigência prática do reconhecimento da *força normativa da Constituição*. Levar a Constituição a sério significa, nesse aspecto, assentar que a maioria não pode, com sua natural prepotência, pôr em causa aquilo que a Constituição protege como direito fundamental³⁴. Se a Constituição proíbe a pena de morte, por mais que a maioria entenda que a introdução de exceções a essa garantia constitucional trará benefícios a toda a sociedade, e mesmo que a maioria da população apoie enfaticamente o abrandamento dessa proibição (principalmente quando ocorrem fatos criminosos que causam a comoção nacional), a natureza de trunfo da garantia constitucional impede, peremptoriamente, qualquer tentativa de implementação dessas mudanças.

Essas noções são extremamente relevantes para se entender o significado da garantia fundamental da anterioridade eleitoral no Estado Democrático de Direito, pois, da mesma forma, se a Constituição proíbe a eficácia imediata (no pleito eleitoral em curso) da lei eleitoral modificadora do processo eleitoral, por mais que o governo e o Congresso Nacional, legitimados democraticamente e apoiados por uma avassaladora maioria popular, todos impulsionados por um sentimento de moralização da política e de combate à corrupção, decidam que nessa hipótese há de se estabelecer uma exceção à proibição constitucional que permita a aplicação imediata da lei eleitoral (no jargão popular: “a moralização não pode esperar nem um minuto!”), o trunfo representado pela garantia constitucional impede absolutamente a efetivação dessa vontade majoritária.

Assim, na qualidade de trunfo político que é colocado pela Constituição nas mãos da minoria como instrumento de

³³ NOVAIS, Jorge Reis. *Direitos fundamentais*: trunfos contra a maioria. op. cit., p. 35.

³⁴ NOVAIS, Jorge Reis. *Direitos fundamentais*: trunfos contra a maioria. op. cit., p. 35.

proteção contra a atuação sempre ameaçadora da maioria, o art. 16 da Constituição transforma-se numa verdadeira *barreira objetiva* contra qualquer tipo de alteração legislativa que interfira no processo eleitoral. Dessa forma, ele impede, de modo direto e peremptório, que toda e qualquer modificação na disciplina das eleições, vise ou não à moralização do prélio eleitoral, tenha eficácia imediata uma vez publicada no transcurso do ano eleitoral.

A necessidade de se levar em consideração a *teleologia* da norma do art. 16, como estabelecido pela jurisprudência do STF, não pode estimular o intérprete a tentar identificar tipos de casuismo legislativo e entre eles fixar distinções baseadas em critérios subjetivos de moralidade. A proteção constitucional contra as leis casuísticas em matéria eleitoral não distingue casuísmos bons ou não condenáveis (aqueles que visam à moralização do pleito eleitoral), por um lado, e casuísmos perniciosos, por outro. A alteração legislativa, por si só, já presume a existência do casuismo tendente a favorecer um ou outro grupo político e, com isso, a violar o princípio da igualdade de oportunidades na competição eleitoral.

A interpretação e aplicação do art. 16 da Constituição não pode dar margem para que, no processo de argumentação jurídica desenvolvido nos tribunais eleitorais, entrem em jogo argumentos de moralidade (fundados na tão falada moralização do processo eleitoral) que, em realidade, acabam por camuflar preferências pessoais em torno de candidatos, partidos, coligações ou ideologias políticas. O trunfo representa, nesse sentido, um obstáculo intransponível à argumentação teleológica desse tipo.

Assim, a ponderação de valores deve ser rejeitada como técnica de interpretação e aplicação do art. 16 da Constituição. A norma constitucional que consagra a garantia fundamental da anterioridade eleitoral não deve ser “sopesada” com outros princípios e valores constitucionais supostamente considerados mais valiosos ou mais “pesados” numa atividade de balanceamento.

A norma do art. 16 da Constituição fornece uma *razão de correção*³⁵, a qual funciona como uma espécie de trunfo que no discurso jurídico joga contra os argumentos teleológicos comumente desenvolvidos no sentido de afastar a sua aplicação. A garantia da anterioridade eleitoral, dessa forma, cumpre uma função negativa na argumentação jurídica, descartando as *razões utilitárias* levantadas em prol da efetivação de outros valores, tais como a probidade e a moralidade.

Isso não significa dizer que a norma do art. 16 seja insuperável ou não “derrotável” – utilizando-se como parâmetro de análise o conceito de *derrotabilidade (defeasibility)*³⁶

³⁵ As normas de direitos fundamentais, na concepção de Manuel Atienza e Ruiz Manero, constituem princípios em sentido estrito e, dessa forma, geram *razões de correção*, as quais operam como *razões últimas* na deliberação do destinatário da norma; isto é, uma vez determinada a prevalência de um princípio em sentido estrito, o seu destinatário deve realizar a ação por ele prescrita, desconsiderando as consequências dessa ação. Assim, se existe uma razão de correção para a ação X, então a negação dessa ação só pode ser justificada com razões do mesmo tipo (baseadas em princípios), que tenham um maior peso, mas não em razões utilitárias (baseadas em diretrizes políticas), que demonstrem que a ação X é incompatível com a consecução de um certo fim. Desse modo, as razões de correção têm o poder de descartar qualquer argumento de tipo teleológico ou consequencialista fornecido pelas razões utilitárias. ATIENZA, Manuel; RUIZ MANERO, Juan. *Las piezas del derecho: teoría de los enunciados jurídicos*. 2. ed. Barcelona: Ariel, 2004. p. 162. Sobre os distintos tipos de razões, vide também: ATIENZA, Manuel. *El Derecho como argumentación*. Barcelona: Ariel; 2009. p. 203 e ss.

³⁶ A ideia de “derrotabilidade” (*defeasibility*) das normas tem sido atualmente revigorada na teoria do Direito por meio das discussões acerca da distinção entre princípios e regras. Os antecedentes do uso da noção de *defeasibility* na teoria do Direito remontam aos primeiros escritos de Herbert Hart, nos quais o autor utilizava esse adjetivo para qualificar uma condição *sui generis* dos conceitos jurídicos, que se manifesta na impossibilidade de se prever todas as hipóteses de sua aplicação, ou seja, na impossibilidade de enumeração das exceções à aplicação de um conceito jurídico. Apesar de Hart posteriormente abandonar esse tipo de análise dos conceitos jurídicos, a ideia de derrotabilidade permaneceu em escritos posteriores com relação às normas jurídicas. As normas derrotáveis ou abertas são normas que estão sujeitas a exceções implícitas que não podem ser previamente enumeradas de forma exaustiva. Assim, para Hart, as normas são necessariamente derrotáveis, pois, por mais que se intente, não se pode prever todas as hipóteses em que sua aplicação poderá ser afastada. HART, Herbert. *Pós-escrito*. In: *O conceito de direito*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian; 1996. Sobre o tema da derrotabilidade das normas, vide: HAGE, Jaap; PECZENIK, Alexander. *Law, morals and defeasibility*. *Ratio Juris*, v. 13, n. 3, p. 305-325, Sept. 2000. RODRÍGUEZ, Jorge. *La derrotabilidad de las normas jurídicas*. *Isonomía*, n. 6, abr. 1997. BAYÓN, Juan Carlos. *Derrotabilidad, indeterminación del derecho y positivismo jurídico*. In: *Isonomía*, n. 13, Oct. 2000. *Idem*. *Why is legal reasoning defeasible?* *Diritti&questioni pubbliche*, n. 2, ago. 2002. RÓDENAS,

construído pelas mais recentes correntes da teoria do Direito e, mais especificamente, pelas teorias dos enunciados jurídicos. Não se pode aqui amenizar o postulado segundo o qual todas as normas jurídicas, pelo simples fato de conviverem num sistema jurídico de regras e princípios, estão sujeitas (*all things considered*)³⁷ a serem afastadas (não necessariamente invalidadas) em circunstâncias especiais. Em verdade, o que se pode afirmar é que a regra do art. 16, com sua estrutura normativa fechada de condições de aplicação e consequência jurídica bem delimitadas, pressupõe uma ponderação já realizada pelo constituinte, a qual resulta numa norma (regra) que fornece razões peremptórias para sua aplicação aos casos concretos e que muito dificilmente pode ser superada, o que apenas poderia ocorrer, teoricamente, em hipóteses excepcionalíssimas, nas quais estejam presentes razões igualmente fortes (as quais sejam originadas de direitos e garantias que também tenham a qualidade de trunfos). Tais hipóteses são difíceis de serem vislumbradas e acabam sendo um mero pressuposto teórico. De toda forma, é suficiente afirmar (e isso deveria ser quase uma obviedade) que razões fundadas na moralização da política não podem entrar num processo de ponderação com a garantia constitucional da anterioridade eleitoral.

Nesse sentido, também tem algum valor didático (de uma ideia regulativa) a distinção entre *argumentos de princípio* e *argumentos de política* formulada por Ronald Dworkin³⁸.

Ángeles. En la penumbra: indeterminación, derrotabilidad y aplicación judicial de normas. *Doxa*, n. 24, 2001. NAVARRO, Pablo; RODRÍGUEZ, Jorge. Derrotabilidad y sistematización de normas jurídicas. *Isonomía*, n. 13, Oct. 2000. PAZOS, María Inés. Derrotabilidad sin indeterminación.: *Doxa*, n. 25, 2002. CELANO, Bruno. "Defeasibility" e bilanciamento: sulla possibilità di revisioni stabili. *Diritti & questioni Pubbliche*, n. 2, ago. 2002; WEINBERGER, Ota. Prima facie ought: a logical and methodological enquiry. *Ratio Juris*, v. 12, n. 3, p. 239-251, Sep. 1999. ALCHOURRÓN, Carlos. Sobre derecho y lógica. *Isonomía*, n. 13, Oct. 2000.

³⁷ Em suma, a expressão representa o raciocínio jurídico baseado na completa informação de todas as circunstâncias relevantes do caso. Sobre o significado do direito ou de normas *all things considered* no raciocínio jurídico, vide: PECZENIK, Aleksander. *On law and reason*. Springer, Law and Philosophy Library 8. 2009, p. 62-63, 203-206, 253-254.

³⁸ A distinção entre argumentos de princípio (arguments of principle) e argumentos de política (arguments of policy), serve de base para a teoria da adjudicação dos direitos a conhecida tese dos direitos (*right thesis*) formulada por Ronald Dworkin. Os argumentos

A argumentação jurídica desenvolvida em torno do art. 16 da Constituição deve ser estruturada por argumentos de princípio, fundados nos direitos fundamentais dos cidadãos (eleitores e candidatos) e dos partidos políticos. Os argumentos de política – os quais visam demonstrar que a consecução de determinado objetivo coletivo trará maiores benefícios à comunidade ou tornará efetivo um estado de coisas considerado valioso pela sociedade – são liminarmente derrotados pelo trunfo representado pela garantia fundamental da anterioridade eleitoral.

5 A interpretação e a argumentação baseadas em direitos fundamentais

A argumentação baseada nos direitos fundamentais deve permear o processo de interpretação e aplicação do art. 16 da Constituição. Isso implica uma mudança paradigmática na atitude interpretativa dos juristas em torno dessa norma constitucional, a qual vinha sendo caracterizada pela procura dos sentidos semânticos da expressão “processo eleitoral” e pela identificação do casuísmo da lei.

Essa mudança já podia ser vislumbrada no julgamento da ADI 3.685³⁹, no qual o Supremo Tribunal Federal levou em consideração um critério de aferição das restrições aos direitos e garantias fundamentais do cidadão eleitor, do cidadão candidato e dos partidos políticos. O ministro Gilmar Mendes deu início a esse câmbio na perspectiva de interpretação do art. 16 da Constituição, nos seguintes termos:

de princípio justificam uma decisão política, demonstrando que essa decisão respeita ou garante os direitos de um indivíduo ou de um grupo. Por outro lado, os argumentos de política justificam uma decisão política mostrando que a decisão fomenta ou protege algum objetivo coletivo da comunidade. Nos termos da teoria de Dworkin, os direitos individuais não podem ser restringidos com base em argumentos de política que tendem a justificar que essas restrições são necessárias para a promoção de um estado de coisas considerado valioso pela comunidade. Apenas os argumentos de princípio, que se fundamentam na igual proteção do direito de outro indivíduo que será afetado, poderão justificar uma restrição de direitos individuais. DWORKIN, Ronald. Hard Cases. Harvard Law Review, v. 88, p. 1058-1060, 1974-1975.

³⁹ ADI 3.685, Rel. Min. Ellen Gracie, julg. em 22.3.2006.

O art. 16 da Constituição, ao submeter a alteração legal do processo eleitoral à regra da anualidade, constitui uma garantia fundamental para o pleno exercício de direitos políticos. As restrições a essa regra trazidas no bojo de reforma constitucional apenas serão válidas na medida em que não afetem ou anulem o exercício dos direitos fundamentais que conformam a cidadania política. Portanto, é preciso analisar em que medida a EC nº 52/2006, ao afastar a aplicação da regra da anualidade do art. 16, restringiu ou anulou o pleno exercício da cidadania política por parte de seus titulares: partidos políticos; cidadãos-candidatos; e cidadãos-eleitores.

No julgamento do RE 633.703, novamente o ministro Gilmar Mendes adotou uma perspectiva diferenciada de interpretação e de argumentação em torno do art. 16 da Constituição, a qual está representada nos seguintes trechos de seu voto:

Em verdade, a questão não está tanto em saber se a LC 135/2010 interfere no processo eleitoral – o que resulta óbvio por meio das análises anteriores, baseadas em dois parâmetros jurisprudenciais –, mas se ela de alguma forma restringe direitos e garantias fundamentais do cidadão-eleitor, do cidadão-candidato e dos partidos políticos e, desse modo, atinge a igualdade de chances (*Chancengleichheit*) na competição eleitoral, com consequências diretas sobre a participação eleitoral das minorias. Se a resposta a essa questão for positiva, então deverá ser cumprido o mandamento constitucional extraído do princípio da anterioridade (art. 16) na qualidade de garantia fundamental componente do plexo de garantias do devido processo legal eleitoral. Essa perspectiva de análise, que leva em conta a restrição de direitos e garantias fundamentais, é mais objetiva do que aquela que segue uma identificação subjetiva do

casuismo da alteração eleitoral. A experiência – inclusive da jurisprudência do STF – demonstra que a identificação do *casuismo* acaba por levar à distinção subjetiva entre *casuismos bons ou não condenáveis* (alterações ditas louváveis que visam à moralidade do pleito eleitoral) e *casuismos ruins ou condenáveis*, com o intuito de submeter apenas estes últimos à vedação de vigência imediata imposta pelo art. 16 da Constituição (vide julgamento da ADI 354, especificamente o voto do Ministro Sydney Sanches).

A interpretação do art. 16 requer algo mais que uma mera técnica de subsunção lógica (a qual pressupõe a definição da amplitude semântica da expressão “processo eleitoral”) e uma argumentação teleológica (identificação do *casuismo*) que, em conjunto, acabam por desvirtuar o significado da garantia da anterioridade eleitoral.

É bem verdade que a argumentação de tipo lógico dedutivo poderá ser necessária (e útil) em alguma medida, tendo em vista que a norma do art. 16, na qualidade de regra, cobrará uma definição concreta do intérprete de suas condições de aplicação. Aspectos temporais – data de publicação da lei eleitoral, calendário do ano eleitoral, etc. – podem fornecer critérios objetivos úteis à atividade de subsunção. Nesse sentido, também os termos e expressões textuais contidos no dispositivo constitucional – “lei”, “processo eleitoral”, “vigor”, “vigência” – deverão ser compreendidos pelo intérprete. Não obstante, eles não devem ser entendidos como meros signos linguísticos à procura de teorias semânticas sobre seus sentidos possíveis. Talvez tenha sido essa a razão pela qual muitos juristas acreditaram – e muitos ainda acreditam – que o termo “processo” faria referência, por seu sentido literal e óbvio, às normas de caráter procedimental ou instrumental do Direito Eleitoral. Ao contrário, o “processo eleitoral” constitui um conceito interpretativo que deve ser compreendido num processo hermenêutico mais complexo, cujo eixo principal seja a busca do significado da garantia fundamental da anterioridade eleitoral no Estado Democrático de Direito.

Assim, o intérprete do art. 16 não deverá partir da questão: “a lei eleitoral trata de matéria de “processo eleitoral”?” – como a maioria dos juristas está acostumada a fazer. Isso apenas levaria ao círculo vicioso da incessante procura pelo sentido linguístico dessa expressão textual. O intérprete deverá problematizar o confronto entre a lei eleitoral e a garantia fundamental do art. 16 perguntando-se: “a lei eleitoral restringe os direitos políticos fundamentais dos cidadãos (eleitores e/ou candidatos) e partidos políticos?”. A partir desse problema central, ele poderá desencadear todo um processo de argumentação baseada na compreensão dos direitos fundamentais na democracia, especialmente da garantia fundamental da anterioridade eleitoral. No *iter* argumentativo, a noção de *direitos como trunfos* poderá exercer um papel definitivo, ao fornecer as razões necessárias para a prevalência da garantia constitucional. A resposta positiva à referida questão central – há restrição a direitos políticos? – fará surgir o trunfo da garantia fundamental da anterioridade eleitoral, a qual impedirá a aplicabilidade imediata da lei eleitoral.

É certo, por outro lado, que essa linha de interpretação e de argumentação em torno do art. 16 levará o intérprete aos meandros da teoria dos direitos fundamentais, nos quais as controvérsias também se fazem presentes. Alguns poderiam então dizer que – se a procura é por maior racionalidade das decisões – não faz diferença passar de uma teoria semântica a respeito da expressão “processo eleitoral” para uma teoria da restrição a direitos políticos, pois, nesse câmbio, o intérprete seria levado ao problema, ainda mais difícil, de se tentar definir o conteúdo ou o núcleo essencial do direito político em questão. Tal argumento, porém, seria claramente falacioso, na medida em que confundiria a questão da constitucionalidade da restrição de direitos políticos pela lei eleitoral com o problema, distinto, da mera verificação da existência de restrição desses direitos políticos. Em outros termos, esse argumento desconsideraria o fato de que uma coisa é a constitucionalidade da lei eleitoral (se a restrição dos direitos, acaso existente, é inconstitucional

ou não), hipótese na qual não se leva em conta o parâmetro constitucional do art. 16; e outra coisa é o fato da restrição em si (constitucional ou não), que leva à postergação anual da eficácia da lei eleitoral, tal como determina o art. 16. Assim, utilizando-se o exemplo elucidativo da denominada Lei da Ficha Limpa (LC 135/2010), não se deve confundir a questão de se a lei, ao criar novas hipóteses de inelegibilidade, restringe de forma inconstitucional as garantias da irretroatividade da lei ou da presunção de não culpabilidade (um confronto que ocorre entre a lei eleitoral e o art. 5º, incisos XXXVI e LVII), com a outra questão, distinta, de se essa mesma lei afeta ou limita o pleno exercício de direitos políticos (de forma inconstitucional ou não) e, desse modo, somente poder ter eficácia nas eleições que se realizarem após transcorrido um ano da data de sua entrada em vigor. Portanto, na prática, o intérprete poderá não necessitar, num primeiro momento, de proceder ao exame da constitucionalidade da restrição dos direitos políticos, se o seu parâmetro constitucional de análise for apenas o art. 16. E, inclusive, é recomendável que essa delimitação e separação das questões sejam realizadas na argumentação jurídica desenvolvida no âmbito do controle da constitucionalidade da lei eleitoral.

Ademais, não se pode negar que tal argumentação baseada em direitos tem um maior potencial de construir decisões racionalmente fundamentadas do que o recurso aos sentidos semânticos do texto do art. 16, na medida em que o processo de justificação poderá ser permeado pela construção de teorias interpretativas sobre os direitos constitucionais e teorias políticas sobre a democracia, as quais permitam a melhor compreensão da garantia fundamental da anterioridade eleitoral e seu papel no Estado Democrático de Direito. Tais temas não podem ser aprofundados aqui, mas, do que ficou exposto, já se podem extrair interessantes perspectivas para a interpretação e a argumentação jurídicas em torno do art. 16 da Constituição.

6 O papel da jurisdição constitucional na proteção da garantia fundamental da anterioridade eleitoral

As técnicas de interpretação e os modos de argumentação acima delineados tornam indispensável a atuação da jurisdição constitucional na proteção da garantia constitucional da anterioridade eleitoral.

Isso decorre, em primeiro lugar, de uma razão muito simples: entregar a decisão sobre a prevalência do trunfo da minoria sobre as pretensões da maioria a instâncias de deliberação políticas dominadas pela própria maioria seria como “colocar as raposas para vigiar o galinheiro”.

Em hipóteses muitos comuns, nas quais a maioria, formada por aqueles que comandam os poderes Executivo e Legislativo, apoiados amplamente pela população (ao menos pelos principais grupos representativos da sociedade), tenta impor suas próprias opções políticas, o Poder Judiciário, especialmente a Corte Constitucional, será a única instância sobre a qual a minoria poderá depositar a confiança e a esperança de que seus direitos serão efetivamente assegurados.

A jurisdição constitucional, dessa forma, cumpre um importante papel na proteção dos direitos e das garantias fundamentais. Portanto, a posição aqui defendida é completamente oposta àquelas que, baseadas na obra de Jeremy Waldron⁴⁰, sustentam que os parlamentos, na medida em que

⁴⁰ Os argumentos utilizados por Waldron são basicamente quatro: 1) a defesa de uma teoria moral baseada em direitos (Dworkin) não leva necessariamente a propugnar pelo estabelecimento de uma declaração de direitos e de um órgão de controle de constitucionalidade de acordo com o modelo norte-americano; 2) os filósofos políticos liberais devem ser, precisamente, os primeiros a duvidar da oportunidade de canonizar direitos em um documento legal se isso acarreta, ao fim e ao cabo, um indubitável obstáculo ao debate político democrático em torno desses direitos; 3) a filosofia política recente não tem prestado atenção suficiente aos processos de tomada de decisões em circunstâncias de radical desacordo; 4) o respeito aos direitos de participação política é incompatível com a criação de uma instituição encarregada da revisão e adaptação dos

comportam os efetivos canais de participação popular, seriam as instâncias mais adequadas para a solução dos “desacordos” em torno dos direitos fundamentais⁴¹.

Nesse sentido, novamente pode ser referido o estudo de Jorge Reis Novais sobre os direitos como trunfos, no qual ele afirma o seguinte:

[...] se os direitos fundamentais são trunfos contra a maioria, não poderia ser essa mesma maioria, mas antes um órgão próprio, independente e especializado, a verificar e reconhecer essa qualidade. Dar ao “adversário” no jogo a possibilidade de certificar pontualmente a qualidade de *trunfo*, não só subverteria as regras do jogo, como acabaria com a própria ideia de *trunfo*; dar à maioria democrática a possibilidade de determinar, em última instância, a força concreta de resistência de um direito fundamental seria subverter as regras do Estado de Direito e por em causa a própria ideia de direitos fundamentais⁴².

A jurisdição constitucional, quando aplica rigorosamente o art. 16 da Constituição, cumpre sua função primordial de assegurar os direitos e as garantias fundamentais, especialmente as garantias que permitem o pleno exercício dos direitos políticos, a regularidade dos pleitos eleitorais, enfim, a

direitos fundamentais em uma conjuntura de desacordo e mudança social. WALDRON, Jeremy. *Law and disagreement*. New York: Oxford University Press; 1999. Sobre o tema, vide, também: DELTORO, Pablo de Lora. *La interpretación originalista de la Constitución: una aproximación desde la Filosofía Del Derecho*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1998.

⁴¹ Não se pode negar, nesse sentido, que a defesa aqui empreendida de algumas técnicas de interpretação constitucional e de modos de argumentação jurídica em torno da garantia fundamental da anterioridade eleitoral encontram inspiração em algo parecido com o que sustentado por Dworkin em sua “leitura moral da Constituição”. DWORKIN, Ronald. *Freedom’s Law: the moral reading of the American Constitution*. Cambridge: Harvard University Press; 1996. DWORKIN, Ronald. *La lectura moral y la premisa mayoritarista*. In: KOH, Harold Hongju; SLYE, Ronald C. (Comp.). *Democracia deliberativa y derechos humanos*. Trad. Paola Bergallo y Marcelo Alegre. Barcelona: Gedisa; 2004. DWORKIN, Ronald. *Law’s Empire*. Cambridge: Belknap-Harvard; 1986.

⁴² NOVAIS, Jorge Reis. *Direitos fundamentais: trunfos contra a maioria*. op. cit., p. 48.

efetividade dos valores democráticos. A atuação da jurisdição constitucional, nesse sentido, não deveria atrair sequer as objeções daqueles que, inspirados na obra de John Hart Ely⁴³, apenas admitem a *judicial review* como mecanismo de desobstrução dos canais de participação política e de proteção da regularidade dos procedimentos democráticos. Isso porque, neste aspecto, a jurisdição constitucional exerce o papel que lhe é inerente: o de proteção dos direitos políticos das minorias contra as pretensões da maioria, como já enfatizava Hans Kelsen em suas magistrais lições sobre o papel da jurisdição constitucional na democracia⁴⁴. A jurisdição constitucional exerce, nesse caso, uma função de “árbitro” do jogo político-eleitoral, impedindo que as forças políticas majoritárias modifiquem as regras desse jogo de forma a serem beneficiadas na competição eleitoral. Segundo a interessante metáfora utilizada por Ely, a *judicial review* funciona, nesse aspecto, como um mecanismo “antitruste” do mercado político. De toda forma, é possível afirmar que atuação contramajoritária ocorre aqui, em verdade, também em prol de uma *democracia deliberativa*, na medida em que protege a integridade do processo eleitoral e ao mesmo tempo contribui para promover as condições de pleno desenvolvimento do “ideal deliberativo” na democracia⁴⁵.

Nesse sentido, o caráter contramajoritário da jurisdição constitucional, ao contrário do que muitos pensam, protege e reforça o valor da democracia. A intransigente defesa da Constituição efetivada pela Corte Constitucional não se faz em prol de uns ou de outros, mas de todos (maioria e minoria), sem qualquer distinção. Decisões que momentaneamente podem causar um impacto extremamente negativo perante a maior parte da população (diga-se, a maioria), se analisadas

⁴³ ELY, John Hart. *Democracia y desconfianza. Una teoría del control constitucional*. Trad. Magdalena Holguín. Santafé de Bogotá: Siglo del Hombre Editores, Universidad de los Andes, 1997.

⁴⁴ KELSEN, Hans. *Jurisdição constitucional*. São Paulo: Martins Fontes, 2003. p. 181-182.

⁴⁵ NINO, Carlos Santiago. *La Constitución de la democracia deliberativa*. Barcelona: Gedisa; 2003. KOH, Harold Hongju; SLYE, Ronald C. (Comp.). *Democracia deliberativa y derechos humanos*. Trad. Paola Bergallo y Marcelo Alegre. Barcelona: Gedisa, 2004.

no contexto mais abrangente da história institucional de uma nação democrática, poderão ser reconhecidas como passos importantes para a construção da democracia e o desenvolvimento dos valores constitucionais.

Em segundo lugar, é preciso reconhecer que é na jurisdição constitucional que a interpretação e a argumentação jurídica baseadas em direitos encontram seu *locus* de desenvolvimento mais apropriado. Os processos decisórios nos parlamentos e nas cortes constitucionais seguem racionalidades próprias e distintas entre si. A jurisdição constitucional se legitima por uma *racionalidade argumentativa*, enquanto os parlamentos se fundamentam na legitimidade popular e na lógica decisória da maioria. O discurso jurídico produzido numa Corte Constitucional é direcionado para se chegar aos melhores argumentos jurídicos, que justifiquem da melhor forma possível a decisão a ser tomada; os discursos políticos estão voltados para se alcançar a maioria necessária às decisões legislativas, dar satisfação à população representada e auferir vantagens eleitorais.

Assim, afirmar que o procedimento de tomada de decisão do Supremo Tribunal segue também a lógica da maioria (de votos) – o que, nesse sentido, não o tornaria muito diferente das decisões dos parlamentos, especialmente numa situação de decisão por 6 votos a 5 –, significa, nesse aspecto, desconsiderar completamente as especificidades do *foro de argumentação* que encontra condições propícias na jurisdição constitucional, mas que dificilmente poderia ser desenvolvido da mesma forma no âmbito dos parlamentos. Isso não significa dizer que a deliberação pública produzida em uma instância seja melhor do que a outra, mas apenas que elas respondem a racionalidades distintas, que devem ser levadas em conta quando se debate sobre a melhor forma de se decidir sobre os direitos e as garantias constitucionais em situações de desacordo.

Esses são temas que dificilmente poderiam ser aqui abordados com um mínimo de profundidade. O que importa

ressaltar é que a jurisdição constitucional, ao se deparar com a necessidade de interpretação e aplicação do art. 16 da Constituição, deve assumir a sua condição de foro da *razão pública*⁴⁶ no Estado Democrático de Direito, o que somente poderá ser alcançado por meio do aperfeiçoamento cada vez maior das *práticas argumentativas* nela desenvolvidas.

Por último, é importante analisar, em breves considerações, como ocorre o controle da constitucionalidade da lei eleitoral em face do art. 16 da Constituição. Por uma questão de técnica legislativa (art. 3º, III, e 8º da LC 95/98), as leis costumam conter dispositivo final cujo enunciado diz que “esta lei entrará em vigor na data de sua publicação”. Na hipótese de a lei eleitoral conter um dispositivo como este, a decisão da Corte Constitucional – ou mesmo dos tribunais eleitorais – que determine que, em virtude do comando normativo do art. 16, essa lei não poderá ter eficácia imediata, não repercutirá, de nenhuma maneira, em tal dispositivo; ou seja, em tal hipótese, não há declaração de inconstitucionalidade desse dispositivo final contido na lei eleitoral. No caso Ficha Limpa, houve quem defendesse que a decisão do STF estava a declarar a inconstitucionalidade do art. 5º da LC 135/2010, o qual, na condição de dispositivo final, dispõe apenas que “esta lei entrará em vigor na data de sua publicação”⁴⁷. Ora, esse dispositivo não conflita, de forma alguma, com o art. 16 da Constituição;

⁴⁶ RAWLS, John. O liberalismo político. Brasília: Ática, 2000.

⁴⁷ Interessante notar que a LC 135/2010 (Lei da Ficha Limpa), nesse aspecto, contém um erro grave de técnica legislativa. O art. 8º da LC 95/98, que prescreve diretrizes para a elaboração e redação das leis, determina que “a vigência da lei será indicada de forma expressa e de modo a contemplar prazo razoável para que dela se tenha amplo conhecimento, reservada a cláusula ‘entra em vigor na data de sua publicação’ para as leis de pequena repercussão”. Portanto, ao modificar prazos de inelegibilidade a poucos dias do início das convenções partidárias para escolha de candidatos, a LC 135/2010 naturalmente deveria, em observância do art. 8º da LC 95/98, conter dispositivo final com indicação expressa de prazo razoável para que todos pudessem ter conhecimento amplo de seu conteúdo. É óbvio que a LC 135/2010 não poderia ser considerada como “lei de pequena repercussão” para poder entrar em vigor na data de sua publicação. Assim, por uma mera questão de técnica legislativa, a LC 135/2010 não poderia ter qualquer aplicabilidade para as eleições de 2010. Ainda que o ordenamento constitucional não protegesse a garantia da anterioridade eleitoral (o que se considera apenas como hipótese argumentativa), a postergação da eficácia da Lei da Ficha Limpa para as eleições de 2012 decorreria de uma imposição da técnica legislativa prevista na LC 95/98.

ao contrário, ele reproduz exatamente o comando da norma constitucional, a qual prescreve que “a lei que alterar o processo eleitoral entrará em vigor na data de sua publicação [...]”.

Assim, a decisão da Corte Constitucional que, no controle *abstrato* de constitucionalidade, toma como parâmetro o art. 16, apenas repercute sobre o específico âmbito de aplicação temporal (de até um ano) da lei eleitoral, o que configuraria uma espécie de *declaração de inconstitucionalidade sem redução de texto*, ou, na linguagem utilizada pelo STF, uma *interpretação conforme a Constituição* (em sentido amplo).

Por outro lado, se o STF está a analisar, em grau de recurso, decisão do Tribunal Superior Eleitoral que determinou a aplicação imediata da lei eleitoral, em contrariedade ao disposto no art. 16 da Constituição, a hipótese é diversa do que ocorre no controle abstrato de *normas*. Nesse caso, há contrariedade entre a *decisão judicial* e a Constituição (hipótese de recurso extraordinário prevista no art. 102, III, a, da Constituição); portanto, há cassação ou reforma de *decisão judicial* (ou, no regime da repercussão geral, devolução pela forma do art. 543-B do Código de Processo Civil), mas não declaração de inconstitucionalidade de *norma*.

7 Nota conclusiva

O presente artigo não pode ser muito pretensioso em relação a uma efetiva mudança paradigmática da atitude interpretativa dos juristas em torno do art. 16 da Constituição. Ele apenas sugere algumas bases teóricas de possíveis técnicas de interpretação e modos de argumentação jurídica a respeito da garantia fundamental da anterioridade eleitoral, na seguinte perspectiva: 1) a norma constitucional do art. 16 como *regra* que fornece *razões peremptórias*; 2) a garantia fundamental da anterioridade eleitoral como *trunfo contra a maioria*; 3) a interpretação e a argumentação jurídicas fundadas em direitos

fundamentais; 4) o papel da jurisdição constitucional na proteção da garantia da anterioridade eleitoral. Se, assim, ele puder instigar críticas e reflexões e servir de ponto de partida para outros estudos sobre o tema, já terá cumprido o seu propósito inicial.

Referências

ALCHOURRÓN, Carlos. Sobre derecho y lógica. *Isonomía*, n. 13, Oct. 2000.

ATIENZA, Manuel. *El Derecho como argumentación*. Barcelona: Ariel, 2009.

_____. RUIZ MANERO, Juan. *Las piezas del derecho: teoría de los enunciados jurídicos*. 2. ed. Barcelona: Ariel, 2004.

BAYÓN, Juan Carlos. Derrotabilidad, indeterminación del derecho y positivismo jurídico. *Isonomía*, n. 13, Oct. 2000.

_____. Why is legal reasoning defeasible? *Diritti&questioni Pubbliche*, n. 2, ago. 2002.

CELANO, Bruno. "Defeasibility" e bilanciamento: sulla possibilità di revisioni stabili. *Diritti&questioni pubbliche*, n. 2, ago. 2002.

DELTORO, Pablo de Lora. *La interpretación originalista de la Constitución*. Una aproximación desde la Filosofía del Derecho. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1998.

DWORKIN, Ronald. *Taking rights seriously*. Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press, 1978.

_____. *Law's empire*. Cambridge: Belknap-Harvard, 1986.

_____. Hard cases. *Harvard Law Review*, v. 88, p. 1058-1060, 1974-1975.

_____. *Freedom's Law: the moral reading of the American Constitution*. Cambridge: Harvard University Press, 1996.

ELY, John Hart. *Democracia y Desconfianza. Una teoría del control constitucional*. Trad. Magdalena Holguín. Santafé de Bogotá: Siglo del Hombre Editores, Universidad de los Andes, 1997.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Comentários à Constituição brasileira de 1988*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1997. v. 1.

HAGE, Jaap; PECZENIK, Aleksander. Law, morals and defeasibility. *Ratio Juris*, v. 13, n. 3, p. 305-325, Sep. 2000.

HART, Herbert L. A. *Entre utilidad y derechos*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2003.

_____. *O conceito de direito*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1996.

KELSEN, Hans. *Jurisdição constitucional*. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

KOH, Harold Hongju; SLYE, Ronald C. (Comp.). *Democracia deliberativa y derechos humanos*. Trad. Paola Bergallo y Marcelo Alegre. Barcelona: Gedisa, 2004.

LARENZ, Karl. *Derecho JUSTO: fundamentos de ética jurídica*. Madrid: Civitas, 2001. p. 95.

LUCAS, Javier de. *Una consecuencia de la tesis de los derechos: la desobediencia civil segun R. Dworkin*. In: *Doxa* n° 2, Alicante, 1985, p. 197.

NAVARRO, Pablo; RODRÍGUEZ, Jorge. Derrotabilidad y sistematización de normas jurídicas. *Isonomía*, n. 13, Oct. 2000.

NINO, Carlos Santiago. *La Constitución de la democracia deliberativa*. Barcelona: Gedisa, 2003.

NOVAIS, Jorge Reis. *Direitos fundamentais: trunfos contra a maioria*. Coimbra: Coimbra Ed., 2006.

PAZOS, María Inés. Derrotabilidad sin indeterminación. *Doxa*, n. 25, 2002.

PECZENIK, Aleksander. *On law and reason*. 2009. Springer, Law and Philosophy Library; 8.

RAWLS, John. *O liberalismo político*. Brasília: Ática, 2000.

RIBEIRO, Fávila. *Comentários à Constituição*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1988. v. 2, p. 273.

RODRÍGUEZ, Jorge. La derrotabilidad de las normas jurídicas. *Isonomía*, n. 6, abr. 1997.

RÓDENAS, Ángeles. En la penumbra: indeterminación, derrotabilidad y aplicación judicial de normas. *Doxa*, n. 24, 2001.

TOLONEN, Hannu. Reglas, principios y fines: la interrelación entre derecho, moral y política. In: AARNIO, Aulis; GARZÓN VALDÉS, Ernesto; Uusitalo, Jyrki. *La normatividad del derecho*. Barcelona: Gedisa, 1997. p. 73.

WEINBERGER, Ota. Prima facie ought: a logical and methodological enquiry. *Ratio Juris*, v. 12, n. 3, p. 239-251, Sep. 1999.

WALDRON, Jeremy. *Law and disagreement*. New York: Oxford University Press, 1999.